

PUBLICIDAD, CONSUMO Y DERECHOS DE LA MUJER

Por María Mercedes Buongermini Palumbo (*)

Sumario: Introducción.- 1. Concepto de publicidad. 1.1. Desde el punto de vista jurídico.- 1.2. Desde el punto de vista sociológico.- 2. Clases de publicidad.- 3. Los efectos no jurídicos de la publicidad: efectos meta y para-jurídicos.- 4. Regulación normativa de los aspectos “colaterales” de la publicidad.- 5. La constitucionalidad de este tipo de regulaciones en nuestro Derecho Paraguayo.- 6. Propuesta normativa.

Introducción

Las relaciones de consumo se han constituido en el mundo moderno en uno de los modos más importantes de relacionamiento social y cultural. Ello es así, a tal punto que el consumo se presenta en la vida de las personas no ya como un medio de satisfacción de las necesidades del individuo, sino como un valor en sí mismo. Asistimos hoy a la aparición del *homo consumens*. La promoción de los productos y servicios a través de la publicidad es uno de los fenómenos más importantes desde dicho punto de vista. La incidencia de los medios masivos de comunicación en esta realidad, que a la vez es causa y efecto del mismo, es inconmensurable. La publicidad y los medios forman y deforman la cultura y sus objetos.

Frente a este estado de cosas, los derechos fundamentales de los individuos pueden sufrir alteraciones y ser conculcados de muchos modos, en espe-

*) Miembro del Tribunal de Apelación Civil y Comercial, 3ª. Sala. Profesora de Derecho Romano de la Universidad Católica Nstra. Señora de la Asunción y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

cial aquellos que son sensibles a las transformaciones sociales y culturales. Las cuestiones que plantea la discriminación por razón de sexo y las asimetrías de género, lo mismo que los subproductos de ella, como la violencia de género, son especialmente sensibles a esta situación contextual, sobre todo en orden a la tutela efectiva y real de dichos derechos.

Por consiguiente, una investigación respecto de la regulación adecuada e idónea de esta realidad es vital y pertinente para el legislador y para el operador del derecho.

1. Concepto de publicidad

1.1. Importancia de su determinación

Siendo la publicidad el objeto directo o inmediato del estudio que nos ocupa, su conceptualización en cuanto fenómeno jurídico, social o sociológico es esencial o imprescindible para identificar su naturaleza, su incidencia social y normativa, y tentar una regulación de dicho objeto.

1.2. Diversos criterios

El concepto de publicidad y su ulterior definición pueden abordarse desde diversos puntos de vista

1.2.1. Desde el punto de vista jurídico

La mayoría de las legislaciones elude una definición de lo que debe entenderse por publicidad. Ello, ya bien por técnica legislativa —entiéndase por tal la que considera que las definiciones no deben formar parte de las normas contenidas en los textos legales—, otras por simple omisión; vale decir, se trata de textos normativos donde existe un glosario de conceptos definidos legalmente, pero en el cual no se ha incluido el de “publicidad”. Este último es el caso de la Ley N° 1334/98 de Defensa del Consumidor y del Usuario del Paraguay.

Pero, no obstante esto, algunas legislaciones, entre ellas la de nuestro país (LPDCU), contienen una definición indirecta o por referencia de lo que debe entenderse por publicidad. Esto es, el concepto de publicidad puede ser determinado sobre la base de las definiciones de otros conceptos que sí aparecen en la ley, ya sea en un glosario separado, o bien dentro del texto regular. Examinaremos seguidamente la normativa paraguaya y a continuación las

normas nacionales de los países integrantes de la región; la normativa comunitaria del MERCOSUR; así como también la norma española y la comunitaria de la CE.

1.2.1. Así tenemos la LPDCU, en su Art. 4º, lista el glosario terminológico de lo que, a los efectos de aplicación de dicha ley, debe entenderse por cada concepto allí incluido. El inciso e) (1) de dicha norma, que define la figura del “anunciante” contiene algunas referencias a la publicidad. De su texto podemos deducir que para la ley paraguaya, la publicidad consiste en la difusión pública de un mensaje publicitario. Esta definición peca por tautológica, pues nos dice lo que debe entenderse por publicidad en el sentido activo, de acción y efecto de publicitar: hacer difusión pública de un mensaje publicitario; pero no nos dice qué debe entenderse por “mensaje publicitario”, con lo cual elude establecer el resultado final u objetivo de la acción de publicitar.

Esta situación no se aclara tampoco con la inclusión, en el análisis, de las normas contenidas en el Capítulo VIII de la ley, que trata sobre Regulación de la Publicidad. En efecto, en el Art. 35 se alude a “cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario”(2), con lo cual volvemos al concepto de publicidad como acto de comunicación, de difusión, pero sin explicitar su carácter intrínseco o propio, ya que se limita a decir que es “publicitario”, sin aludir a qué debe entenderse, precisamente, por esto. No obstante, de esta norma extraemos un elemento más del concepto, cuando leemos que es una “modalidad de información”. Ergo, el contenido de la publicidad es, para la ley paraguaya, básicamente información, aunque de características especiales, que solo se enuncian bajo el epíteto de “modalidad”, sin entrar a definir de qué modalidad se trata.

Luego, también es relevante el contenido del Art. 38 (3), ya que de él extraemos un elemento adicional para conformar la definición que intentamos construir sobre la base de esta ley, y que consiste en el vocablo “promo-

(1) Anunciante: al proveedor de bienes o servicios que han encargado la difusión pública de un mensaje publicitario o de cualquier tipo de información referida a sus productos o servicios (Art. 4º, inc. e) LPDCU).

(2) Art. 35. LPDCU: Está prohibida cualquier publicidad considerada engañosa. Se entenderá por tal, cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario...”.

(3) Art. 38. LPDCU: “La promoción que tenga por objeto el consumo de tabaco, bebidas alcohólicas, medicamentos y bebidas estimulantes, estará

ción”; esta palabra nos indica —en mayor o menor medida— la finalidad primordial del acto de comunicación. No se trata solamente de la transmisión neutral o inocua de un mensaje, sino de la comunicación de un mensaje con el fin de promocionar algo. Esta interpretación se ve reforzada por otros vocablos dispersos en los arts. 35 al 39 de la LPDCU, entre los cuales citamos: “incite”, “explote”, “sea capaz de inducir” (4), “induzca” (5). Todos los cuales indican una actividad destinada a promover la contratación sobre bienes o servicios.

