

DECLINACIÓN TRIALISTA DEL FENÓMENO PUBLICITARIO

MARÍA PAULA ARIAS *

Resumen: En el presente trabajo se efectúa un análisis del fenómeno publicitario en base a la teoría trialista del mundo jurídico, es decir, considerando una dimensión sociológica, otra normológica y una tercera dikelógica. En el aspecto sociológico, se centra la investigación en la relación que nace en virtud del acto publicitario entre el proveedor de bienes o servicios o anunciante y el destinatario de la publicidad (potencial consumidor o usuario). En la faz normológica, se hace hincapié en las carencias históricas, así como en la dispersión de las regulaciones existentes. Axiológicamente, se sostiene que si bien el fin inmediato de la publicidad comercial es netamente utilitario, debe respetar el valor verdad.

Palabras clave: Teoría trialista del mundo jurídico - Publicidad comercial - Consumidor.

Abstract: This paper analysis the phenomenon of publicity based on the Trialist Theory of the Legal World, that is, considering a sociological, a normological and a dikelological dimension. As regards the sociological aspect, the research focuses on the relationship that comes under the publicity event of the supplier of goods or services or advertiser and the recipient of publicity (potential consumer or user). In the normological dimension, it emphasizes the historical lacks as well as the dispersion of existing regulations. Axiologically, although the immediate purpose of commercial publicity is utilitarian, the author considers that truth as a value must be respected.

Key words: Trialist Theory of the Juridical World - Commercial publicity - Consumer.

I. Concepción tridimensional del Derecho en general y del fenómeno publicitario en particular. Concepto: publicidad y propaganda

La concepción tridimensional del Derecho proclama la necesidad de construir el mundo jurídico en base a hechos, normas y valores.

Dentro de esta concepción, la doctrina que da cumplimiento en forma más acabada al programa tridimensional es la *teoría trialista*, a partir de la cual analizaré el fenómeno publicitario por medio de lo que se da en denominar la declinación trialista¹.

* Docente de Derecho Civil III (Contratos) en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Como explica Goldschmidt, “si miramos el fenómeno jurídico con una mirada penetrante se nos revela como un mundo perfectamente organizado. En su centro se halla el orden de repartos, descripto e integrado por el ordenamiento normativo, y por encima advertimos la justicia que valora conjuntamente tanto el uno como el otro”².

El orden que utilizaré para desentrañar el fenómeno publicitario consistirá primero en analizar la realidad social; luego los métodos y normas que le conciernen; y por último, preguntar por la justicia de las soluciones.

Desde ya debo advertir, que como en todos los objetos de investigación, la realidad social supera en mucho aquello que el legislador captó o puede llegar a captar con la norma. Por ello se debe tener siempre presente, que no se desprende el derecho de la norma, sino que se infiere la norma del derecho imperante³.

Para lograr una primera aproximación al tema en estudio, es necesario definir y diferenciar la publicidad de la propaganda.

A dichos fines nada más acertado que recurrir a las precisiones propuestas por el profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani: “La propaganda es 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 amplio. La publicidad es propaganda pero respecto de productos. Hay propaganda que no es publicidad, por lo menos en sentido estricto (por ejemplo la difusión de ideas políticas) y hay publicidad que no es propaganda (por ejemplo la que se refiere al conocimiento de situaciones jurídicas que deben conocer los terceros)”⁴.

El sentido que daré en este trabajo al término publicidad va a ser estrictamente utilitario, es decir, aquella que tiene por objeto la ubicación rápida y eficiente en el mercado de productos o servicios. No obstante, tendrá un carácter amplio en cuanto a los medios o recursos utilizados para cumplir con su finalidad.

1 La declinación trialista consiste en someter cualquiera de los fenómenos jurídicos al triple tratamiento sociológico, normológico y dkelógico.

2 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1996, pág. 18.

