

Publicidade e mensaxes publicitarias: aspectos socioxurídicos

Catedrático de Teoría xeral da
Información.
Decano de Publicidade e
Relacións públicas de
Pontevedra

Manuel Fernández Areal

Parécese aínda necesario, ó encarar calquera tema e razoamento relacionado coa actividade publicitaria, deixar ben sentado o que por tal actividade ha de entenderse.

Fágoo sempre así por dúas razóns: unha, porque entendo que, cando os tratadistas destas cuestións falamos de comunicación, hai quen por tal entende exclusivamente a publicidade, e considera que esa comunicación é algo totalmente apartado dunha verdadeira información; e tamén porque os profesionais da comunicación informativa teñen ou adoitan ter verdadeiro horror a ser confundidos cos publicitarios.

Imponse, pois, aínda a risco de excesiva repetición, comezar unha vez máis dicindo que a comunicación, a comunicación social, especialmente a mediada –é dicir, a realizada a través duns medios que actúan como soportes de mensaxes dirixidas ordinariamente a grupos de persoas, é dicir, a comunicación colectiva– é un fenómeno omnicompreensivo, no que se poden

distinguir tres actividades comunicacionais distintas, aínda que non diversas: a información, a propaganda ideolóxica e a publicidade, sen que caiba reivindicar para un en concreto destes tres subfenómenos da comunicación a cualidade de puro ou de perfecto ou máis nobre que os demais.

Véño repetindo desde hai moitos anos e afirmeino claramente, con intención académica e pedagóxica, para os efectos de que todos saiban o que trato de inculcarlles ós alumnos da licenciatura en publicidade e relacións públicas na Universidade de Vigo, o ano pasado, nas primeiras xornadas de comunicación social, que serviron de digno prólogo ó comezo das actividades académicas na facultade de Ciencias Sociais de Pontevedra:

“Todo, para el hombre, y no solamente en una edad avanzada de su desarrollo cultural, es comunicación... Pero cuando el ser humano quiere comunicarse con muchos a la vez, hay tres medios especialmente diseñados, concebidos para poder llegar simultáneamente a muchos, medios de comunicación colectiva que llamamos Prensa, el primero en el orden del tiempo; Radio, nacido con posterioridad; y Televisión, el más reciente y más arrollador, desde el punto de vista de la eficacia, por su gran capacidad de llegar al público y captar su atención y por el favor indiscriminado que el público le dispensa,... La Comunicación puede ser contemplada como fenómeno sociológico y como actividad profesionalizada que abarca las tareas de los periodistas, los propagandistas y los publicitarios... Hay una comunicación simplemente dirigida a dar a conocer –el saber implica una mayor reflexión y estudio– y otros dos tipos o modos comunicativos dirigidos a persuadir, a influir, a convencer, a ganar adeptos... cada modo tiene su lenguaje y cada medio tiene igualmente unas características determinadas que comportan unas exigencias muy concretas”¹.

Desde un punto de vista rigurosamente legal, a publicidade como actividade comunicativa está igualmente delimitada pola nosa vixente *Lei xeral de publicidade*, do 11 de novembro de 1988, que, no seu art. 2º, a define como: “Toda forma de comunicación realizada por unha persoa física ou xurídica, pública ou privada, no exercicio dunha actividade comercial, industrial, artesanal ou profesional, co fin de promover de forma directa ou indirecta a contratación de bens mobles ou inmobles, servicios, dereitos e obrigas”; aínda que, tendo en conta a data da promulgación desta lei, se bota de menos, sen dúbida, unha referencia clara a un tipo de publicidade cada día máis importante, a política, é dicir, a que trata de promocionar partidos políticos ou persoas en orden á adhesión do público e moi concretamente en forma de voto favorable.

¹ FERNÁNDEZ AREAL, Manuel, “Medios y modos de comunicación colectiva”, no libro colectivo *Comunicación Social*, Escola Galega de Administración Pública (EGAP), Santiago de Compostela, 1995, pp. 131-143.

Xa en 1969, como froito do Coloquio publicitario internacional realizado en México, os que a el acudiron estimaron importante considera-la publicidade como un conxunto de técnicas e medios de comunicación social dirixidos a *atraer-la atención do público cara ó consumo de determinados bens ou a utilización de determinados servicios*, e posteriormente, en 1977, a Internacional Advertising Association considerou como publicidade tamén a realizada en *finalidades de interese público*.

