

La publicidad ¿Derecho Fundamental o de Empresa? Una perspectiva jurídico informativa

Esther Martínez Pastor¹

Resumen

Este artículo trata de explicar cuál es la naturaleza de la publicidad dentro del ordenamiento jurídico europeo y español. Nos plantearemos, en primer lugar, si esta comunicación persuasiva debe entenderse como un derecho fundamental, enmarcado dentro de nuestra Constitución o, por el contrario, debe ser identificado como un derecho de empresa. Para ello, realizaremos una aproximación al concepto de publicidad europea y española desde las diferentes normas y sus diversas denominaciones como “actividad publicitaria comercial”, “comunicación comercial”, “comunicación comercial”, “todo tipo de comunicación” y “publicidad comercial”, términos que, desde el ámbito de la comunicación, limitan el alcance de la comunicación publicitaria. Después abordaremos la naturaleza de la publicidad desde la jurisprudencia y las leyes. Y finalmente expondremos cómo la desflecada legislación en torno a la publicidad puede generar una cierta inseguridad jurídica.

Palabras clave

Publicidad, derecho fundamental, Derecho Mercantil, inseguridad jurídica, información, comunicación persuasiva.

Abstract

This article attempts to explain the nature of advertising within the legal order in Spain and in Europe, with a view to understanding if it should be understood as public law or corporate law. For this, we realized an approximation of the concept of European and Spanish advertising and then examined the nature of advertising from a legal and jurisprudence perspective. Finally, we analyzed judicial insecurity within the different norms that include this terminology.

Key Words

Advertising, public law, corporate law, judicial insecurity, information, persuasive communication

¹ Profesor Contratado Doctor del Departamento de Comunicación I de la Universidad Rey Juan Carlos en el área de Comunicación Audiovisual y Publicidad. Actualmente Coordinadora de la Titulación de Publicidad y RR.PP. esther.martinez.pastor@urjc.es

Índice

1. Introducción. 1.2. Concepto jurídico de la publicidad. 2. Naturaleza jurídica de la comunicación publicitaria. 2.1. Desde la jurisprudencia. 2.2. Desde la norma jurídica. 2.2.1. Publicidad vinculada a la venta. 2.2.1.1. Publicidad vinculada a la información. 3. Inseguridad jurídica: confusión de términos. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Tanto los juristas como la doctrina siempre se han cuestionado si la actividad publicitaria debe ser enmarcada dentro del Derecho Constitucional como un derecho fundamental relativo 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 (Desantes, Bercovitz, Cousido, Corredoira, De la Serna, De la Rute, Torres del Moral, García Guerrero, Rubí i Puig y Leñena Mendizábal). De ahí que la publicidad esté a caballo entre la actividad de la información y de la comunicación y, de otro lado, de la comercial. Sin embargo, la naturaleza dual de la publicidad no siempre está presente en todas las modalidades publicitarias. Así, la publicidad electoral, religiosa o la social persiguen la obtención de votos, de feligreses o de mantener el medio ambiente, lejos de comercializar con algún producto o servicio. De otro lado, por ejemplo, la publicidad legal tiene como finalidad informar sobre asuntos de interés general. Estas modalidades publicitarias muestran las diferentes manifestaciones de la publicidad para comprender su naturaleza. Por ello, comenzaremos con el concepto jurídico de la publicidad. Posteriormente pasaremos a explicar la publicidad con los derechos fundamentales y los de empresa. Después analizaremos la naturaleza jurídica de la publicidad y, finalmente, nos detendremos en la inseguridad jurídica relativa a la naturaleza de la publicidad.

1.2. Concepto jurídico de la publicidad

Definir jurídicamente qué es la publicidad en su sentido más amplio no es cuestión baladí porque en el ordenamiento jurídico español hay diferentes definiciones de publicidad recogidas en distintos textos normativos (De Miguel Asensio: 2005). De hecho tanto diferentes normas jurídicas comunitarias como españolas utilizan indistintamente para referirse a la publicidad los siguientes términos: actividad publicitaria comercial, comunicación comercial, comunicación, publicidad comercial y anuncios.