3 Se trata del adagio latino “Non ex regula jus summat, sed ex jure quod est, regula fiat”.

4 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “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”, N° 17, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994, págs. 9 y ss..

Como consecuencia, junto con el jurista Ricardo Lorenzetti considero que: “La publicidad es una forma de comunicación producida por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación de productos o servicios”⁵.

II. Dimensión sociológica

El mundo jurídico se compone en su dimensión social de repartos y distribuciones. Los repartos son adjudicaciones de potencia y de impotencia que promueve el hombre, en cambio, las distribuciones exceden la conducta humana.

En el ámbito publicitario encontramos un marco central de actos publicitarios y un horizonte de hechos publicitarios, provenientes respectivamente de la conducta de seres humanos determinables o 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 naturaleza⁶.

1. Análisis del acto publicitario en sentido estático

A) Repartidores

Se trata de determinar quiénes publicitan. En este sentido, dejaré de lado la relación existente entre quien pretende comercializar su producto o servicio y el publicista o la agencia de publicidad, que seguramente se encuentran vinculados por un contrato de publicidad que constituye una adjudicación autónoma.

Por el contrario, centraré mi análisis en la relación que nace en virtud del acto publicitario entre el proveedor de bienes o servicios o anunciante y el destinatario de la publicidad, que configura por su propia naturaleza una adjudicación autoritaria.

En consecuencia a los fines de este trabajo, considero que deben entenderse por repartidores aquellos sujetos –fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, etc.– que tienen la intención de lanzar o difundir un producto o servicio en el mercado y para ello son asistidos por expertos en la materia como son los publicistas, que a su vez

5 LORENZETTI, Ricardo Luis, “Tratado de los Contratos”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, t. III, pág. 103.

6 CIURO CALDANI, op. cit., pág. 10.

generalmente son asesorados por especialistas⁷ para que el mencionado lanzamiento o difusión sea eficiente. En definitiva, hacen uso de la publicidad comercial para hacer conocer y comercializar sus productos o servicios. Deciden qué publicitar, cómo hacerlo y cuándo hacerlo.

A pesar de que la agencia de publicidad y los proveedores en todas sus categorías sean sujetos diferenciados, se trataría de un único centro de interés enfrentado al consumidor o usuario.

Los publicistas 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 de influencias humanas difusas⁸.

Los obstáculos de los proveedores para conocer el destino final de sus productos hacen que se debiliten las posibilidades de conducción y consecuentemente de producir repartos y se incrementen, en cambio, las influencias humanas difusas, generadoras de distribuciones. Este debilitamiento de las posibilidades de conducción hace que con frecuencia las autonomías de las partes, sobre todo de los consumidores, resulten más aparentes que reales y que haya más desenvolvimiento de la autoridad⁹ que de la autonomía.

Estas adjudicaciones autoritarias pueden estar dadas por la mera distribución generada por la misma naturaleza de la publicidad o por el poder de persuasión y manipulación que ostentan los repartidores.

En este sentido, los proveedores de bienes o servicios asistidos por equipos de publicistas y psicólogos realizan una investigación motivacional que trata de indagar los motivos que inducen a elegir al consumidor o usuario. Utilizan técnicas destinadas a llegar al inconsciente o subconsciente, porque por lo general las preferencias se determinan por factores de los que el individuo no tiene conciencia. En realidad, al comprar, el consumidor generalmente actúa de manera emotiva y compulsiva, reaccionando inconcientemente ante las imágenes y las ideas asociadas en los subconscientes con el producto.

De esta manera, las agencias de publicidad, hallando los puntos vulnerables de los potenciales clientes, pueden manipular los motivos y deseos humanos y engendrar necesidades de bienes desconocidos o inclusive rechazados anteriormente. Esto pueden lograrlo aislando esos puntos vulnerables e inventando carnadas y anzuelos psicológicos

7 En la mayoría de los casos, los publicistas recurren a psicólogos, sociólogos, economistas, comunicadores sociales, etc., para ser más eficientes con la finalidad publicitaria.