Meyers, por exemplo, lembra que “la publicidad en televisión se ha convertido en un instrumento indispensable para todo político que se presente a la elección para un cargo público”².

Publicidade e información, dous modos comunicativos, diferéncianse fundamentalmente pola intencionalidade do suxeito promotor da mensaxe. No caso da mensaxe publicitaria trátase de producir un efecto determinado no suxeito receptor do mesmo. No caso da mensaxe informativa, búscase simplemente dar a coñecer uns feitos, algo que aconteceu ou acontece ou pode acontecer. Pero, esa intencionalidade, comporta estilos de linguaxe e usos profesionais propios.

Conceptualmente, estes modos comunicativos tenden a finalidades distintas: informar é dar a coñecer; a mensaxe publicitaria, pola contra, e aínda cando empregue elementos informativos –así, por exemplo, no caso dos chamados anuncios breves ou clasificados, nos diarios– intenta promover unha acción de compra ou unha adhesión traducible nun voto. Por iso afirma Santaella que, no caso dun consumidor a resultas dun anuncio publicitario, “antes que el negocio jurídico-mercantil, se verifica el acto comunicativo en el que aparece como receptor. Pero no sólo eso: su actuación mercantil está en función de haber sido receptor en un proceso comunicacional. Si esto es así en la publicidad comercial, con mayor razón se puede comprobar en el caso de los mensajes publicitarios no comerciales, en los que no hay consumidor: el acto publicitario agota su finalidad en él mismo”³, aínda que persoalmente non estou de acordo coa última conclusión, pois o acto publicitario perfeccionarase pola manifestación práctica da adhesión lograda. O impacto publicitario busca precisamente un voto ou unha manifestación pública, ou calquera outra toma de decisións favorable ó promotor do anuncio de contido político.

² MEYERS, William, *Los creadores de imagen*, Planeta, Barcelona, 1987, p. 44.

³ SANTAELLA LOPEZ, Manuel, *El delito publicitario*, Reus S.A., Madrid 1981, p. 69.

A publicidade, baixo sospeita

Sen dúbida polo carácter marcadamente intencional, é máis, persuasor, da mensaxe publicitaria, é polo que os profesionais da

comunicación informativa tratan de deixar ben sentado que eles fan información, comunican feitos, trasladan ó público, en forma de relatos, o ocorrido, ou o que vai ocorrer, sen ningunha outra pretensión que a de dar a coñece-los feitos.

Ata tal punto teñen arraigado e claro este concepto os xornalistas, en canto informadores, que non hai código de conducta, libro de estilo –incluso do medio televisivo– que non inclúa entre as súas normas ou consellos ou recomendacións, deixando ben sentado o seu carácter deontolóxico, o deber de separar información e opinión, información e publicidade, os feitos e a reflexión sobre eles, a noticia do anuncio ou comunicado ideolóxico. Sen que iso supoña necesariamente que sempre sexa así.

Citarei, simplemente a modo de exemplo, o Código deontolóxico da FAPE (Federación Nacional de Asociacións da Prensa, de España), aprobado en asemblea ordinaria realizada en Sevilla o 27 de novembro de 1993, que no número 18 dos seus principios de actuación di:

“Co fin de non inducir a erro ou confusión dos usuarios, o xornalista está obrigado a realizar unha distinción formal e rigorosa entre a información e a publicidade”.

“Por iso, enténdese eticamente incompatible o exercicio simultáneo das profesións periodísticas e publicitarias”.

“Igualmente, esta incompatibilidade estenderase a todas aquelas actividades relativas á comunicación social que supoñan un conflito de intereses co exercicio da profesión periodística e os seus principios e normas deontolóxicas”.

E o Código europeo de deontoloxía do periodismo, aprobado pola Asemblea Parlamentaria do Consello de Europa, igualmente en 1993, o 1 de xullo, chega aínda máis lonxe, ó definir como “principio básico de toda consideración ética do periodismo”, a clara diferenciación entre noticias e opinións (art. 3), definindo as noticias como “informacións de feitos e datos”, mentres que as opinións expresan “pensamentos, ideas, crenzas ou xuízos de valor por parte dos medios de comunicación, editores ou periodistas”.

O *Manual de estilo de La Voz de Galicia* afirma que os anuncios publicitarios constitúen “unha oferta distinta da periodística, e establecen unha relación directa entre o anunciante e o lector, sen intervención da redacción. Por tanto, non están suxeitos ás normas básicas de obxectividade e imparcialidade”.