Dentro de la legislación nacional también se puede mencionar la Ley N° 1333/98 que regula la publicidad y promoción de tabaco y bebidas alcohólicas. En dicha ley se tiene una definición legal de lo que debe entenderse por publicidad a los puros efectos de la aplicación de la misma, contenida en su Art. 2° (6); allí se establece claramente que publicidad es información con finalidad de inducción o estimulación al acto de consumo. Si bien esta definición está dada en el marco específico de una ley especial, puede muy bien aplicarse de modo complementario, analógica y supletoriamente a las ya reseñadas, y en particular a la ley general sobre consumo (LPDC). Ahora bien, la definición referida tiene *per se* algunos cuestionamientos: En primer lugar considera a la publicidad intrínsecamente como información, lo cual no es ciertamente correcto. La publicidad tanto puede o no contener información, lo relevante en ella es la inducción al consumo, aunque el mensaje publicitario carezca de información alguna, como suele ser el caso de publicidad preparatoria para una campaña publicitaria, o aquella que se limita a mostrar tan solo imágenes de puro estímulo, que el consumidor puede asociar con conceptos, productos o incluso objetos culturales ya conocidos previamente por él, o usuales o comunes en el medio cultural en el que se desenvuelve. Este punto conceptual se ve reforzado en el Art. 8° *in fine* (7), que determina imperativamente que el contenido de la “publicación” —aquí debemos entender

sujeta a las limitaciones que impongan las leyes especiales... Queda prohibida la publicidad abusiva [...]”.

(4) Art. 37.

(5) Arts. 35 y 36.

(6) Art. 2°. “A los efectos de la presente ley considérase publicidad comercial o promoción a la información que tenga como finalidad orientar, inducir o estimular la compra o consumo de determinados productos o marcas” (LPPPTBA).

(7) Prohíbese la publicidad de tabaco y bebidas alcohólicas con las siguientes formas: [...] El contenido de la publicación debe ser de carácter informativo y no persuasivo (LPPPTBA).

“de lo publicitado”— debe ser informativo y no persuasivo. Entonces, luego de definir que la publicidad es persuasiva, prohíbe que lo sea en el caso de que vaya dirigida a productos de tabaco o alcohol. En cierto modo contiene una prohibición indirecta de la publicidad de los mismos, pues priva al acto publicitario de su tenor más característico y de su finalidad más propia.

Otro punto a considerar es que la definición también contiene el vocablo “orientar” que tiene un talante más neutral o inocuo y que estaría más dirigido a contenidos informativos verdaderamente publicitarios, lo cual es en cierto modo congruente con el sentido general de la ley, aunque este plante las reservas de coherencia que ya formuláramos *supra*.

Finalmente debemos apuntar que dicha ley se inserta dentro del marco de un convenio internacional, del cual es parte el Paraguay, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco llevado a cabo en la 56ª Asamblea Mundial de la Salud, y aprobado y ratificado como Ley N° 2969/06. Por virtud de dicho Convenio nuestro país asume una serie de obligaciones tendientes a formular y aplicar estrategias para el control del tabaco (8) y a tomar medidas para prevenir y reducir su consumo (9). Dicho Convenio contiene una parte introductiva donde se listan algunas definiciones legales, entre las cuales encontramos la de publicidad, que se conceptualiza como toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial destinada a promover directa o indirectamente el producto o su uso, o que sin estar destinada a ello, surta tal efecto (10). Esta definición tiene el mismo predicamento de la contenida en el Ley 1333/06, en cuanto a su especificidad vinculada a un producto

(8) Artículo 5°. “Obligaciones generales [...] formulará, aplicará, actualizará periódicamente y revisará estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales integrales de control del tabaco, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos a los que se haya adherido” [...] cada Parte, con arreglo a su capacidad: a) establecerá o reforzará y financiará un mecanismo coordinador nacional o centros de coordinación para el control del tabaco...”

(9) Art. 5°. “...b) adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces y cooperará, según proceda, con otras Partes en la elaboración de políticas apropiadas para prevenir y reducir el consumo de tabaco...”

(10) Parte I: Introducción Artículo 1 Lista de expresiones utilizadas Para los efectos del presente Convenio: [...] “...c) por “publicidad y promoción del tabaco” se entiende toda forma de comunicación, recomendación o

determinado. No obstante, contiene numerosas connotaciones y elementos dignos de ser rescatados.

Así, en primer lugar, entiende publicidad como acto de comunicación, lo cual nos sitúa claramente en la esfera de lo social. En segundo lugar establece manifiestamente la finalidad del susodicho acto: la promoción del producto o de su uso, considerando en el mismo plano de igualdad si ella es directa o indirecta; y finalmente prescinde del elemento intencional o finalista del acto de comunicación, equiparando en sus consecuencias tanto la intención de promoción como el efecto producido con abstracción de ella, con lo cual la publicidad podría configurarse también como acto involuntario, cuando menos en sus finalidades.

En el ámbito de la normativa profesional, las empresas privadas del Paraguay han acordado recientemente un Pacto Ético Comercial, con un Anexo que contiene los Principios Básicos de Ética Empresarial, éstos constituyen una política de conducta tendiente al mejoramiento de las relaciones empresariales y sus decisiones internas.

El pacto es de adhesión voluntaria, y la Cámara de Anunciantes del Paraguay junto con los representantes de diversas empresas del ramo han suscrito un acta de compromiso (julio de 2005), con la intención de cumplir con los principios éticos del mismo. Este pacto, sin embargo, no contiene referencia alguna a la publicidad, ni a sus formas.

En lo que hace a la normativa de la región, examinaremos los países integrantes de MERCOSUR en cuanto a su derecho interno, para luego pasar a examinar la norma comunitaria.

A) En la Argentina tenemos la Ley 24240/93 de Protección al Consumidor, que no contiene una definición del concepto de publicidad; y ella tampoco puede deducirse de su texto. Alude, sí, en su Art. 8° a los modos o formas de difusión (11) y ello con carácter –entendemos– meramente ejemplificativo.

acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco.

(11) “...anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión...”.

Hemos, sí, de hacer mención a la normativa profesional, esto es, la que regula la conducta ética de los agentes y actores del hecho publicitario.

La Argentina cuenta con un Código de Ética y Autoregulación Publicitaria que data del año 2002 y es administrado por un organismo regulador, la CONARP –Consejo de Autoregulación Publicitaria–, que es una asociación civil, sin fines de lucro y con personería jurídica, que promueve la práctica de la autorregulación publicitaria. Su código no contiene una definición de publicidad, pero a lo largo de todo su texto podemos encontrar elementos que la conforman. Así en la enumeración de objetivos se hace alusión al carácter comunicativo del acto publicitario (12) y a la finalidad concurrencial o de promoción que persigue (13).