8 CIURO CALDANI, op. cit., pág. 12.

9 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Hacia la protección equilibrada del consumidor en el Derecho Internacional Privado", en "Derecho del Consumidor", N° 2, Rosario, Juris, 1992, pág. 12.

que son lanzados a las profundidades del mar del comercio para que sean tragados por los desprevenidos clientes¹⁰.

B) Recipientarios

Los recipientarios son aquellos que reciben la publicidad, y en lo que nos interesa se trata de potenciales consumidores o usuarios de los bienes o servicios que se publicitan. Se trata de sujetos caracterizados por una especial condición de debilidad y que merecen tutela jurídica.

Quienes reciben el mensaje pueden ser recipientarios beneficiados –aquellos consumidores que sin resultar presas de la publicidad obtienen los beneficios que ésta puede rectamente proporcionar– o recipientarios gravados –cuando el consumidor resulta engañado por una publicidad desviada–. Estos sujetos pueden ser espectadores de un espectáculo público, lectores de una publicación periódica, televidentes, radio-escuchas, puede tratarse de personas que reciben involuntariamente, de improviso, el mensaje publicitario, cuando su atención está centrada en otro centro de interés¹¹.

No siempre es posible para los consumidores saber qué es lo que realmente reciben en la publicidad, en los diversos niveles de la personalidad.

Los que se dedican a la propaganda, en su celo por avizorar nuevas perspectivas, comenzaron a hablar de los diferentes niveles de la conciencia humana. Según se veían las cosas, había tres niveles principales que les interesaban. El primer nivel es el conciente y racional, en el cual la gente sabe lo que está pasando y puede decir porqué. El segundo nivel, más profundo, se llama preconsciente o subconsciente, e involucra el área en que una persona puede conocer de manera incierta lo que está pasando en sus propios sentimientos, sensaciones y actitudes, pero no está dispuesta a decir porqué. Es el nivel de los prejuicios, suposiciones, temores, incitaciones emotivas, etc. Por último, está el tercer nivel, en el que nosotros no sólo no nos damos cuenta de nuestras verdaderas actitudes y sentimientos sino que tampoco lo discutiríamos en caso de poder hacerlo. La exploración de nuestras actitudes hacia los productos en el segundo y tercer nivel se denomina la nueva ciencia del análisis o la investigación motivacional¹².

10 PACKARD, Vance, “Las formas ocultas de la propaganda”, trad. Martha Mercader de Sánchez-Albornoz, Bs. As., Sudamericana, 1978, pág. 46.

11 NICOLAU, Noemí, “El consumidor frente a la publicidad comercial engañosa. Análisis jurídico del mensaje publicitario”, en “El Derecho”, t. 146, pág. 983.

12 PACKARD, op. cit, pág. 32.

Por ello, para evitar los posibles abusos de los creadores de consumo, el consumidor o usuario debe ser tutelado en forma adecuada y eficaz, lo cual puede favorecerse mediante la educación para el consumo.

C) Objeto

Cuando se habla del objeto del acto publicitario, se hace referencia a aquello que se recibe con la publicidad.

El objeto de los actos publicitarios está dado por las potencias y las impotencias derivadas de la emisión-recepción de ideas u opiniones sobre un producto o servicio determinado¹³.

Estas ideas u opiniones pueden surgir de las palabras en forma expresa o implícitamente de las imágenes utilizadas para transmitir el mensaje publicitario. En general, van a ser de carácter netamente subjetivo aunque a veces se pretenda objetivarlas para otorgarles mayor credibilidad¹⁴.

Lo trascendente es poder determinar cuándo por medio de la publicidad se reciben ideas que permiten enriquecer tanto al anunciante como al destinatario y cuándo las mismas afectan negativamente a su receptor o a terceros¹⁵.