A mesma Lei xeral de publicidade vixente parece impregnada de certa desconfianza en relación co tratamento publicitario das mensaxes dirixidas a crear unha apetencia de compra nos lectores, radiooíntes e telespectadores, imperando ós medios de

comunicación –o artigo 11 da lei fala de *medios de difusión*– unha obriga que, ó meu entender, está fóra de lugar, pois non corresponde a tal texto legal ordenar deslindar “perceptiblemente as afirmacións efectuadas dentro da súa función informativa das que fagan como simples vehículos de publicidade. Os anunciantes deberán así mesmo desvelar inequivocamente o carácter publicitario dos seus anuncios”. Máis ben parece que tales frases deberían estar contidas no articulado dun código deontolóxico, para informadores ou para publicitarios.

É indubidable, sen embargo, que a sensibilidade especial para evitar que a información poida, baixo capa de tal, encubrir publicidade, está moi xeneralizada. O cal pode acabar nunha certa sospeita, xeneralizada igualmente, en canto á rectitude, honorabilidade, decencia ou pode que licitude da actividade publicitaria. Que iso é así demóstrao, por exemplo, a actitude da Comisión Especial sobre os Contidos Televisivos, do Senado español, que, no *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Senado, coa data do 11 de abril de 1995, se pregunta “si es lícito dejar que los contenidos televisivos se regulen exclusivamente por las leyes del mercado y los imperativos de la publicidad”, ó tempo que fai mención expresa do “abuso de una publicidad que parece dar a entender que el consumo desenfrenado es lo único que da sentido a la vida”. Se ben, todo acabaría na proposta de creación dun Consello Superior de Medios Audiovisuais, a misión máis importante do cal queda definida como a de “velar por el cumplimiento de la legislación, reglamentaciones y códigos deontológicos establecidos para el audiovisual, y denunciar ante la Administración competente o ante el Fiscal, a instancia de parte, las infracciones de la legislación”.

Persoalmente penso que a publicidade, socioloxicamente considerada, se materializa nun proceso no que a elaboración, transmisión e recepción das mensaxes teñen moito que ver cos dereitos e os desexos de cidadáns libres que, indubidablemente, poden deixarse seducir, pero que cada día son máis responsables e con maior capacidade crítica.

A constatación de abusos de diverso tipo na actividade publicitaria, na informativa como na xudicial, por exemplo, non pode levarnos a unha condenación regresiva e irracional da comunicación colectiva nas súas manifestacións máis recentes, indispensables hoxe para unha vida aceptable en sociedade.

Luis Bassat, por citar a un publicitario de prestixio internacional, recoñece defectos na publicidade e afirma que o maior deles hoxe é “que hay demasiada”; pero deixa sentado que a publicidade nace “a imagen y semejanza del hombre y de sus usos

sociales. Como espejo fiel de nuestra sociedad, es lógico que no le falten defectos”, o cal non obsta para que haxa que recoñecer que “mejora la relación calidad-precio”, “promueve la innovación”, “desarrolla la libertad de elección”, “la buena publicidad forma e informa al consumidor”, e incluso pode “revolucionar hábitos sociales”⁴.

Para Rodrigo ALSINA, a publicidade “si bien hace referencia a la vida cotidiana, muestra aquello a lo que unas personas determinadas, en principio, parece que podrían optar”, e caracterízase por un facer crer, mentres que a información vai destinada a dar a coñecer, *facer saber*”⁵.

Se iso é así, e estou completamente de acordo e véñoo practicando e ensinando desde hai moitos anos, os *abusos* poden vir tanto desde o lado da comunicación publicitaria como da comunicación informativa, e non se entende, se non é polo peso que nos medios ten a información política, o evidente rexeitamento á publicitaria en ambientes políticos.

Supostos legais de publicidade ilícita

O artigo vinte da nosa constitución protexe tanto o dereito a unha información *veraz* como a calquera outra forma –*modo*, para nós– de comunicación. E é preciso recordar unha vez máis que todo ser humano, polo mero e grandioso feito de selo, ten dereito á comunicación e, por tanto, a unha información veraz e a elaborar, transmitir e recibir toda sorte de mensaxes, naturalmente tamén as publicitarias, sempre e cando se respecte, igualmente, o dereito a non querer recibilas. Neste último sentido, presinto que cada día será máis abundante a xurisprudencia protectora do dereito de usuarios de aparatos de telefax, por exemplo, a que non os inunden de comunicacións non esperadas nin desexadas, ou o dereito do telespectador a non recibir lixo pseudoinformativo no seu propio domicilio e na súa sala de estar ou no comedor da súa vivenda.