Con ello tenemos un panorama de la situación conceptual en la Rca. Argentina.

B) La legislación brasileña, por su parte, contiene una definición muy precisa de lo que normativamente se debe entender por propaganda en dos cuerpos normativos: en su Ley 4680/65 y en su Dto. N° 57690/66 (14), que reglamentan la regulación del ejercicio de la profesión de publicista y agente de propaganda. Aquí con términos casi idénticos se desarrolla un concepto más amplio que el de publicidad: el de propaganda, pero que es también abar-

(12) Son objetivos del CONARP:1 - Contribuir a una mejor comprensión de la función que cumple la publicidad dentro de nuestro sistema de vida ejerciendo de esta manera la responsabilidad social que nos compete como empresarios relacionados con la comunicación; Art. 3°. Los anunciantes, las agencias de publicidad, los profesionales publicitarios y los responsables de los medios deben: Asumir la responsabilidad social que implica la difusión pública de sus mensajes.

(13) Art. 3°. “Los anunciantes, las agencias de publicidad, los profesionales publicitarios y los responsables de los medios deben: [...] Comprometer sus esfuerzos para ganar la confianza de la sociedad en los productos y servicios que publicitan, en los anuncios mismos y en el ejercicio de la actividad publicitaria.

(14) Artigo 5°. Ley N°4680/65: Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado. Art. 2° - Dto. N° 57690/66: Considera-se propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços, por parte de um anunciante identificado.

cativo de aquella, no solo de conformidad con su texto y el contexto de la sistemática del decreto, sino por los elementos que involucra la definición. Así, se establece en el mentado artículo que la propaganda –esto es, incluida la publicidad– consiste en cualquier forma de divulgación de ideas, mercaderías, productos o servicios, que sea remunerada y que sea hecha por un anunciante identificado. Esta conceptualización nos da una serie de elementos relevantes que caracterizan el objeto de nuestro estudio: a) se trata de difusión, vale decir, una comunicación, lo cual nos sitúa inmediatamente en el plano del acto o acción humana que es el numen del concepto; b) nos dice el contenido de esa comunicación, declarando que este puede consistir en ideas, productos, servicios o mercaderías. Dejando de lado la deficiencia de técnica legislativa, de enumerar conceptos de diverso grado –como ser producto y mercadería– en un mismo plano de igualdad y la consiguiente redundancia que ello implica, aquí debemos hacer notar la previsión del legislador brasileño que considera también como publicidad la difusión de puras ideas. Esto es crucial porque, como veremos en el ítem referente a definiciones provenientes de las ciencias de la comunicación, la publicidad bien puede consistir en la comunicación de un simple concepto, vgr. de una marca o de un estilo, y no necesariamente de un producto o servicio concretos. El hecho de que esta definición haya sido concebida también y principalmente para un concepto más genérico, como el de propaganda –y por lo tanto a un fenómeno social esencialmente pensado para la comunicación de ideas– no resta mérito a la completitud ni la vitalidad casi vanguardista de la norma; c) el carácter de remunerativo del acto no debe provocar confusión, pues se lo entiende dentro del marco normativo donde la definición se inserta, que es el de la regulación de una actividad profesional –del publicista– y, por ende, que la actividad sea onerosa o remunerada es un elemento esencial de la profesionalidad del sujeto al cual la norma se dirige. Lo que se extraña en esta definición es una total ausencia de referencia a los fines del acto de comunicación publicitaria, que como vimos es la promoción en vistas a producir o provocar consumo. Pero esto no debe sorprender, atendiendo una vez más al carácter genérico de la norma en cuanto reguladora de la propaganda, la cual no tiene *per se* finalidad mercatoria, cuando menos no de promoción de consumo; aunque sí vemos que la finalidad primordial de la publicidad –concepto del cual la norma es también abarcativa– se encuentra ausente. Esta omisión se ve suplida por una lectura sistémica de la ley y del decreto, que en su Arts. 5 y 6 respectivamente (15) definen la agencia de propaganda y allí incluyen la finalidad del

(15) Artigo 3º. Ley N°4680/65: A Agência de Propaganda é pessoa jurídica e especializada na arte e técnica publicitárias que, através de especialis-

acto publicitario en cuanto a su función de procurar o promocionar el consumo de bienes y servicios. Se incorpora igualmente la finalidad de informar, pero no podemos precisar, del tenor de la norma ni de su redacción, si esta finalidad es concebida como propia también del acto publicitario o ha sido incluida en razón del método promiscuo que sigue el decreto refiriéndose de manera indiscriminada a la publicidad y la propaganda.

Por su parte el Código de defensa del Consumidor brasileño –Ley 8078/90– no contiene una definición de lo que ha de entenderse por publicidad, pero hace referencia indirecta a ciertos elementos que la componen, en su Art. 30 (16). Así tenemos una alusión al acto de comunicación, cuando habla de trasmisión [de un mensaje] a través de un medio cualquiera; luego tenemos también presente el elemento finalista de la transmisión, esbozado a través de la mención a productos y servicios ofrecidos por medio de la utilización de la publicidad. Esto apunta claramente a la promoción de dichos productos, que es, en definitiva, el fin perseguido por ella. En segundo lugar debemos resaltar nuevamente la identificación entre información y publicidad. Esta identificación viene enmarcada dentro de los objetivos específicos de la ley, los cuales se dirigen, como lo dice su título, a la protección de los consumidores. La identificación entre publicidad e información no hace sino poner énfasis en esta protección, al hacer a la primera integrativa de la oferta; es decir, es meramente instrumental, no conceptual. No debemos, pues, entender que esta ley modifica sustancialmente el concepto hasta ahora esbozado sobre publicidad en el sistema normativo brasileño, en el sentido de una

tas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Divulgação, por ordem e conta de Clientes Anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público. Seção 1ª Da Agência de Propaganda, Art. 6º - Dto. Nº 57690/66: “Agência de Propaganda é a pessoa jurídica especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitários, que, através de profissionais a seu serviço, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de mercadorias, produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições a que servem”.

(16) Artículo 30. Ley 8078/90: “Toda información o publicidad, suficientemente precisa, transmitida por cualquier forma o medio de comunicación con relación a productos y servicios ofrecidos o presentados obliga al proveedor que la haga transmitir o que de ella se utilice, pasando a integrar el contrato que venga a ser firmado”.

identificación o confusión conceptual entre estos dos términos que ya hemos venido diferenciando.