Las normas que hacen alusión a la “**actividad publicitaria o comercial**”² se refieren a un conjunto de actividades desarrolladas dentro del ámbito económico y vinculado directamente con la libertad de empresa (art. 38 CE). Esta libertad puede ser ejercida por cualquier persona, ya sea física o jurídica y cuya actividad tiene que ser de carácter comercial, industrial, artesanal o profesional, clasificación que hoy en día queda desfasada y debería denominarse simplemente empresarial. Aunque entendemos que hace alusión a

² Las normas europeas y españolas que se refieren a la publicidad como actividad publicitaria y comercial son las siguientes: de un lado, normativa europea como la 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.); la 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.). De otro lado, la normativa nacional, a saber, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (art. 2); 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); y el Decreto 2584/1973, de 19 de octubre, por el que se regula la publicidad de determinadas inversiones (art. 1). Véase Martínez Pastor, E. (2010): *Los mensajes publicitarios analizados desde la comunicación y el derecho*, Universitas, Madrid.

“sujetos conocidos históricamente con anterioridad a los empresarios” (De la Cuesta: 2002, 53). Pero en cualquier caso debería actualizarse. Igualmente, debería incluirse a los particulares que pueden llevar a cabo una actividad publicitaria en un momento determinado (Lema Devesa: 2007). Esto muestra que bajo esta denominación la actividad publicitaria siempre va asociada a la finalidad de vender un producto o servicio que jurídicamente constituyen contratos (De la Cuesta: 2002). El perfeccionamiento de los contratos vincula esta actividad publicitaria con los derechos y obligaciones derivados de la libertad de empresa.

También se utiliza el término de “**comunicación comercial**”³ que es una denominación más generosa y amplia de la publicidad (De Miguel: 2005). Se incluye tanto la comunicación dirigida a un colectivo o a un solo destinatario (De Miguel: 2005), como la publicidad personalizada como los adwords. Esta denominación nuevamente se enmarca en el Derecho de Empresa por su vinculación con los contratos derivados de tal actividad empresarial.

Otro concepto utilizado por nuestras normas es la publicidad identificada como “**toda forma de comunicación**”⁴ (Pino:1992, 29) que comprende todo tipo de mensaje y formato comunicacional (De la Rute, 34). En este sentido la publicidad incluye cualquier mensaje de ideas, hechos y de juicios y cualesquiera formas de presentar un mensaje publicitario y sus elementos como los sonidos, las palabras y las imágenes (Martínez Pastor, 2005). Esta denominación enlaza con el Derecho de la Información que garantiza el derecho de expresión y de comunicación. Al igual que cuando se equiparan el término de publicidad con la denominación de “**oferta informativa**”⁵ en el sector sanitario, concretamente, en relación con los medicamentos, en el que prima la información a la venta. Así, la Directiva 92/28/CEE, relativa a publicidad de medicamentos para uso humano, y el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, expresan que “se entenderá por publicidad de medicamentos toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación...”. Se entiende como publicidad tanto la informativa como la comercial.

³ El concepto de comunicación comercial aparece repetidamente en la normativa europea y en la nacional española en las siguientes leyes: 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; las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (art. 2d.); la 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 h.); la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (art.19.1 y ss.) y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones (Disposición primera).

⁴ La normas europeas que hace alusión al concepto “toda forma de comunicación” son la 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 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 (art. 1.c.) y la 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 (art. 2h. y art. 2.i), mientras que la normativa española lo recoge en 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); la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (art. 2); la 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). Véase Martínez Pastor, E. (2010): *Los mensajesob. cit.*, p. 55.

⁵ Se incluye en la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano (art.1.3) y en el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano (art.1.2). Véase Martínez Pastor, E. (2010): *Los mensajesob. cit.*, p. 61-62.

Queda a la vista que los legisladores han optado por denominar a la publicidad de diferentes maneras atendiendo al término “comunicación” de forma genérica para todas las formas de comunicación y “publicidad”, de acuerdo con la finalidad de ésta, por lo general, con la venta. En unos casos se atiende a la actividad económica desarrollada con el término “actividad publicitaria”, “comunicación comercial” y “publicidad comercial” y, en otras, al propósito informativo con las denominaciones de “toda forma de comunicación” y de “oferta informativa”. Esto enlaza directamente con la discusión doctrinal sobre si la publicidad pertenece al Derecho de la Información, como un derecho de expresión y de información o, si por el contrario, debería ser entendida como un derecho de empresa por su actividad económica. Cuestión, por otra parte, no pacífica ni en la jurisprudencia ni en las normas jurídicas como a continuación analizaremos.