É urxente, paréceme, reclamar para o proceso comunicativo publicitario o papel que lle corresponde. Porque á publicidade compete orientar sobre produtos de consumo e sobre as posibilidades da súa adquisición, así como as de adhesión a un partido político ou a un grupo legal e licitamente existente.

Para iso, para cumprir esa finalidade de orientación que lle corresponde, a publicidade válese de mensaxes específicas, redactadas cunha linguaxe propia, axeitada, dirixidas a un público que espera precisamente iso, publicidade. E non vou entrar agora, porque non é o momento adecuado, a analiza-las caracterís-

⁴ BASSAT, Luis, *El libro rojo de la Publicidad*, Ediciones Folio S.A., Barcelona, 1994, pp. 24-26.

⁵ RODRIGO ALSINA, Miguel, “Formant comunicadors”, en *Treballs de Comunicació* núm. 6, outubro de 1995, pp. 40, 41 e 43.

ticas, digamos técnicas, de redacción das mensaxes publicitarias –anuncios–, e a súa diferenciación coas mensaxes simplemente informativas, noticias, que consisten en ofrecer ó público respostas, o máis axustadas posible á realidade, ás preguntas que pasou, quén, cándo, ónde, cómo, e por qué. Pero si direi que a linguaxe publicitaria, como afirma Eulalio Ferrer, “además de comunicar ideas, las concibe, las desarrolla” e se se atopa “instalado en el campo de la comunicación es por su capacidad para trasladar los significados a la sintonía de las afinidades, en un proceso intercambiable y continuo que va de la naturaleza de las cosas a la naturaleza de las gentes, con todos sus códigos de interpretación y de inducción: el vocabulario del día puesto siempre al día, en sus cambios y en sus nuevos giros...”⁶.

Máis interesa agora analizar cándo esas mensaxes, redactadas de acordo coa intencionalidade que se persegue, distinta do mero querer dar a coñecer, que caracteriza a mensaxe informativa, son lícitas e cando non o son, é dicir, cando segundo a lei xeral de publicidade se podería falar de publicidade ilícita.

Trátase dun tema de grande actualidade e de especial transcendencia no campo da comunicación social, por canto poida afectar ó exercicio dun dereito fundamental, o dereito á comunicación, aínda cando a nosa Constitución, con terminoloxía superada, siga falando de dereito á liberdade de expresión ou a outras liberdades de contido comunicativo.

Nos últimos días de outubro pasado, por exemplo, algúns diarios nacionais empezaron a facerse eco do malestar creado en ambientes relacionados coa publicidade pola redacción do art. 282 do proxecto de novo Código penal, que establecía pena de prisión de seis meses a un ano ou multa de seis a dezaoito meses, para os fabricantes ou comerciantes que, nas súas ofertas ou publicidade de produtos ou servicios, fixesen alegacións falsas ou *manifestasen características incertas sobre os mesmos, de modo que poidan causar un prexuízo grave e manifesto ós consumidores, sen prexuízo da pena que corresponda aplicar pola comisión doutros delitos*. O cal supón trasladar a outros un posible delicto cometido por quen ordena a elaboración, e inserción nun medio, dun anuncio.

Hai como unha obsesión en determinados ambientes políticos españois, de influencia nos órganos legislativos, por controlar ou paraliza-la actividade publicitaria, quizais porque non se pode abertamente paraliza-la informativa e –a conclusión podería resultar excesiva– unha forma sen dúbida de intervir directa ou indirectamente no proceso informativo sería condicionando a actividade empresarial productora de medios de comunicación

⁶ FERRER, Eulalio, *El lenguaje de la Publicidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 43.

social, mediante o recorte dos ingresos por publicidade. Pero, xa digo que esta conclusión pode parecer esaxerada, polo maquiavelismo que denotaría como trasfondo.

En calquera caso, entendo que a lei xeral de publicidade de 1988 é suficiente garantía dunha actuación publicitaria lícita, cando sinala exhaustivamente os tipos de publicidade ilícita, no seu título II, e establece un duro réxime xurídico-procesual para as infraccións, nos seus artigos 29 a 33 especialmente.