A nivel profesional, el Brasil cuenta con diversos cuerpos normativos que regulan la actividad publicitaria. El más antiguo es el Código de Ética de los Profesionales de la Propaganda, —esto incluye la actividad publicitaria— que establece normas éticas de y para los profesionales que hacen —desde diversos ámbitos: agencias de publicidad, medios, etc.— actividad publicitaria y propagandística, adoptado en el año 1957. En su canon I establece que la propaganda es una técnica de creación o formación de la opinión pública, favorable o predispuesta favorablemente hacia un determinado producto, servicio, institución o idea, con miras a influenciar masivamente el comportamiento humano en un determinado sentido (17). Este concepto es, como el anterior, abarcativo tanto de propaganda en sentido amplio como de publicidad en sentido estricto. Lo interesante en este concepto es que ve la propaganda/publicidad en su aspecto técnico, como medio de formar o conformar opinión pública —sin necesidad de circunscribirse a un acto de comunicación, pero, naturalmente, implícitándolo, desde que es imposible cumplir con este objetivo sin transmitir la idea o producto respecto del que se quiere formar la opinión—; en segundo lugar, se resalta su finalidad en forma amplia —y hasta si se quiere sincerada y desprovista de rodeos semánticos—, cual es la de influenciar, de modo concreto y dirigido hacia la idea o el producto, la conducta de quienes conforman la masa humana que es su público meta. Por último contiene una importante precisión al decir que la publicidad remunerada puede tanto ser como no ser propaganda (18), lo cual es relevante no solo por su contenido, sino por la ubicación sistemática de esta norma, que se inserta, precisamente, entre las definiciones del Código.

En segundo lugar tenemos el Código de Brasileño de Autoregulación Publicitaria de 1980 y sus actualizaciones (2007), con normas éticas reguladoras tanto de la publicidad como de sus principales actores. Es un orden normativo que surge de la idea de la autoregulación de los operadores de la actividad publicitaria y es aplicado y administrado por una entidad no gubernamental, la CONAR. Este cuerpo deontológico no contiene una definición de la publicidad. Algunos de sus elementos constitutivos se hallan presentes

(17) A propaganda é a técnica de criar opinião pública favorável a um determinado produto, serviço, instituição ou idéia, visando a orientar o comportamento humano das massas num determinado sentido.

(18) Definições Num.7: Publicidade remunerada pode ser ou não ser propaganda.

en el discurrir de su articulado. De ellos podemos inferir como sustanciales: la actividad publicitaria como vehículo para incentivar o estimular el consumo de productos o servicios, así como de promover las instituciones o ideas (19); elemento finalista del acto publicitario que hemos detectado a lo largo de toda la normativa brasileña analizada y que vuelve a insistir sobre la doble función de la actividad: la promoción concreta de bienes o servicios y la promoción de ideas, abstracciones o instituciones –sea esta última, entendemos, dirigida al consumo y por lo tanto dentro del mercado, o dirigida a formar opinión pública-. La presencia de esta última función se ve confirmada por el Art. 7º (20) que reconoce la influencia que la publicidad tiene en la formación cultural de las masas. Ahora, si bien este código no contiene una referencia expresa al concepto de publicidad, sí contiene una referencia expresa a lo que no ha de entenderse por tal en relación con su aplicación. Así, en su Art. 11 (21) excluye de su ámbito regulador a la propaganda política o político partidaria, con lo cual la finalidad de promoción de ideas e instituciones a que se hace referencia más arriba encuentra aquí una importante limitación *ratione materiae*; finalmente se indica que tampoco constituye objeto de la norma la actividad de relaciones públicas, que se distingue expresamente de la publicidad y de la propaganda (22). Por lo demás, no hay alusión en el texto al acto publicitario en cuanto a su contenido ontológico, esto es, lo que configura su entidad como acto de comunicación.

El tercer ordenamiento dentológico, Normas-Padrão Da Atividade Publicitária es administrado por el CENP –Conselho Executivo das Normas-Padrão– desde su creación en 1998. Esta entidad nacida y creada por el mer-

(19) Artigo 8º. “O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendidas como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”.

(20) Artigo 7º. “De vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população, este Código recomenda que os anúncios sejam criados e produzidos por Agências e Profissionais sediados no país – salvo impossibilidade devidamente comprovada e, ainda, que toda publicidade seja agenciada por empresa aqui estabelecida”.

(21) Artigo 11. “A propaganda política e a político-partidária não são capituladas neste Código”.

(22) Art. 8º. “Parágrafo único Não são capituladas neste Código as atividades de Relações Públicas e Publicity, por serem ambas distintas tanto da publicidade quanto da propaganda”.

cado publicitario administra un ordenamiento que regula el relacionamiento comercial entre anunciantes, agencias de publicidad y vehículos de comunicación. En su capítulo de definiciones refiere directamente al concepto de publicidad de la legislación positiva (23), que ya hemos analizado más arriba.

Finalmente el Brasil cuenta con otro Código de Ética más, el de la ABAP –Asociación Brasileña de Agencias de Propaganda– que no contiene una definición de publicidad, aludiendo a ella en términos generales y reconociendo su inserción y su papel en la industria de la comunicación comercial(24); rescatamos, no obstante, que con ello se enfatiza el carácter comunicativo del acto y su finalidad comercial, o sea insertada dentro del mercado y por ende del consumo.

C) La legislación del Uruguay tampoco contiene una definición de lo que ha de entenderse por publicidad. En su Ley N° 17.250 de Defensa del Consumidor incluye también, como muchas otras un breviario terminológico con algunas definiciones (25), pero omite en él una referencia a la publicidad. La única mención conceptual la encontramos en el Art. 24 (26), que trata de la publicidad engañosa, aludiendo a ella como toda forma de información o comunicación del mensaje publicitario. Esta concepción cae nuevamente en los mismos errores que ya hemos referido *supra*, en cuanto a la vaciedad de la expresión, que nada explicita en cuanto al contenido significativo de la terminología y simplemente refiere publicidad a mensaje publicitario, en un evidente argumento circular; otra deficiencia radica en la identificación entre publicidad e información, que como vimos no solo no son la misma cosa, sino que pueden estar superpuestos o no en el acto publicitario.

La normativa profesional se encuentra concentrada en el Código de Prácticas Publicitarias de la Cámara de Anunciantes del Uruguay –CAU– del año 2006. Allí, entre sus postulados fundamentales encontramos una escueta

(23) 1. Conceitos Básicos 1.1 Publicidade ou Propaganda: “É, nos termos do Art. 2º do Dec. nº 57690/66, qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante identificado”.