2. Naturaleza jurídica de la comunicación publicitaria

2.1. Desde la jurisprudencia

La actividad publicitaria en el marco jurídico español se garantiza en la Constitución (CE) en los artículos relativos a libertad de expresión e información (art. 20), a la libertad de empresa (art. 38) y a la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51). Por ello, la cuestión que se plantea es si la publicidad pertenece al ámbito de la información y de la expresión o al de la empresa (mercantil).

La justificación de estas dos posturas *a priori* antagónicas responde principalmente a que distintas sentencias clásicas fallan a favor y en contra de cada una de éstas. De un lado, las sentencias del Tribunal Supremo⁶ y del Constitucional⁷ español consideran que la publicidad, además de un tipo de comunicación, es una actividad comercial cuyo fin es promover la contratación de un bien o servicio⁸ y se entiende que la publicidad es propia del Derecho Mercantil. Ésta se excluye del derecho de expresión o de información, derechos fundamentales. Sin embargo y enfrentada a esta postura, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁹ y del Tribunal de Estrasburgo¹⁰, entre otras, estiman que la publicidad debe ser amparada por el derecho de expresión y de información para permitir y dar a conocer un producto o servicio al que de otra manera sería imposible promover. De acuerdo con estas dos posturas *a priori* contradictorias, entendemos que la publicidad tienen dos aspectos: de un lado, el informativo o el comunicativo, propio del Derecho Constitucional protegido por el artículo 20 CE y, de otro, el aspecto empresarial o comercial, propio del Derecho Mercantil. De ahí que la publicidad sea de naturaleza dual. Sin embargo, esta dualidad es de rabiente actualidad porque la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 2009¹¹ ha marcado un hito en nuestra jurisprudencia al extender la

⁶ Véase la Sentencia de 23 de septiembre de 1988.

⁷ Véase la Sentencia de 23 de septiembre de 1988.

⁸ Este es el caso del caso Coca. Éste era un abogado que había realizado publicidad para dar a conocer su actividad pero este colectivo tiene prohibido publicitar su actividad profesional. La sentencia falló en su contra por considerar que la publicidad realizada por Coca tenía como fin principal la contratación de un servicio, en su caso, la abogacía. Esta sentencia entendía la publicidad como un derecho de expresión y de información y no como un medio de contratación.

⁹ Véase la sentencia de 24 de febrero de 1994. De nuevo, el caso Casado Coca contra España en los Tribunales Europeos de Justicia (8/1993/403/481).

¹⁰ Véase la sentencia Barthold contra Alemania de 25 de marzo de 1985.

¹¹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1) en la que el Tribunal falla a favor de entender la publicidad como un derecho enmarcado dentro de la libertad de expresión. Este asunto partió de una demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente a la mercantil Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, S.A. en 2001 por “la emisión de un anuncio en televisión en el que se veía cómo un hombre de mediana edad y con apariencia de alto ejecutivo caminaba por el interior de un garaje subterráneo y observaba un vehículo aparcado bajo un cartel con la palabras <director general>. En ese momento se oía en el spot la voz de una persona fuera de escena decir <¿Has visto el coche del nuevo director general? ¡Es impresionante el coche del nuevo director general! ¡Cómo me gustaría probar el coche del nuevo director general! >. A continuación, el protagonista de la campaña se acercaba al citado vehículo y con un objeto punzante desinflaba sus ruedas para

libertad de expresión a la publicidad en un spot en el que la sentencia dice que “el mensaje de que se trata, aunque no carente de un contenido informativo para quien estuviera en trance de decidirse sobre la compra de un automóvil, emitió fundamentalmente juicios de valor sobre las relaciones dentro de una empresa, sobre los signos que las exteriorizan, sobre la comparación entre productos...”. Resulta interesante como la jurisprudencia española tiene esa doble dualidad al considerar a la publicidad en algunos casos como un derecho fundamental y, en otros, como derecho mercantil.

2.2. Desde la norma jurídica

Los textos normativos evidencian que dependiendo de la finalidad publicitaria ésta se vincula a la venta o a la información.