O título II da lei, baixo a rúbrica *Da publicidade ilícita*, define unha serie de actividades publicitarias que son legalmente incorrectas –ilícitas– e poden supoñer, por conseguinte, a sanción que se determina, sen prexuízo doutras sancións de diverso tipo, a teor do disposto no art. 32, que establece a compatibilidade das accións previstas nesta lei co “exercicio de accións civís, penais, administrativas ou doutra orde que correspondan e coa persecución e sanción como fraude da publicidade enganosa polos órganos administrativos competentes en materia de protección e defensa dos consumidores e usuarios”.

¿Que entende por publicidade *ilícita* a lei de 1988? Sen entrar a definila en si mesma, establece cinco supostos nos que a actividade publicitaria se considera ilícita:

- a) Cando atente contra a dignidade da persoa ou vulnere os valores e dereitos recoñecidos na Constitución, especialmente no que se refire á infancia, a xuventude e a muller.
- b) A publicidade *enganosa*.
- c) A *desleal*.
- d) A *subliminal*.
- e) A que infrinxa o disposto na normativa que regule a publicidade de determinados produtos, bens, actividades ou servicios.

Felizmente, a lei si entra a definir que se poida entender por publicidade enganosa, aquela que *de calquera maneira, incluída a súa presentación, induce ou pode inducir a erro ós seus destinatarios, podendo afectar ó seu comportamento económico, ou prexudicar ou ser capaz de prexudicar a un competidor*. Tamén a que *silencie datos fundamentais dos bens, actividades ou servicios cando a dita omisión induza a erro dos destinatarios*.

A lei detalla aínda máis, e así establece que para determinar se a publicidade é enganosa se terán en conta “tódolos seus elementos e principalmente as súas indicacións concernentes a:

1. As características dos bens, actividades ou servicios, tales como:

- a) Orixe ou procedencia xeográfica ou comercial, natureza, composición, destino, finalidade, idoneidade, dispoñibilidade e novidade.
- b) Calidade, cantidade, categoría, especificacións e denominación.
- c) Modo e data de fabricación, subministración ou prestación.
- d) Resultados que poden esperarse da súa utilización.
- e) Resultados e características esenciais dos ensaios ou controis dos bens ou servicios.
- f) Nocividade ou perigo.

2. Prezo completo ou presuposto o modo de fixación do mesmo.

3. Condicións xurídicas e económicas de adquisición, utilización e entrega dos bens ou da prestación dos servicios.

4. Motivos da oferta.

5. Natureza, cualificacións e dereitos do anunciante, especialmente no relativo a:

- a) Identidade, patrimonio e cualificacións profesionais.
- b) Dereitos de propiedade industrial ou intelectual.
- c) Premios ou distincións recibidas.

6. Servicios posventa.

Algunhas observacións cabería ir facendo, antes de entrar a examinar que entende a lei por publicidade *desleal* e que por *subliminal*.

Se por mensaxe publicitaria entendemos, os tratadistas da teoría xeral da comunicación, aqueles redactados –ou filmados ou estruturados en termos xerais– co propósito ou a intención de convencer con vistas a provocar un movemento de mercado, como dicía o antigo Estatuto da publicidade, ou a adhesión a unha idea, unha persoa, un partido, un grupo, etc., a forma máis clara, nítida e con máis garantía de non ser enganosa, no sentido xeral de non inducir a confusión con outro tipo de mensaxes, resulta se-lo anuncio.

Sempre lles insisto ós meus alumnos en que a información, o proceso comunicativo-informativo, acabará normalmente nunha noticia, que é a mensaxe resultado de recoller materiais informativos, elaboralos e servirlos logo ó público nunha forma que o público espera.

Cando se trata da actividade publicitaria, o proceso comunicativo-publicitario acaba normalmente nun anuncio. Pero, en ocasións, non é así, porque, en lugar dun anuncio, proporció-

naselle ó público unha noticia que reviste a forma de tal, e que ten un fondo, un contido destinado a convencer. Noutras ocasións, a actividade de relacións públicas sérvese de diversos procedementos favorables á creación de imaxe ou ó mantemento da mesma –dunha empresa, dunha persoa, dun partido político– utilizando tamén noticias veraces de acontecementos o coñecemento dos cales por parte do público resulta útil para o promotor da mensaxe.

Se, conceptualmente, se pode dicir que unha noticia o é cando relata feitos veraces, cando responde á realidade do ocorrido, tamén hai que reivindicar para a mensaxe publicitaria –anuncio– unha certa dose de veracidade.