(24) Acápite Os Consumidores: Reconhecemos ser fundamental para toda a indústria da comunicação comercial...

(25) Capítulo I Disposiciones Generales y Conceptos.

(26) “...cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios...”.

definición de publicidad (27), que nos dice que es un medio de comunicación entre anunciantes y clientes. Este concepto, completamente concentrado en el contenido esencial del acto publicitario, omite toda referencia a sus fines concurrenciales. Es igualmente notoria la limitación terminológica con que se describe al emisor del mensaje, el anunciante, el cual se circunscribe a la figura del vendedor; entendemos que esta alocución es meramente ejemplificativa. Recién cuando se habla del alcance del código, esta finalidad mercatoria hace su aparición y se dice que la publicidad promueve (28), vale decir promociona, cualquier modalidad de bienes o servicios.

E) La normativa mercosuriana no nos aporta ninguna definición de publicidad. En efecto, por una parte tenemos la GMC/RES. N° 126/96; resolución del Mercado Común relativa a la publicidad engañosa y comparativa, que aún no se encuentra vigente, dado que la condición para su entrada en vigor es la conclusión de los trabajos de armonización legislativa de defensa del consumidor que está llevando a cabo la Comisión de Comercio y que tendrá su concreción en el Reglamento Común de Defensa del Consumidor. En tanto, la mentada resolución ha aprobado un anexo sobre publicidad engañosa y abusiva, que deberá ser incorporado al reglamento. La única mención expresa de una definición de publicidad que tenemos de dicho anexo es la que aparece en su numeral I (29), y en el cual solo se tiene un elemento del concepto de publicidad; a saber: la publicidad como divulgación, es decir, como acto comunicativo; elemento que se repite en el numeral II (30), cuando se habla de modalidad de difusión, información o comunicación; luego también en este numeral II aparece, tímidamente esbozada, la finalidad concurrencial o promocional de dicha comunicación, cuando alude a los “datos necesarios para decidir una relación de consumo”. La alocución “decidir” implícita que la publicidad tiene por objeto provocar o desencadenar la acción de consu-

(27) Postulados fundamentales: El presente Código considera los siguientes postulados fundamentales: “[...] La publicidad es un medio de comunicación entre vendedores y clientes”.

(28) Alcance: Se aplica a toda publicidad en la que se promueve cualquier forma de bienes o servicios.

(29) Publicidad I) “Toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de tal forma que el consumidor inmediatamente la identifique como tal”.

(30) II) “Queda prohibida cualquier publicidad engañosa. Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario [...] y cualesquiera otros datos esenciales sobre productos y servicios que sean necesarios para decidir una relación de consumo”.

mir. Finalmente volvemos a señalar la identificación entre información y comunicación, que, ya dijimos, es impropia, desde que la publicidad es siempre también persuasiva. La yuxtaposición conceptual de estos dos supuestos es aquí nuevamente tan solo instrumental, pues está destinada a apoyar la prohibición contenida en la norma y referida a la publicidad engañosa, tipología en la cual se tiende a poner énfasis en el carácter adicionalmente informativo de la publicidad.

F) Finalmente desde el Derecho Internacional Privado tenemos los trabajos de la CIDIP sobre armonización del Derecho Internacional Privado en el sistema interamericano –OEA–; actualmente está en proceso de elaboración y discusión la VII Conferencia, en la cual se contempla la posible unificación o coherencia legislativa en relación con los derechos de consumo. En estos trabajos no existe una alusión ni directa ni indirecta a la publicidad o a sus efectos.

G) En España, la LGP en su Art. 2º (31) contiene una definición de publicidad, que repite la normativa comunitaria sobre publicidad engañosa, Directiva Comunitaria 84/450 (32). Sus notas más sobresalientes son: la naturaleza comunicativa del acto publicitario, la finalidad de promover la contratación de bienes y servicios, y el ámbito en el cual se desarrolla dicha contratación, que es el comercial, es decir dentro del mercado.

La normativa profesional española se encuentra contenida en el Código de Conducta Publicitaria, que fue aprobado en 1996, según lo establecido en los Estatutos de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, con las modificaciones del año 2002. De la lectura de su Art.1(33)

(31) A los efectos de esta Ley, se entenderá por: Publicidad: “Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

(32) A los fines de la presente Directiva, se entenderá por: “1) publicidad: toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”.

(33) 1.- Ámbito de aplicación. “Estas normas deontológicas se aplican a toda actividad de comunicación publicitaria tendente a fomentar, de manera directa o indirecta y sean cuales fueren los medios empleados, la contratación

extraemos una definición de publicidad, que se inserta en el marco legal que ya hemos comentado: “se trata de una actividad de comunicación, con la finalidad de fomentar o promover la contratación de bienes y servicios, de forma directa o indirecta, o procurar el posicionamiento en el mercado de elementos de identificación comercial –marcas y nombres comerciales–; o con la finalidad de promoción de ideas, valores y simples pautas de comportamiento, vale decir, lo que hemos englobado en el concepto más amplio de propaganda. La publicidad política está expresamente excluida”.

La doctrina, por su parte, ha sido rica en conceptualizaciones. La publicidad ha sido definida a nivel doctrinario jurídico como “...Cualquier forma de anuncio público, destinado a ayudar directa o indirectamente en la venta o locación de un producto o en la prestación de un servicio...” (34). Asimismo, se ha dicho que la publicidad es una: “... forma de comunicación al público que tiene por objeto venderle un producto o servicio, [y] sirve como un medio de información...” (35). Estas definiciones se reinsertan en la idea de que la comunicación es elemento central del acto publicitario y que constituye su esencia material primordial, y de igual modo apuntan a la finalidad propia de aquel: de promoción del consumo. No obstante, peca de limitativa en cuanto considera que la comunicación debe ser pública o dirigida al público; entendemos que la comunicación puede igualmente ser privada o dirigida en concreto a una o más personas particulares individualizadas, en tanto y en cuanto persiga o propenda a la par a la promoción o el estímulo del acto de consumo.

También se la ha definido como un fenómeno de carácter colectivo, dirigida de ordinario a un grupo indeterminado y desorganizado de individuos destinatarios (36), de carácter necesariamente parcial y unilateral que

de bienes o servicios, o el potenciamiento de marcas y nombres comerciales. También serán aplicables las presentes normas deontológicas a cualquier anuncio emitido por cuenta de cualesquiera personas físicas o jurídicas, de carácter privado, con el fin de promover determinadas actitudes o comportamientos. No serán de aplicación a la publicidad política”.