2.2.1. Publicidad vinculada a la venta

La publicidad asociada con la actividad de venta se refiere a ella como una forma de promover o de suministrar¹². La ley utiliza el término de promoción para “impulsar, estimular o captar la atención del usuario para la venta”. En sentido extenso, el objetivo de dicha venta se refiere a los suministros, bienes, servicios, derechos, inmuebles, obligaciones e imagen de una persona física o jurídica. Se deja de lado otro tipo de finalidad. Otro concepto que aparece en la mayoría de las normas es la “remuneración, contraprestación similar o pago” que una de las partes ofrece al medio a cambio de que el mensaje publicitario se difunda. En este caso, estos términos son utilizados como sinónimos pero queda de manifiesto que la publicidad en los medios tiene un coste que puede sufragarse mediante dinero, permuta u otro tipo de contrato, así como la gran mayoría de las normas que aluden a la publicidad comercial expresan que ésta tiene como “fin promover” algún producto o servicio.

seguidamente salir del garaje dentro de otro automóvil que se hallaba detenido en un lugar bajo el cartel: <presidente>. La moraleja del spot -en forma de voz en off- remataba: <regla número uno de los negocios: el director general nunca debe comprarse un coche mejor que el del presidente>” (Tourño, 2011). Véase el anuncio en http://www.youtube.com/watch?v=XzdNDFQ_v00 (consultado 21/10/2010).

¹² Las normas que incluyen el concepto de publicidad con la venta a nivel europeo y español son: la Directiva del Consejo de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (art. 2), la 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); 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, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (<Directiva sobre las prácticas comerciales desleales>) (art. 2. d); el Instrumento de ratificación del Convenio Europeo sobre televisión transfronteriza, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1989 (art. 2. f); la 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.h y art. 2. i); la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (art. 2); la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (art. 19.1); 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); la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español (art. 19.3); el Real Decreto 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios (art. 19); la Orden de 22 de septiembre de 1945 sobre prohibición de publicidad en publicaciones editadas por organismos del Estado (1o); el Decreto 917/1967, de 20 de abril, por el que se dictan normas sobre publicidad exterior (art. 10); el Decreto 2584/1973, de 19 de octubre, por el que se regula la publicidad de determinadas inversiones (art. 1). Véase Martínez Pastor, E. (2010): *Los mensajes ...ob. cit.*, p.64-65.

2.2.2. Publicidad vinculada a la información

Hay preceptos normativos relativos a la publicidad que aluden más al concepto informativo¹³ que al comercial. El propósito es salvaguardar al consumidor y evitar que los contenidos publicitarios puedan inducirle a error. El usuario es el sujeto protegido por la ley. Las normas de carácter especial son las que ofrecen mayor garantía al usuario y se inscriben en sectores concretos, a saber, alimentación, menores, sanidad, energía, cosméticos, finanzas, y alimentación. Al mismo tiempo, aluden a principios constitucionales como “el derecho a la salud, o integridad física (art. 15 CE), el principio de la juventud y la infancia (art. 20.4 CE), principio de protección de los consumidores (art. 51 CE), entre otros...” (Lema Devesa y Gómez-Montero, 266). Por este motivo, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (LGP) incluye la posibilidad de regímenes especiales en determinadas materias, lugares, medios o sujetos. De hecho en estos sectores las normas tratan la publicidad con un carácter claramente informativo y prioritario, frente a la persuasión y la seducción propias de la publicidad comercial. Los mensajes publicitarios deben responder al principio de veracidad. El soporte publicitario, el packaging o el cartel deben indicar claramente el contenido anunciado, ya sea los componentes de un alimento, cosmético o medicamento ya sea el contenido de una película.

Este análisis muestra nuevamente el doble aspecto de la publicidad: el aspecto comercial y el informativo. “Un aspecto informativo, por el cual se informa al consumidor de las cualidades o características de ese producto, y un aspecto persuasivo, a través del cual se le induce a comprar y consumir el producto” (Lema Devesa y Gómez-Montero: 2007, 266). Esto se asocia con dos tipos de intereses: los consumidores y usuarios y, de otro lado, los anunciantes. Sin embargo, el legislador español ha complicado aún la naturaleza jurídica de la publicidad porque ha utilizado términos afines a la publicidad como sinónimos cuando son diferentes tales como: la publicidad e información; la publicidad y propaganda y la publicidad con fuerza de venta como a continuación veremos.