En este sentido, la publicidad generará potencia cuando al ser recibida contribuya a desarrollar una competencia leal y redunde en la expansión económica de la empresa creadora de la misma sin perjudicar a terceros; como así también permita al consumidor conocer las ofertas y elegir libremente entre las diferentes opciones, es decir, obteniendo mejores productos o servicios a mejores precios.

Por el contrario, la publicidad producirá impotencia cuando las ideas u opiniones receptadas sean discriminatorias o engañosas para sus destinatarios, o afecten la imagen y el buen nombre de las empresas de la competencia.

13 Potencia es todo lo que favorece a la vida, mientras que impotencia es lo contrario.

14 Esto ocurre generalmente en aquellas publicidades en que se pretende someter a prueba a gente supuestamente tomada al azar para que pruebe el producto de la marca que se pretende promocionar y lo compare con el producto de la marca que suele utilizar. Este recurso publicitario es frecuentemente utilizado en Argentina para promocionar los jabones en polvo, por ejemplo con el denominado "Desafío de la blancura", entre otros.

15 V. gr. empresas de la competencia que se vean perjudicadas por una publicidad denigratoria, desleal, etc.

D) Forma

Se trata de los caminos previos elegidos para llegar al acto publicitario. En este caso, suele plantearse una relación de *imposición*, en la cual quien transmite las ideas u opiniones lo hace sin dar lugar a la *audiencia* de los destinatarios.

El fenómeno de creación publicitaria está unido inseparablemente a las particulares condiciones de difusión del mensaje. Éste se transmite a través de los medios que se ponen a disposición de la publicidad o que ésta crea. Éstos son, por tanto, la vía de transmisión utilizada para llegar al público objetivo de modo que éste, al recibir la publicidad, pueda reaccionar a la propuesta del mensaje. Cada medio (prensa, radio, televisión, etc.) ofrece a la audiencia diferentes opciones (periódicos, emisoras, cadenas, etc.) que se denominan soportes.

Entre los medios tradicionales utilizados por los publicistas para promocionar bienes o servicios, podemos enunciar las vidrieras de comercios, los diarios o revistas, la televisión abierta o por cable¹⁶, las cartas o circulares, la radio, el teléfono, los carteles y afiches en la vía pública, visitas de vendedores en los hogares, entre otros. No obstante, la tecnología y los nuevos medios de comunicación y su masificación han hecho surgir otros medios como internet, el correo electrónico, el celular¹⁷, etc., es decir que existe una multiplicación de vehículos o canales publicitarios.

En este sentido, los medios convencionales se integran con otros nuevos que han surgido como consecuencia del crecimiento tecnológico, pero también se utilizan recursos alternativos además de los tradicionales. Un ejemplo de recurso alternativo estaría dado por la inserción de publicidades dentro de los programas de televisión a los fines de alcanzar a los consumidores escépticos que practican zapping y perfeccionada

16 La televisión por cable es un entretenimiento que fue creado para emitir sin publicidad. Bueno, al menos esa era la idea de esta innovación. Pero, cuando intenta recordar aquella promesa, los cable-operadores y las señales recurren siempre al mismo llanto: “los costos no dan para mantener esa modalidad y si no hubiera publicidad, deberían cobrar los abonos muchísimo más caros y casi todas las señales deberían pasar al premium o a la modalidad pay-per-view”, que transmiten las películas sin cortes publicitarios. Y si esto no alcanzara también se emiten “infomerciales” durante horas, que no son otra cosa que extensos avisos de productos que se venden telefónicamente (FREIRE, Susana, “El telespectador, también cautivo del cable”, en “La Nación” del 25/01/2009).

17 La plataforma de contenidos para celulares la nacion móvil acordó con Sanyo el lanzamiento de una campaña publicitaria en su sitio WAP. De esta manera, el servicio de noticias de La Nación creado especialmente para celulares y PDA se convirtió en el primero de Argentina que emplea publicidad en este tipo de medio. El hecho de que el celular uno lo tiene consigo las veinticuatro horas hace que sea un canal inmediato de comunicación con gran potencial (“Se lanzó la primera campaña publicitaria para sitios WAP”, publicado en “La Nación” del 18/11/2008).

ahora por los mercados de punta con la ayuda de TiVo, un software que borra los avisos de videos y programas¹⁸.