(34) Farina, Juan M.; Defensa del Consumidor y del Usuario, Comentario Exegético de la Ley 24240 y del Decreto Reglamentario 1798/94; Ed. Astrea, 3ra. Ed.; Bs. As., 2004; pág. 216.

(35) Stiglitz, Gabriel (dirección); Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios; Ed. La Roca; Bs. As. 2001, pág. 156.

(36) Berkovitz, Rodrigo/Salas, Javier (Coordinadores); Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y los Usuarios; Ed. Civitas, Madrid, 1992; pág. 127.

busca la incitación o la persuasión para la adquisición de un producto o servicio. Aparece como una manifestación o componente de la libertad de empresa y pretende satisfacer el interés del comerciante –productor o suministrador del servicio–. No obstante se encuentra gravada con ciertas cargas regulatorias, ya que se inserta en el mercado, donde actúan agentes susceptibles de tutela, como ser los consumidores y frente a los cuales la libertad de empresa debe también adecuarse a una función social (37).

1.2.2. Definiciones desde el punto de vista de las ciencias sociales

Es una disciplina científica cuyo objetivo es persuadir al público meta con un mensaje comercial para que tome la decisión de compra de un producto o servicio que una organización ofrece. Aparece como un género discursivo complejo, desarrollado en la sociedad de consumo, de carácter argumentativo –que se dirige a persuadir, convencer–, de finalidad perlocutiva –con el propósito o la intención de influir en los demás–, discurso que es utilizado por los productores de bienes para darlos a conocer, generalmente a través de los medios de comunicación social, con el fin de fomentar su adquisición(38).

Como vemos, estas definiciones nos acercan al aspecto social del fenómeno publicitario, que es esencial comprender a los efectos de regularlo adecuadamente.

Primeramente la vemos como una disciplina científica, esto es, sometida a reglas y principios propios, y con una metodología específica en cuanto a su desenvolvimiento. Es decir, no se trata tan solo de un acto de comunicación, sino de un conjunto complejo de conocimientos y métodos. En segundo lugar resalta la complejidad del discurso que desarrolla. Este discurso es siempre persuasivo y pretende tener, o mejor dicho, tiene una incidencia ulterior en la conducta de los individuos. La índole de esa incidencia, aunque primariamente dirigida a fomentar el consumo, es, sin embargo, diversa y como veremos más adelante, causa de la aparición de consecuencias colaterales, ya queridas, ya involuntarias.

(37) Berkovitz/Salas, op. cit., pág. 143.

(38) http://www.unileon.es/info_gral/congresos/siou/archivos/10Discurso_argumentativo_promocion_universitaria.pdf

2. Las clases de publicidad

Desde el ámbito de lo estrictamente jurídico, en relaciones de consumo la publicidad ha sido clasificada en diversos tipos, desde un punto de vista negativo, esto es, desde lo indeseable –cuando se trata de la doctrina– o directamente desde la prohibición –cuando se trata de la legislación. Así, con mayor o menor diversidad de terminología tenemos la publicidad engañosa, la publicidad comparativa, la publicidad encubierta, la publicidad abusiva –también llamada ilícita– y la publicidad subliminal. Esta última ha sido eludida –en su regulación– por muchas legislaciones, en su mayor parte debido a su difícil conceptualización y a su, aparentemente hasta hoy, dudosa comprobabilidad científica. No nos hemos de detener en los distintos tipos de publicidad, sino solo para hacer brevemente una conceptualización de cada una de ellas en orden a distinguir sus diferencias.

Se entiende por publicidad engañosa a aquella que induce o es susceptible de inducir al error o la confusión en el consumidor, ya sea por acción u omisión, para influir en sus preferencias en vistas de provocar directa o indirectamente la concertación del acto de consumo u otra toma de decisión relevante en el mercado –vgr. el no consumo de un determinado producto, servicio o marca–, vale decir inducir su comportamiento económico dentro del mercado (39).

Se entiende por publicidad comparativa aquella en la que el anunciante opone o contrapone la propia oferta confrontándola públicamente a la del competidor, destacando sus diferencias, con la finalidad de demostrar la inferioridad de los productos o servicios de ese(os) competidor(es) identificado(s) o identificable(s), frente a la superioridad o ventaja de los propios ofertados(40).

Publicidad encubierta es aquella que no es percibida como tal por sus destinatarios, ya sea a causa de la forma de su presentación como del tenor de

(39) Massaguer, José; Comentario a la Ley de Competencia Desleal; Ed. Civitas, 1ra.Ed., Madrid, 1999, pág. 218./ Bercovitz/Salas, op. cit., págs. 145 y sgtes./ De León Arce, Alicia (Dirección); Derecho de los Consumidores y Usuarios; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; págs. 145 y sgtes./ Stiglitz, Gabriel, op. cit., págs. 133 y sgtes.

(40) Massaguer, op. cit., págs. 316 y sgtes./ Rinesi, Juan Antonio; Relación de Consumo y Derechos del Consumidor, Ed. Astrea, Bs. As., 2006; págs. 213 y sgtes.

su contenido. A veces aparece bajo el ropaje de simple información, es decir, de datos objetivos desprovistos del elemento de intencionalidad persuasiva que caracteriza a la publicidad (41). Los modos más extremos de este tipo de publicidad aparecen en el método de posicionamiento de productos, dentro de espacios típicamente no publicitarios y que el destinatario/consumidor asocia con la realidad o con formas específicas de ficción no destinadas a la promoción publicitaria (como películas, series, documentales, informativos, etc.).

La publicidad subliminal es aquella que actúa sobre los destinatarios de un modo inconsciente, sin ser conscientemente percibida, ni su existencia, ni su mensaje, aunque opera persuasivamente en el receptor, a un cierto nivel(42).

Finalmente la publicidad abusiva es aquella que lesiona o vulnera otros derechos subjetivos del consumidor, vale decir, aquélla que, sin ser desinformativa o engañosa fundamenta su eficacia —o su pretendida eficacia— en elementos inconvenientes, ilícitos o inmorales, que son irrelevantes a la relación de consumo y que son susceptibles de influenciar de cualquier manera nociva o impropia al público destinatario o causar un efecto adverso a la sociedad como conjunto (43). Se inserta en este contexto aquella forma publicitaria que hace asociaciones innecesarias, irrelevantes o impropias a elementos de la personalidad, como la religión, la raza, el sexo, la nacionalidad, el estatus social, en ciertos casos la edad; o estimulan a la comisión de un acto ilegal o inmoral; o afectan la cultura o identidad del grupo social; o explotan sentimientos de miedo, segregación o discriminación. Este tipo de publicidad afecta tanto a derechos de personas individuales como a intereses colectivos y difusos.