3. Inseguridad jurídica: confusión de términos

El legislador utiliza términos diferentes a la publicidad como sinónimos generando una inseguridad jurídica (Martínez Pastor: 2010), cuestión que complica nuevamente tanto el concepto jurídico de la publicidad como su naturaleza con conceptos que utiliza indistintamente para referirse a la actividad publicitaria como “comunicación e información”, “publicidad y propaganda” o “incentivos, patrocinio o fuerza de venta” y, que de otro lado, desde el ámbito comunicacional son claramente distintos.

a) La ley identifica **la publicidad y la información** como sinónimos para referirse al mensaje y al formato publicitario. Como así lo expresan el Real Decreto 1189/1982, de 4 de junio, sobre regulación de determinadas actividades inconvenientes o peligrosas para la juventud o infancia que dice “queda prohibida la publicidad en el exterior de los locales,

¹³ La normas que recogen la acepción de publicidad y venta son: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (art. 61); el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (art. 4.1); la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (art. 9.2 y 9.3); el Real Decreto 1618/1980, de 4 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones de Calefacción, Climatización y Agua Caliente Sanitaria con el fin de racionalizar su consumo energético (Disposición final); el Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre productos cosméticos (art. 16.1, 2,3,4); la Orden de 17 de Septiembre de 1982, por la que se desarrolla el Real Decreto 2730/1981, de 19 de octubre, sobre especialidades farmacéuticas publicitarias (art. 1.2.); la Orden de 5 de septiembre de 1978, por la que se desarrolla (en materia de publicaciones) el Real Decreto 3471/1977 de 16 de diciembre, que regula la publicidad exterior de espectáculos (art. 2 y art. 3). Véase Martínez Pastor, E. (2010): *Los mensajesob. cit., p. 69.*

vallas publicitarias, carteleras informativas o publicitarias de los periódicos” (art. 1) y el 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, regulador de las Salas especiales de exhibición cinematográficas que indica: “(la) publicidad sólo podrá se exhibida en el interior de los locales donde se proyecte la película y en las carteleras informativas o publicitarias de los periódicos y demás medios de comunicación social” (art. 13). Estas confusiones generan inseguridad jurídica porque se equipara la información con la publicidad y nos lleva a preguntarnos ¿estamos hablando de lo mismo? o ¿quizá el legislador lo utilizó como sinónimo? o ¿no supo desligar estos dos mensajes? Por el contrario, otras normas diferencian de forma explícita la publicidad de la información.

Atendiendo a la finalidad de la publicidad una modalidad es la *publicidad legal* que se caracteriza por la objetividad del mensaje y la obligatoriedad de su difusión por ley, que la diferencia del resto de modalidades publicitarias (Martínez Pastor: 2010). 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 en la que los ciudadanos conozcan ciertas actividades o actuaciones que puedan afectarles. La inscripción en los Registros públicos permite esta publicidad (Santaella: 2003). De hecho, las características de la publicidad legal son el aspecto formal. Cualquiera tiene acceso a dichos Registros para informarse y, el aspecto material, la información depositada en tales Registros, puede ser conocida por todos sin ser alegada la ignorancia de tales datos (De La Cuesta: 2002). Sin embargo, esta publicidad es una verdadera ficción legal porque “no siempre se produce un conocimiento efectivo por parte de los interesados” (Santaella: 2003, 40). Ni todos leen, ni conocen el contenido de los boletines, ni saben de la información de los registros públicos porque se solicita previa petición. Por ello, se cuestiona esta ficción legal en la que los medios de difusión, los Registros y los boletines sean poco o nada efectivos frente a medios como la red o lo móviles. E, incluso, se pone en tela de juicio la terminología utilizada como publicidad legal “porque la identifica más con el concepto de información o comunicación que con el de publicidad” (Santaella: 2002, 42).

Otra modalidad de publicidad que se acerca a la información es la *publicidad institucional* que se enmarca dentro de la comunicación pública (Moreu, 2005) y se regula por la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional. Está caracterizada por la participación de dos sujetos, Administración/ciudadanos, y de un mensaje de carácter informativo y persuasivo. Es una comunicación informativa que hace saber a los ciudadanos el funcionamiento, los procedimientos de servicios públicos como el tiempo o los espectáculos, y cuyas temáticas son de carácter jurídico, electoral, laboral, social, económico y cultural (Martínez, 2010). A un mismo tiempo es persuasiva porque siempre tiene un matiz persuasivo aunque la comunicación sea de carácter informativo (Santaella: 2003, 86). De igual modo, tanto esta ley como la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General permiten que durante este período puedan difundirse campañas de publicidad institucional, si éstas son de carácter informativo y si son de interés público, como, por ejemplo, explicar la votación por correo. Pero son numerosos los partidos políticos que aprovechan la publicidad institucional para comenzar la campaña electoral cuando, por ley, tal y como vimos anteriormente, sólo puede realizarse quince días antes de la votación, pese a que en la praxis la estrategia electoral comienza mucho antes a través de la publicidad institucional. No solo eso, sino que ésta se utiliza para consolidar la