Suponse que quen anuncia, intenta vender ou conseguir algo distinto do mero dar a coñecer –caso no cal se trataría dunha noticia– e que, por tanto, destacará os aspectos favorables daquelo que se quere que o público coñeza. É admisible, na mensaxe publicitaria, destaca-lo favorable e oculta-lo desfavorable, sempre que este silencio sobre as circunstancias do produto que puidese implicar un rexeitamento do mesmo non afecte a “datos fundamentais de los bienes, actividades o servicios”, cando tal omisión induza a erro dos destinatarios, que, por exemplo, adquirirán un produto pensando que é máis barato ou mellor ca outros e resultan enganados por haber silenciado algo que non debería ser silenciado ou pola redacción mesma da mensaxe, que induce ó engano.

Estamos dentro dun proceso que, por definición, comporta a intencionalidade, é manifestamente intencional –por contra do informativo–, que acaba no mero dar a coñecer, sen buscar adhesións. E é natural que esa intencionalidade se manifeste positiva ou negativamente, dunha maneira deontoloxicamente correcta ou incorrecta. A comprobación dunha intencionalidade incorrecta pode chegar a configurala como delictuosa, caso no cal haberá que botar man do art. 32 que establece a compatibilización de accións de tipo administrativo e de demandas civís co exercicio de accións penais.

Para min, é suficiente.

O anuncio, pois, diferenciado da noticia, como implicitamente quere o art. 11 da Lei xeral de publicidade, ha de estar redactado ou configurado de tal maneira que non atente contra a dignidade da persoa, nin vulnere os valores e dereitos recoñecidos na Constitución, especialmente no que se refire á infancia, a xuventude e a muller. Tampouco pode resultar, esa redacción ou presentación, enganosa, servindo lealmente ó consumidor, ó cliente potencial, ó posible votante que se trata de convencer,

pois, aínda que o art. 20 da Constitución cualifique de necesariamente veraz só a información e non o resto das mensaxes comunicacionais, xa dixemos que se poden ocultar defectos -que non é faltar á verdade-, pero non aqueles que induzan a erro que resulte prexudicial. É lícito dicir que tal perfume é fantástico e que o seu olor perdura toda a semana, se é así, aínda que ocultemos que é un perfume un tanto *charramangueiro*; o que non se podería ocultar, por exemplo, é que irrita a pel, tal produto, se iso fose así.

Publicidade desleal

Especial importancia reviste, me parece, o concepto de *publicidade desleal*, aquela que “polo seu contido, forma de presentación ou difusión provoca o descrédito, denigración ou menosprezo directo ou indirecto dunha persoa, empresa ou dos seus produtos, servicios ou actividades”, ou a que “induce a confusión coas empresas, actividades, produtos, nomes, marcas ou outros signos distintivos dos competidores, así como a que faga uso inxustificado da denominación, siglas, marcas ou distintivos doutras empresas ou institucións, e, en xeral, a que sexa contraria ás normas de corrección e bos usos mercantís”.

É evidente que, para destaca-las boas cualidades dun produto propio, non se pode afirmar que tódolos similares que hai no mercado son puro lixo; pero tampouco se pode facer uso de marcas alleas, convenientemente presentadas, de forma que induza a confusión por parte do posible comprador.

A publicidade comparativa non está prohibida, pero si, nas circunstancias que a lei prevé, cando o que se anuncia como *mellor* non se poida obxectivamente demostrar que o sexa, porque a publicidade, insisto, non está á marxe do deber de veracidade, aínda que se admita unha certa esaxeración das circunstancias favorables para excita-la imaxinación do consumidor buscado.

En canto á publicidade subliminal, teño para mi que a definición aportada pola lei foino, no seu día, quizais para testemuñar *coram populo* a modernidade da lei mesma; e penso que hoxe é menos defendible, porque non parece que estea suficientemente demostrada a relación directa entre a subliminalidade -se se pode falar así- e as decisións provocadas por unha influencia sobre a vontade, que non está nada clara.

O art. 7 da lei chama *subliminal* a publicidade que “mediante técnicas de produción de estímulos de intensidades fronteirizas cos límites dos sentidos ou análogas, poida actuar sobre o público destinatario sen ser conscientemente percibida”.

Trataríase, pois, de mensaxes indirectas e ordinariamente fugaces, non dirixidas tanto a convencer como a espertar, de maneira subconsciente, apetencias que deriven cara a unha toma de decisións favorables ós fines e intencións perseguidos polo promotor da mensaxe.