Es esta última tipología la que habrá de ser objeto de análisis en cuanto a su formulación normativa.

A) En el Paraguay la LPDCU regula y establece prohibiciones respecto de algunos tipos de publicidad. En cuanto a la publicidad ilícita por abusiva, tenemos el Art. 37 (44), que la prohíbe, disponiendo expresamente que la

(41) Massaguer, op. cit., págs. 225 al 226,

(42) Massaguer, op. cit., pág. 228; De León, op. cit., pág. 147.

(43) Stiglitz, op. cit., págs. 137 y sgtes.

(44) Artículo 37. “Queda prohibida la publicidad abusiva, entendida como aquélla de carácter discriminatorio de cualquier naturaleza, o que inci-

interdicción alcanza a la publicidad con carácter discriminatorio. Debemos entender esta norma en el sentido de que el efecto discriminatorio se produzca, ya sea por consecuencia directa, ya indirecta del mensaje publicitario; y también que tal efecto sea un fin querido o buscado por el anunciante, o simplemente aparezca como contingente o involuntario. Para configurar la publicidad abusiva no se requiere, pues, de la intencionalidad del agente. No se menciona aquí expresamente qué tipo de discriminación es el que la ley o el legislador tiene en mente, pero desde luego se debe estar en este punto a los mínimos establecidos en el ordenamiento constitucional, contenidos en especial en los Arts. 46, 48 y concordantes de la Constitución Nacional, y que incluye expresamente la prohibición de la discriminación por razón del sexo.

Otro elemento a ser considerado como configurativo de la publicidad abusiva es la incitación a la violencia. Aquí debemos detenernos a hacer algunas consideraciones. La norma no explicita de qué violencia se trata; es decir, consiste en una interdicción genérica. Pero obviamente abarca también la violencia de género. Esta puede ser definida como toda violencia o daño que sufre la mujer por su posición y condición de asimetría en la sociedad patriarcal y que incluye tanto la violencia privada como pública, la particular y la estatal, la individual o personal y la colectiva o sufrida como consecuencia de su pertenencia a un colectivo: el de las mujeres, la ocasional y la sistémica, esto es, la proveniente de actos concretos e individualizados o la proveniente de las estructuras sociales cristalizadas (45). La violencia de género tiene una especial trascendencia en el fenómeno social de la violencia intrafamiliar y doméstica. En un breve *excursus*, señalaremos que esta terminología a menudo se utiliza como equivalente o indistinta, pero en realidad refiere a distinciones no poco relevantes. En efecto, cuando hablamos de violencia intrafamiliar, hacemos alusión al vínculo relacional que existe entre la víctima y el victimario, es decir, a las relaciones ya de parentesco, ya de pareja, etc., independientemente de la esfera en la que ocurre; en cambio, la violencia doméstica apunta al ámbito espacial donde tiene lugar la violencia, independientemente del vínculo que puede o no existir entre víctima y agresor. Las asimetrías de género juegan un papel muy importante en la violencia doméstica e intrafamiliar, como lo veremos más adelante.

te a la violencia, explote el miedo, se aproveche de la falta de madurez de los niños, infrinja valores medioambientales o sea capaz de inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

(45) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer –Belem do Pará– Arts. 1° y 2°.

Finalmente, acotaremos que este artículo hace referencia a la publicidad que, *in genere*, pudiera inducir al consumidor a conductas perjudiciales para su salud o seguridad, aunque omita la referencia a la inducción a conductas genéricamente dañosas para terceros. Aun cuando la norma no lo dice expresamente, una interpretación sagaz y con perspectiva de género puede encontrar aquí también algún elemento que encuadre en la problemática que conlleva la cuestión de género; sobre todo si el intérprete se enfrenta a publicidad que crea, perpetúa o acentúa parámetros patriarcales —y por ende asimetrías de género— que pudieran llevar al consumidor —o en este caso a la consumidora— a formas o modos de comportamiento que le sitúen en una posición de desventaja respecto de sus derechos —a la seguridad, a la salud o a otros equivalentes— o le provoquen hábitos que generen o potencien los peligros a que de suyo está expuesta e razón de la asimetría socialmente existente. Piénsese por ej. en publicidad que incita al “autoestop” en función de la belleza o el atractivo sexual de la mujer que lo pide; o en publicidad que considere ciertos males o sufrimientos como pura y naturalmente femeninos(46). Sin embargo estas consideraciones exigen un gran esfuerzo al operador, la norma tal y como está formulada no hace alusión directa a la problemática de género; es más, es ajena a ella en términos de visibilización.

En suma, la normativa es insuficiente y poco enérgica. Nuestra legislación contiene ejemplos mucho más radicales de normas prohibitivas expresas y concretas, referidas a conductas o hábitos que se consideran como socialmente inaceptables (47); falta aquí la voluntad social o político-legislativa para modificar adecuadamente la norma hacia un marco instrumental más adecuado en orden de prevenir y erradicar la discriminación, las asimetrías y la violencia de género. El Paraguay tiene en este sentido un mandato expreso emanado de dos convenciones internacionales a las cuales se ha adherido: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW—, incorporada por Ley N° 1215/1986 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), Ley N° 605/1995.

(46) Aunque parezca algo inverosímil, dicha publicidad ya se ha dado en nuestro medio, sugiriendo que las molestias del SPM son una cuestión natural en la mujer.

(47) Ley 1333/06 De la Publicidad y Promoción de Tabaco y Bebidas alcohólicas, Arts. 1° y 6° al 10; y la Ley 2969/6, Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco Artículo 13: Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.

Por último añadiremos que el Pacto Ético Comercial suscrito por la Cámara de Anunciantes del Paraguay no hace ninguna referencia a la publicidad abusiva. La única referencia de relevancia para el tema que estamos tratando la podemos encontrar de modo genérico e indirecto cuando en el Anexo de los principios se alude a la responsabilidad social de las empresas, que, se dice allí, conforma también el respeto y defensa de los derechos humanos fundamentales.

B) En la Argentina, la Ley 24240/93 no contiene reglas acerca de la publicidad abusiva o discriminatoria.

La normativa profesional sí contiene algunas disposiciones que, sin ser expresas ni aludir directamente al problema, pueden aplicarse en presencia de actos publicitarios de dicho tenor. Así, el Código de Ética de la CONARP establece que la publicidad debe ser lícita —es decir, ajustarse a la legislación vigente— y no contravenir la moral y las buenas costumbres (48). Esto, dicho en términos generales, requiere de una buena tarea de integración, tanto interna desde y hacia el propio instrumento, como con otras normas de rango superior y de *ius cogens*; así se debe tomar en cuenta para ello la Constitución Federal Argentina, que en su Art. 16 (49) establece la igualdad ante la ley, en

1. Las Partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.

2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.[...]