Asimismo, otro medio o canal para publicitar un bien o servicio de una marca determinada es la esponsorización. El esponsor financia un evento porque de ese modo se hace conocer con unas características especiales de imagen frente al público y obtiene ganancias en el mediano plazo. El mensaje publicitario es concentrado en una marca, en un símbolo, en una asociación, careciendo de todo aditamento informativo, lo cual le permite una omnipresencia inevitable al mimetizarse con el evento. Por ejemplo en un partido de fútbol televisado hay un “corte” para avisos publicitarios tradicionales que el televidente puede evitar; en cambio cuando se transmite el partido, no puede evitar leer la marca que los jugadores llevan en sus camisetas. Esa lectura, por concentrada, por frecuente, por su adherencia al evento, se transforma en casi inconsciente, estableciéndose una asociación¹⁹.

A raíz de lo que vengo exponiendo, se puede afirmar que junto con los medios tradicionales y modernos se ensamblan ideas, conceptos y estrategias haciendo de la publicidad un fenómeno complejo.

Inclusive la informatización ha llevado a que las bases de datos existentes se encuentren al alcance de la mano de la mayoría, y por ende, puedan ser utilizadas para determinar el perfil del potencial cliente y así ofrecerle en forma personalizada lo que necesita o estaría dispuesto a consumir en virtud de sus preferencias y gustos.

E) Razones: móviles y razones alegadas

Los móviles y las razones alegadas de los actos publicitarios tienen una perfecta correspondencia con los valores estructurales en juego en el marco de la publicidad comercial.

La razón alegada por los proveedores y los publicistas contratados por ellos es la de informar al consumidor respecto del producto o servicio promocionado. Esta razón de información tiende a satisfacer el valor verdad que desarrollaré en la dimensión dikelógica de la publicidad.

Asimismo, en algunos casos se suele alegar por quienes publicitan bienes o servicios que se está contribuyendo al bien común ayudando a la población en su conjunto o a sectores de la misma. Al respecto, debo adelantar que a mi criterio se trata

18 BORRINI, Alberto, “Los avisos pugnan por evadir los espacios convencionales”, en “La Nación” del 16/09/2003.

19 LORENZETTI, op. cit., t. III, págs. 123 y ss.

de un recurso en virtud del cual el valor solidaridad se encuentra subordinado al valor utilidad.

No obstante, el verdadero móvil de las empresas que las lleva a invertir sumas multimillonarias, no es tutelar al consumidor para que tome una decisión libre y conveniente, sino llevarlo al convencimiento de que lo hace.

El móvil indiscutible de los proveedores de bienes o servicios que recurren a la publicidad, es inducir al consumo a los potenciales clientes para aumentar sus ventas. En definitiva, se trata de un móvil netamente utilitario.

2. Análisis del acto publicitario en sentido dinámico

Los repartos en general y como tales los actos publicitarios en particular, se concatenan en un orden a raíz de dos causas: por un lado, de manera vertical desde arriba, los engarza el plan de gobierno en marcha; por el otro, de manera horizontal, ellos se agrupan a fuerza de su ejemplaridad.

En todo grupo humano suele existir un plan general de los supremos repartidores, el cual en cuanto se cumple, organiza los repartos según determinados criterios generales. Un plan de gobierno debe, pues, indicar principalmente dos cosas: quiénes son los que tienen el mando supremo de la comunidad, y cuáles son los criterios supremos de reparto en aquellos supremos repartidores²⁰.

Es un terreno en el cual juega un rol preponderante la libertad de expresión. Y este criterio rector lleva a los supremos repartidores a tratar con cautela el tema y, en muchos casos, a mirar deliberadamente de costado la problemática publicitaria.