marca del partido político como si de publicidad comercial se tratase. Es aquí donde realmente se critica el uso y abuso de la publicidad institucional “¿Tienen las instituciones derecho a comportarse como la empresa privada y a renunciar a toda objetividad comunicativa?”. En los demás casos, la publicidad institucional es de carácter persuasivo en áreas sociales, culturales y laborales para crear, reforzar o modificar actitudes de sus ciudadanos. En ella todo mensaje tiene una carga informativa revestida de persuasión. Esto muestra que en la publicidad institucional el mensaje es de tipo informativo porque es de interés general pero, al unísono, hay una intencionalidad persuasiva por parte del Estado anunciante, que es la carga de subjetividad, es decir, de persuasión (Martínez: 2010). Es natural que el Gobierno utilice la publicidad como un medio para llegar directamente a sus ciudadanos a través de la televisión, la web, la radio o la prensa. Sin embargo, esta modalidad publicitaria es también cuestionada.

La *publicidad social* es otra modalidad de la publicidad. Ésta es “de carácter persuasivo, pagada, intencionada e interesada que sirve, a través de los medios publicitarios, a causas concretas de interés social y, que por lo tanto, se plantea objetivos de carácter no comercial, buscando efectos que contribuyan, ya sea a corto o a largo plazo, al desarrollo social y/o humano, y formado en parte, o no, de programas de cambio y concienciación social” (Alvarado: 2003, 336-337). Esta publicidad tiene objetivos sociales que deben satisfacer a la mayoría de los ciudadanos y que, además, deben contribuir a mejorar el estado de bienestar social y, posteriormente, poder conseguir un cambio social. Aunque, por otro lado, también construyen imagen de marca a través de un mensaje persuasivo.

b) El legislador utiliza como sinónimo **la publicidad y la propaganda**. La legislación que regula la propaganda está vinculada con la libertad ideológica, la libertad religiosa y la política. Éstas quedan garantizadas en el artículo 16 de la CE. Sin embargo, el contenido de dicho artículo es cuestión no pacífica. El artículo 16 de la Constitución reconoce la libertad ideológica. En sentido amplio, este precepto hace referencia a las diferentes formas de pensamiento que cada individuo puede adoptar en cuanto a las ideas políticas, culturales o filosóficas o de otra índole sin miedo a exteriorizarlas (De Esteban y González-Trevijano:1993, 59). Caracterizada por dos dimensiones: una, interna y otra, externa. De acuerdo con De Esteban y González- Trevijano la proyección interna “pertenece al fuero propio de cada persona” y la externa “se realiza, si así se considera conveniente, en unión de otras personas de las mismas creencias, de forma abierta y social” (1993, 48-49). Por ello, la protección de este derecho debe hacerse en su doble dimensión. La libertad ideológica está estrechamente ligada a otros derechos constitucionales relacionados con la comunicación como son el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones (art. 20.1, a CE), el derecho a la información (artículo 20.1, d CE), la libertad de cátedra (art. 20.1, c CE) o la libertad de enseñanza (art. 27 CE), entre otros. Rollnert (2002) indica que la libertad ideológica está muy cerca de la libertad de expresión y de información. De otro lado, nuestra Constitución, al ocuparse de la libertad de expresión incluye los juicios y opiniones no ideológicos (art. 20 CE). Parece extraño que un juicio o una idea se exprese independientemente de una ideología pero esto se debe a que la libertad ideológica está regulada en el art. 16 de la CE. Sin embargo, ésta es una “perspectiva metajurídica difícil de concebir”. Resulta extraño separar ideas de juicios y opiniones. También resulta llamativo que la CE indique que la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción son los modos en los que se manifiestan los juicios y opiniones (art. 20.1 a), manifestaciones que coinciden con los medios utilizados por los propagandistas en el ámbito comunicacional, anteriormente analizado, porque como decía Goebbels “hacer propaganda es hablar de la idea en todas partes, hasta en el tranvía” porque en definitiva la propaganda es un modo de expresión (Domenach: 2001, 48). De

manera que los medios por los que se manifiestan las ideas, juicios y opiniones son coincidentes. Entonces ¿por qué la ley hace esta diferencia? Lo que está claro es que ambos derechos son intrínsecos a la dimensión externa de la propaganda: el hacer saber a través de medios de comunicación y el derecho a tener información para configurar las ideas propias.