O apartado último (e) do artigo 3º da lei fai referencia a un tipo de publicidade non enganosa, nin desleal, nin sequera subliminal, nin atentatoria contra a dignidade da persoa ou dereitos e valores recoñecidos constitucionalmente, pero que administrativamente ten un tratamento especial, por esixirse uns requisitos particulares para non incorrer en ilegalidade e por tanto en ilicitude: así a publicidade de produtos sanitarios que requiran autorización administrativa previa, a de tabacos, que require o sinalamento explícito dos riscos que comporta o seu consumo para a saúde, ou a prohibición, en determinadas circunstancias, de publicidade de tabaco e alcohol na televisión.

Tales restricións ó dereito á comunicación, por canto obrigan a permisos previos ou a prescindir do medio televisión para produtos determinados, afectan moi directamente ó contrato publicitario nas súas diversas formas, e moi particularmente ó que a lei denomina *contrato de patrocinio*, que é aquel "polo que o patrocinado, a cambio dunha axuda económica para a realización da súa actividade deportiva, benéfica, cultural, científica ou doutra índole, se compromete a colaborar na publicidade do patrocinador" (art. 24), colaboración que, de ordinario e como é ben sabido, consiste en expoñer-la marca patrocinadora de forma que non poida ser evitada polas cámaras de televisión, ou en advertir que tal sección ou tal información ou tal programa está patrocinado pola marca tal ou por tal organización ou entidade ou corporación pública.

É evidente que se hai produtos non anunciáveis nalgún medio ou sobre os que queda excluída a posibilidade do contrato publicitario sen permiso previo, o contrato de patrocinio resulta limitado na súa extensión, por moito que o art. 24 diga que tal contrato de patrocinio publicitario "se rexerá polas normas do contrato de difusión publicitaria en canto lle sexan aplicables".

Cesación ou rectificación da publicidade ilícita

O art. 25 da Lei xeral de publicidade establece o procedemento para tratar de obter a cesación ou, no seu caso, a rectificación das mensaxes publicitarias ilícitas. Están lexitimados para inicialo procedemento os "órganos administrativos competentes, as asociacións de consumidores e usuarios, as persoas natu-

rais ou xurídicas que resulten afectadas e, en xeral, quen teña un dereito subxectivo ou un interese lexítimo”.

A solicitude de cesación ou de rectificación da mensaxe publicitaria obxecto da reclamación hai que facela por escrito “en forma que permita ter constancia fidedigna da súa data, da súa recepción e do seu contido”.

Cabe, ante a solicitude de cesación ou de rectificación, unha dobre postura alternativa: a) acepta-la reclamación e en tal caso, *o anunciante*, dentro dos tres días seguintes comunicará ó requirente “en forma fidedigna a súa vontade de cesar na actividade publicitaria e procederá efectivamente á dita cesación”; b) que o requirido se negue ó solicitado ou que dea a palabra do mundo. Neste último suposto, queda aberta a porta para acudir ós tribunais ordinarios de xustiza.

O art. 29 remite á Lei de axuizamento civil para os procesos que se orixinen por causa de publicidade supostamente ilícita ou pretendidamente ilícita, con certas *peculiaridades* –denominadas así pola mesma lei– que merece a pena destacar, tales como que o xuíz “de oficio e sen audiencia do demandado”, pode acorda-la inadmisión da demanda cando a estime *manifestamente infundada*, o cal é unha garantía para a viabilidade e exercicio normal do proceso comunicativo-publicitario e unha defensa tamén do cidadán de cara á tutela efectiva dos dereitos recoñecidos no art. 20 da nosa Constitución. Pero tamén pode o xuíz, a instancia do demandante e con carácter preventivo, ordenar “a cesación provisional da publicidade ilícita ou adopta-las medidas necesarias para obter tal cesación. “No caso de que a mensaxe publicitaria non chegase aínda a coñecemento do público”, é dicir, non se producise por tanto a comunicación –que existe a súa iniciación mediante o envío da mensaxe a través dun medio para facelo chegar a un público máis ou menos indiferenciado e sempre, ordinariamente, un colectivo– o xuíz pode “prohibir temporalmente a dita publicidade ou adopta-las previsións adecuadas para impedi-la súa difusión, cando esta sexa inminente”, o cal se parece moito ó embargo preventivo deseñado pola Lei de prensa de 1966, herdanza da censura previa da Lei de prensa de guerra de 1938.