Como consecuencia de esta carencia de plan de gobierno, existe un mayor protagonismo de la ejemplaridad basado en la razonabilidad del reparto. Es decir, un reparto reputado razonable es un ejemplo para futuros repartos.

En otras palabras, las razones que se consideraban válidas con respecto al reparto pasado, también sirven para dar fundamento a un nuevo reparto futuro. La posibilidad de generalizar cada reparto y sus razones fundamentales, conduce a la ejemplaridad de los repartos reputados fundados²¹.

En este sentido, en materia publicitaria, al fenómeno de la ejemplaridad lo podemos analizar desde dos puntos de vista. En primer lugar, desde el punto de vista de los proveedores de bienes o servicios que los lanzan en el mercado por medio de la

20 GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 83.

21 Íd., pág. 90.

publicidad, y en segundo término, desde el punto de vista del consumidor de los mismos o destinatario del mensaje publicitario.

Los proveedores o empresarios imitan frecuentemente los recursos y medios publicitarios que utilizan otras empresas insertas en el mercado, inclusive de la competencia, como así también las técnicas de venta directa, cuando son exitosas y logran aumentar el consumo. Incluso se puede afirmar que se instalan modas en la forma de publicitar los bienes o servicios que se pretenden introducir o mejorar el posicionamiento de éstos, del proveedor o de la marca en el mercado.

También el fenómeno de la ejemplaridad se ve representado en la conducta del consumidor, quien al optar por un bien o servicio determinado imita las decisiones de su grupo de pertenencia que puede estar constituido por la familia, grupo de amigos, líderes y más ampliamente por la clase social a la cual pertenece.

III. Dimensión normológica

Como es sabido, la realidad social siempre precede y excede la regulación normativa, y en la mayoría de los casos a pesar de los esfuerzos es imposible para el legislador preverlo todo.

En el ámbito publicitario, no sólo nos encontramos con este escollo común a todo el mundo jurídico, sino que también existen normas aisladas que representan una escasa regulación a nivel nacional. Indudablemente, existe en esta materia una carencia histórica de normas, ya que al momento de dictarse el Código de Vélez no existían los medios tecnológicos actuales que hacen de la publicidad una herramienta insustituible de la economía.

Asimismo, con respecto a las normas que se fueron dictando, da la impresión de que ni siquiera se tuvo en miras prever los conflictos para darles soluciones, sino que por el contrario, al producirse controversias en forma reiterada se intentó dar solución a las más frecuentes.

Es decir, en los intentos legislativos que prosperaron se describen algunos de los hechos sociales más frecuentes expuestos en la dimensión sociológica y se les esboza una reglamentación.

En general las normas sobre publicidad comercial son coactivas, es decir, reclaman una vigencia incondicional. Esto significa que son de orden público, y en general, de protección, porque comúnmente tienden a proteger a los consumidores o usuarios de bienes o servicios que confían en la veracidad y claridad de sus precisiones.

Si por el contrario, fuere posible dejarlas de lado con una cláusula contractual, muchas de las normas se tornarían ilusorias y carentes de sentido, ya que bastaría para dejarlas de lado la renuncia de los interesados que en la mayoría de los casos, sino en todos, vendría impuesta por el anunciante.

IV. Dimensión dikelógica

Es indispensable a los fines de concluir con el análisis trialista del fenómeno publicitario pasarlo a través del tamiz de la justicia.

Para ello se toma como punto de partida la siguiente afirmación: “El principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, o, como a veces se suele decir, de ‘personalizarse’”²².

En otras palabras, la justicia protege la libertad del individuo de transformarse de un hombre en una persona.

1. Valores estructurales

A) Valor verdad: derecho-deber de información

La información está dirigida a racionalizar las opciones del consumidor o usuario y tiene por objetivo la transparencia. Es decir, permite ilustrar para decidir con conocimiento acabado acerca de la existencia o no de las cualidades y atribuciones de los servicios puestos a disposición.