La propaganda, en su dimensión externa, está en estrecha relación con la libertad ideológica en el caso de que las ideas se hagan públicas; con la libertad expresión si se utilizan medios de comunicación; y con la libertad de información si se utilizan para que ésta llegue a los ciudadanos. En el ámbito externo, el propagandista se vale de estos derechos para dar a conocer sus ideas y que éstas sean recibidas y asumidas por el público. Sus límites son el orden público (art. 16.1 CE), el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia, (art. 20. 4 CE) y el interés general o público (Parada, 344).

Además, las normas utilizan términos diferentes como sinónimos. Encontramos tres situaciones diferentes: una, en la que el legislador utiliza indistintamente el término propaganda por el de publicidad, otra, en la que hace uso del término propaganda comercial y, otras ocasiones, en las que diferencia ambos términos.

Primero, la ley utiliza como *sinónimos* los términos de *publicidad* y *propaganda* cuando indica “para la publicidad de venta (...) o cualquier otro sistema de propaganda” (art. 113 del RD 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la ley sobre viviendas de protección oficial). Conviene indicar que la propaganda es una comunicación basada en ideas de índole política, civil, estatal o religiosa 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 predeterminadas” (Young: 2001, 201). Una submodalidad de la propaganda electoral que se circunscribe solo al período electoral para promocionar las candidaturas que se presentan a las elecciones y están reguladas por la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, de Régimen Electoral General, como anteriormente mencionamos.

En segundo lugar, son numerosas las normas que hacen uso del término *propaganda comercial* como *sinónimo* de *publicidad* cuando se refiere al mensaje de ideas, propaganda o al mensaje comercial. En especial, las normas relativas a la publicidad aérea se refieren a la publicidad como propaganda comercial. Se omite el término comercial y se dice propaganda. Así, por ejemplo, “se entenderá por propaganda comercial aérea los vuelos realizados con dicho fin, cualquiera que fuera la forma de determinación de su precio en atención a la duración y clase del mismo y modalidad de la propaganda, paracaídas, anuncios, escritura con humos, etc.” (art. 1 Decreto de 13 de agosto de 1948, por el que se reglamenta la propaganda comercial realizada desde el aire).

Y tercero, resulta llamativo que la ley diferencie *claramente* entre *publicidad* y *propaganda* y exprese: “la propaganda y publicidad, por cualquier medio de difusión, de la cesión de viviendas construidas sin protección oficial, mediante la percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el período de construcción, deberá contener en su texto, con claridad y precisión, los siguientes datos (...)”. (art. 1 Orden de 5 de octubre de 1968, sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial. Esto muestra la legislación “desflecada” en materia publicitaria que en determinados artículos diferencia términos que en otros utiliza como sinónimos. Cuestión que debiera solucionarse *de lege ferenda* por la inseguridad jurídica y confusión que genera.

c) También existe confusión entre la palabra publicidad y otros términos afines como los “**incentivos, patrocinio y fuerza de venta**”. El Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, identifica como otros medios de publicidad los incentivos, que son las promociones, el patrocinio y las personas facultadas para prescribir o dispensar los medicamentos, la fuerza de venta directa con el cliente. Estas comunicaciones son persuasivas como la publicidad pero no tienen la naturaleza propia de ésta. La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad diferencia los contratos de patrocinio de los publicitarios en su articulado por su naturaleza y objeto. Éstos consisten en que el patrocinador ofrece una contraprestación económica para celebrar un evento de cualquier índole a cambio de que su marca aparezca en la actividad (art. 24 LGP). De otro lado, los incentivos son las promociones que están reguladas por la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista¹⁴ que determina cuáles son sus modalidades 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 (art. 18 y ss. Ley 7/1996 Minorista). Y finalmente, la fuerza de venta, son los que venden un producto o servicio a los clientes en un punto de venta. No son los anunciantes o agencias de publicidad, pero de una forma activa participan de la salida de los productos y servicios en el mercado. Ambas comunicaciones comerciales pueden ir acompañadas de publicidad pero no necesariamente. Por ello, son comunicaciones afines pero no iguales¹⁵.