Lembremos que o art. 33 prevé a compatibilidade da cesación ou prohibición definitiva da publicidade ilícita co exercicio doutras accións civís, penais, administrativas “ou doutra orde que corresponda e coa persecución e sanción como fraude da publicidade enganosa polos órganos administrativos competentes en materia de protección e defensa dos consumidores e usuarios”, polo que non se alcanza a comprende-la necesidade

da inclusión no novo Código penal do chamado *delicto publicitario*.

Entendo que o fantasma das crueis fiscalías de taxas, inventadas polo franquismo para persegui-lo comercio e a industria nacionais, baixo pretexto de garantir un nivel de prezos *xusto*, e que foron un freo á libre actividade empresarial, planea sobre un cúmulo de disposicións encamiñadas a restrinxir esa mesma actividade cando se manifesta como suxeito promotor de mensaxes publicitarias.

Sempre pensei que no afán maniqueo dos que pretenden elimina-la publicidade pode atoparse unha destas dúas explicacións: ou ben consideran que gañar diñeiro é algo malo –son equivocadamente *puritanos* partidarios dun mundo sen *intereses*, irreal– ou, no fondo, son inimigos da liberdade, polo menos da dos demais, e polo tanto rexeitan que cada cal poida expoñe-las súas opinións, anuncia-los seus produtos, intervir na marcha da sociedade.

Xa David Ogilvy, un grande publicitario, deixou escrito, aínda recoñecendo que a publicidade debe ser reformada, pero nunca abolida; “Si no consideran que la gente necesite desodorante, están vds. en libertad de criticar a la publicidad por haber persuadido al ochenta y siete por ciento de las mujeres y al sesenta y seis por ciento de los hombres americanos para que los usen. Si no creen que el público necesita cerveza, están en su derecho de criticar a la publicidad por haber inducido a beberla al cincuenta y ocho por ciento de la población adulta. Si desaprueban la creación de comodidades y los viajes por el extranjero, tendrán razón en hacer reproches a la publicidad por fomentar tales maldades...”⁷.

Para Bassat, publicidade, mercadotecnia e competencia son os responsables directos da baixa de prezos: “Un ejemplo moderno de ello son los viajes forfait. Gracias a la publicidad la gente viaja más, y hacerlo está cada día más al alcance de todos los bolsillos”⁸.

É verdade, gracias á publicidade, a ese dar a coñecer de maneira intencionalmente persuasiva, gracias a esa posibilidade que o ser humano ten de comunicarse cos seus semellantes para tratar de convencelos da conveniencia de actuar dunha determinada maneira, son moitas as vantaxes da vida dos nosos días en sociedade.

Explícase, polo tanto, que os anunciantes e os publicitarios fixesen causa común contra o art. 282 do novo Código penal, que define o novo *delicto publicitario* “dunha forma moi vaga e posibilista”, como afirma a Asociación Española de Anunciantes

⁷ OGILVY, David, *Confesiones de un publicitario*, OIKOS-TAU, Barcelona, 1967, pp. 228, 229 e 235.

⁸ BASSAT, Luis, *op. cit.*, p. 25.

(AEA), máxime se se considera que a chamada publicidade política non está incurso na ameaza que o novo delicto si implica para a comercial.

E explícase igualmente que, como unha resposta –segundo algúns medios de comunicación colectiva españois– os profesionais da publicidade, que en xuño constituíran a Asociación de Autocontrol da Publicidade (AAP), se decidiran por fin á posta en marcha dun xurado encargado de velar polo que poderíamos denomina-la *mensaxe publicitaria correcta*.

O novo xurado está composto por nove membros –xuristas, empresarios e profesionais da publicidade– que emitirán dictames sobre a valoración deontolóxica dos anuncios elaborados no sector publicitario e a súa difusión de maneira colectiva, a través dos medios de comunicación de masas.

Tales dictames –que a min me recordan moito todo canto do mestre Álvaro d’Ors aprendín da calidade dos xurisperitos romanos, a *auctoritas* dos cales era garantía da calidade do dereito da época clásica– afectan por suposto a quen voluntariamente integra a Asociación de Autocontrol da Publicidade e conseguintemente se someten á actuación do xurado, e poden ter carácter sancionador. As sancións, privadas, en canto proveñen dun órgano non xurisdiccional público ou oficial ou, mellor dito, estatal, senón gremial ou corporativo, poden oscilar desde a amoestación, pasando pola publicación da resposta nos medios de comunicación e o cesamento da campaña, ata a denuncia do anunciante polas vías legais vixentes.

Penso que é un bo camiño, o emprendido, que quizais leve algún día á derogación do delicto publicitario, recollido no novo Código penal. 