Como lo han sostenido Gabriel A. Stiglitz y Rubén S. Stiglitz, el derecho a la información bien puede ser considerado en el centro de los derechos sustanciales de los consumidores. El mismo versa sobre el adecuado conocimiento de las condiciones de la operación a realizarse, de sus derechos y obligaciones consiguientes y esencialmente, de las características de los productos y servicios que se comercializan.

Tal es la importancia que se confiere al mencionado derecho, que el mismo fue reconocido en la reforma de 1994 en forma expresa por la Constitución Nacional, que establece a favor del consumidor o usuario el derecho “a una información adecuada y veraz” (art. 42).

22 Íd., pág. 417.

Como se sabe, todo derecho tiene como contrapartida un deber, que en este caso pesa sobre el proveedor de bienes o servicios. En consecuencia, puede decirse que la publicidad comercial debe contribuir a realizar este derecho-deber de información de raigambre constitucional.

Así, en algunas oportunidades se ha incentivado la publicidad comparativa en virtud de que favorecería a los consumidores, ya que si la comparación es verdadera puede ilustrar al consumidor.

No obstante lo dicho, no debe olvidarse que la publicidad tiene un carácter subjetivo, parcial e interesado, en cuanto su principal objetivo está dado por la sugestión, la incitación o la persuasión, dirigidas a la adquisición de bienes o servicios. No pretende ser, por sí misma, un medio de educación o información de los consumidores. La costea el productor, generalmente, como una manifestación de la libertad de empresa; dada su finalidad predominante, pone de resalto las ventajas de los bienes o servicios ofrecidos y trata de disimular sus aspectos menos favorables²³.

Por ello, para garantizar su veracidad y la realización del valor justicia, se prevén recaudos específicos en las diversas leyes que la regulan, verbigracia, la de defensa del consumidor o la de lealtad comercial, entre otras. Ello siempre asumiendo que la publicidad comercial es un medio idóneo para la información del consumidor.

B) Valor utilidad

El rol que juega la publicidad es fundamental desde un perfil económico social y jurídico. Desde la primera perspectiva, es uno de los instrumentos de que se vale la empresa para influir en la acción humana, predominantemente mediante la manipulación de las representaciones, con el objeto de presentar o dar a conocer el bien o servicio que será objeto de oferta, para atraer clientes con ánimo de lucro. Requiere medios de difusión y una comunicación o mensaje publicitario de los que serán destinatarios los consumidores²⁴.

La publicidad, el crédito y el consumo son tres hechos de la sociedad estrechamente imbricados, a punto tal de ser uno solo, es que la publicidad constituye uno de los núcleos básicos en torno al cual gira la economía, pues la actividad

23 APARICIO, Juan Manuel, "Contratos 1. Parte General", Bs. As., Hammurabi, 1997, págs. 290 y s.

24 STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, "Contratos por adhesión. Cláusulas abusivas y protección del consumidor", Bs. As., Depalma, 1985, pág. 30.

publicitaria y de promoción se constituye en el medio idóneo que facilita el funcionamiento del mercado²⁵.

Dentro de la moderna sociedad de consumo, la publicidad es la herramienta indispensable para hacer conocer los productos y servicios en el mercado global tendiente a su comercialización y la consiguiente obtención de lucro. Es decir, por definición la publicidad comercial tiene una finalidad utilitaria y es la energía vital del capitalismo.

2. Valores periféricos

Se trata de valores que no hacen a la estructura o naturaleza de la publicidad comercial, pero muchas veces se recurre a ellos para generar un impacto mayor en los destinatarios. Estos valores no son en sí mismos fines de la publicidad, como sí lo serían el valor utilidad y el valor verdad, mencionados anteriormente.

En general, son valores que sirven de herramientas para realizar el valor supremo del mensaje publicitario, es decir, la utilidad.