4. Conclusiones

Es evidente que la regulación de la publicidad es abundante y contradictoria en numerosos casos. Se caracteriza por ser desflecada. Las numerosas normas, tanto comunitarias como española, así como la jurisprudencia, manifiestan que la publicidad está a caballo entre la libertad de información y de expresión y la libertad de empresa, planteando una naturaleza dual de la publicidad que normalmente se olvida. Pero a un mismo tiempo, se genera una inseguridad jurídica por la confusión de términos como publicidad con propaganda o con información y que, por otra parte, son claramente diferenciados en la Ciencias de la Comunicación. Por ello, se plantea de *lege ferenda* que pueda aclararse esta confusa y amplia terminología relativa a la publicidad y se propone que comunicólogos y juristas trabajen conjuntamente en temas relacionados con la comunicación para caminar en la misma dirección hacia una configuración uniforme en el estudio de la publicidad en aras de evitar esta confusión que, sin duda alguna, genera una inseguridad jurídica evidente. Aunque entendemos, que es cuestión difícil por la copiosa normativa vigente en torno al tema pero que, de otro lado, es necesaria.

¹⁴ Véase también la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias.

¹⁵ Véase: el Real Decreto 1189/1982, de 4 de junio, sobre regulación de determinadas actividades inconvenientes o peligrosas para la juventud y la infancia (art. 1), el 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, regulador de las Salas especiales de exhibición cinematográfica (art. 13); el Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre productos cosméticos (art. 16.5); la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (art. 27), el Decreto de 13 de agosto de 1948, por el que se reglamenta la propaganda comercial realizada desde el aire; la Orden de 20 de diciembre de 1966 sobre reglamentación de la propaganda comercial aérea (art. 11), el 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 (art. 1); la Orden de 5 de octubre de 1968 sobre propaganda y publicidad de la venta de viviendas que no sean de protección oficial (art. 13.2, 17, 18, 19), - el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano. Véase Martínez Pastor, E. (2010): Los mensajesob. cit., pp. 74- 75.

5. Bibliografía

- Alvarado López, M. C. (2003). *Publicidad social: una modalidad emergente de comunicación (Tesis doctoral)*, Madrid, Servicio de publicaciones de la UCM.
- Bel, I., Corredoira, L. y Cousido, P. (1992). *Derecho de la información*, Madrid, Colex.
- De Esteban, J. y González-Trevijano, P. (1993). *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Madrid, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid.
- De La Cuesta Rute, J. M^a. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*, Pamplona, EUNSA.
- De Miguel de Asensio, P. A. (2005). *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid, Iustel.
- Domenach, J-M. (2001). *La propaganda política*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Fernando Magarzo, M. R. (2008). “Cuadro comparativo entre la Directiva de Televisión sin Fronteras, la nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual y la vigente Ley 25/1994 de la transposición de la primera (parte I)”, en *Autocontrol de la Publicidad*, Madrid.
- García Guerrero, J.L. (1997). *La Publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* num. 50, Madrid.
- García Guerrero, J.L. (1996). *Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español*, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, Madrid.
- Lema Devesa, C. (2007). *Problemas jurídicos de la publicidad*, Madrid, Marcial Pons.
- Martínez Pastor, E. (2005). *Régimen jurídico del modo publicitario en Internet*, Murcia, Quaderna.
- Martínez Pastor, E. (2010). *El mensaje publicitario analizado desde la comunicación y el Derecho*, Madrid, Universitas.
- Moreu, E. (2005): *La administración anunciante: régimen jurídico de la publicidad institucional*, Navarra, Thomson-Aranzadi.
- Parada, R. (2007): *Derecho Administrativo I, parte general*, Madrid, Marcial Pons.
- Pino Abad, M. (1992). *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la LGP 1988*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo.
- Rollnert, G. (2002). *La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rubí i Puig, A. (2008). *Publicidad y libertad de expresión*, Madrid, Civitas.
- Ruiz Muñoz, M. (2007). *Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 263/2007, Madrid.
- Santaella López, M. (2003). *Derecho de la publicidad*, Madrid, Thomson.
- Young, K. (2001). *La opinión pública y la propaganda*, México, Paidós Studio.
- Touriño, A. (2010). *El Supremo extiende la Libertad de Expresión a la Publicidad*, en *Legal e-digital en* <http://blogs.lainformacion.com/legal-e-digital/2010/06/30/el-supremo-extiende-la-libertad-de-expresion-a-la-publicidad-2/> (consultado 20/10/2011).