A título ejemplificativo se pueden mencionar los siguientes valores accidentales: la belleza, la honestidad, el patriotismo, la espiritualidad, la salud, la solidaridad, etc..

3. Relaciones de coordinación y/o subordinación de valores en juego

Como lo he venido afirmando, con la publicidad comercial se encuentran dos valores centrales en juego bien delimitados: la verdad y la utilidad. Además, existen valores periféricos. De lo que se trata aquí es de establecer qué tipo de relaciones existen entre dichos valores en la realidad y de qué manera debería producirse la interrelación.

La publicidad debería tener, por naturaleza, carácter meramente informativo, pero junto a él en realidad, se concreta un propósito ulterior: persuadir al público para que compre o utilice los productos o servicios enunciados con el consecuente rédito económico del anunciante.

25 PARINET-MARQUET, Hugues, "La publicité du crédit au consommateur", en "Le Droit du crédit au consommateur", Litec, París, 1982, pág. 31, y ACOSTA ESTEVEZ, José, "Algunos aspectos jurídicos de la protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores", en "Rev. Directiva", N° 1, P.P.U., Barcelona, 1990, pág. 162, ambos cit. por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Publicidad y Consumidores", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", t. V, pág. 66, notas 7 y 8 respectivamente.

Es una forma de comunicación masiva y pagada cuyo propósito es impartir información, crear una actitud y provocar una acción beneficiosa para el anunciante, que es su principal objetivo. De lo dicho surge que en la realidad de los hechos, el valor verdad se encuentra subordinado a la supremacía del valor utilidad.

Mayor aún es la subordinación de los valores periféricos, si los hay, que por definición dependen para su existencia de los valores estructurales.

Por el contrario, entiendo que debe existir entre los valores en juego una relación de coordinación a los fines de que se materialice la función social de la publicidad.

Es completamente factible que se promocióne por cualquier medio o recurso un producto o servicio realizando sus bondades y beneficios sin inducir a error ni coartar la libertad de los consumidores destinatarios de la publicidad. Lo que sucede es que muchas veces se lucra con el engaño y la alienación misma, y eso sí se encuentra en franca contradicción con el valor verdad que se pretende tutelar.

4. La publicidad y los valores justicia y humanidad

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 masificación²⁶.

Toda vez que la publicidad comercial respete al consumidor o usuario como persona, brindando una información clara y veraz de lo que se promocióne y las condiciones de contratación, es casi indudable que alcanzaría la realización de los valores justicia y humanidad. Una publicidad con dichas loables características trae aparejado que el consumidor o usuario preste un consentimiento libre y meditado al momento de celebrar los contratos respecto de los productos o servicios que se publiciten.

En general, la normativa vigente interviene controlando y poniendo límites a los publicistas, con la finalidad de alcanzar sólo en forma relativa y parcial el respeto de las personas a quienes está destinada la publicidad. Esto significa recorrer la senda del humanismo intervencionista como paso previo para alcanzar la realización superior del humanismo abstencionista, en que cada hombre elige y realiza libremente su fórmula de personalización²⁷.

26 CIURO CALDANI, "Comprensión..." cit., págs. 11 y ss.

27 Íd., págs. 14 y ss.

Al fin, como lo afirma Ciuro Caldani²⁸, 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 (el deber ser cabal de nuestro ser).

Esto significa que si los anunciantes o proveedores de bienes o servicios publicitan sus productos con finalidad utilitaria con el consiguiente crecimiento del mercado económico, pero informando en forma clara, detallada, veraz y eficiente a los consumidores –sea que lo hagan en forma espontánea por haber adquirido conciencia cabal de ello, o forzada como consecuencia de los mecanismos y organismos de control establecidos por las leyes vigentes–, se alcanzaría la justicia en el ámbito publicitario, que integrada a los valores verdad y utilidad contribuirían conjuntamente a la realización del valor humanidad dentro de un sistema económico competitivo y en crecimiento.

28 Íd., pág. 13.