3. La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su Constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.

(48) Art. 1°. “La publicidad debe respetar los principios de la moral y las buenas costumbres, así como las normas legales vigentes”; Art. 5°. “En consecuencia, la publicidad no debe contener expresiones o representaciones visuales o auditivas, ni alusiones impropias que: [...] 5. Estimulen actividades ilícitas y el desacato a las leyes y autoridades”.

(49) Art. 16. “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

su Art. 42(50) estatuye el derecho de los consumidores a un trato digno y en su Art. 45 num. 22 incorpora expresamente al rango constitucional convenios de derechos humanos, citando a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW–, en la que se prohíbe, entre otras cosas, toda forma de discriminación basada en el sexo. No obstante, la alusión a la moral y las buenas costumbres no solo es una fórmula imprecisa y vacía de contenido específico, sino que también es peligrosa por cuanto las “costumbres” pueden ser interpretadas –y a menudo lo son– de conformidad con modelos y pautas patriarcales.

Luego, se hace una referencia a la responsabilidad social de los anunciantes, las agencias de publicidad y los medios (51), nuevamente en términos genéricos. Es recién en su Art.5 concordante con el Art.4 donde se contiene una prohibición expresa de la discriminación en el quehacer publicitario(52), pero no se hace directa mención de la discriminación en razón del sexo; se alude simplemente a la persona, en general, y luego a la familia, en particular –esto incluso puede verse como una forma de familismo, un sesgo solapadamente sexista del código–; más adelante se estatuye todo un capítulo relativo a las normas éticas relativas a los menores de edad, en claro contraste con la ausencia de alusión a la mujer y el género. Sin una norma que clarifi-

(50) Art. 42. “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

(51) Art. 3°. “Los anunciantes, las agencias de publicidad, los profesionales publicitarios y los responsables de los medios deben: o Asumir la responsabilidad social que implica la difusión pública de sus mensajes”.

(52) Art. 4°. “La publicidad debe evitar todo aquello que lesione los (conceptos y valores esenciales de la sociedad como son: a) las personas, b) la familia, c) la patria, sus símbolos y próceres, d) las normas legales vigentes, e) las autoridades, e) las instituciones, f) las religiones, g) el patrimonio cultural y las tradiciones, h) el trabajo”. Art. 5°. “En consecuencia, la publicidad no debe contener expresiones o representaciones visuales o auditivas, ni alusiones impropias que: 1. Ofendan la moral o las buenas costumbres prevalentes en la sociedad y en las comunidades que la componen. 2. Ofendan a la patria, a las naciones, sus símbolos, próceres y autoridades. 3. Ofendan en cualquier modo a las instituciones, cualquiera sea su género o composición. 4. Ofendan los sentimientos religiosos. 5. Estimulen actividades ilícitas y el desacato a las leyes y autoridades. 6. Estimulen cualquier forma de discriminación”.

que la posición de la mujer en la publicidad; por el contrario, encontramos una peligrosa alusión a los valores tradicionales de la sociedad, que, como sabemos, son en su mayoría valores de sesgo marcadamente patriarcal.

Como puede verse, la legislación argentina en esta materia es marcadamente deficitaria.

C) En el Brasil tenemos una serie de normas que hacen a la regulación de la publicidad. Algunas regulan la publicidad como fenómeno o conducta en sí misma; otras regulan la conexión con relaciones de consumo.

Principiamos por citar normas constitucionales que son relevantes a la hora de examinar la normativa referente a la publicidad abusiva y discriminatoria. Así, la Constitución federativa del Brasil contiene, como muchas otras, una prohibición expresa sobre la discriminación por razón de sexo, en su Art.3(53), estableciendo el principio de igualdad entre mujeres y varones, Art. 5° (54); asimismo contiene un mandato expreso de tutela al consumidor, Art. 5° (55).

De entre las primeras leyes arriba indicadas, tenemos la Ley 4680/65, la cual no contiene ninguna disposición referente a publicidad abusiva. Se limita a establecer una pauta general de ética en la actividad del profesionista publicitario(56), remitiéndola a una norma deontológica profesional, el Có-

(53) Art. 3°. “Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: [...] IV promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación”.

(54) De Los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos. Art. 5°. “Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: I el hombre y la mujer son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución; [...] XLI la ley castigará cualquier discriminación atentatoria contra los derechos y libertades fundamentales;

(55) Art. 5°. XXXII “El Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor”;

(56) Artigo 17. “A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro”.

digo de Ética de los Profesionales de la Propaganda de 1957. Allí no se hallan contemplada ninguna de las conductas publicitarias que hemos visto como típicamente abusivas, ni se hace una alusión expresa a la discriminación en general o a los sexismos en particular. Solamente se reconoce el poder que ejercen los medios sobre la opinión y la conducta social (57) y se enuncian cánones generales de comportamiento acorde con el interés social y la honestidad personal (58).

El Dto. 57690/66 (en su versión actualizada del año 2002), reglamentario de la antecitada ley, tampoco tiene una norma específica, se limita a establecer que la actividad de los agentes de propaganda ha de conformarse a la moral, las buenas costumbres y el orden público (59), en consonancia con la ley que reglamenta.

Luego debemos considerar la Ley de Defensa del Consumidor N° 8078/93. Esta se autodefine como ley de orden público e interés social en su Art. 1°; luego establece una política nacional de las relaciones de consumo, reconociendo la vulnerabilidad del consumidor la necesidad de proteger, entre otras cosas, su dignidad y su seguridad (60). Más adelante contiene una indi-

(57) II. “O profissional da propaganda, cõscio do poder que a aplicação de sua técnica lhe põe nas mãos, compromete-se a não utilizá-la senão em campanhas que visem [...] ao progresso das boas instituições e à difusão de idéias sadias”.

(58) III. “O profissional da propaganda, para atingir aqueles fins, jamais induzirá o povo ao erro; jamais lançará mão da inverdade; jamais disseminará a desonestidade e o vício”.

IV. “No desempenho do seu mister, o profissional da propaganda agirá sempre com honestidade e devotamento com seus comitentes, de modo a bem servir a eles e à sociedade”.

(59) Artigo 17. “A Agência de Propaganda, o Veículo de Divulgação e o Publicitário em geral, sem prejuízo de outros deveres e proibições previstos neste Regulamento, ficam sujeitos, no que couber, aos seguintes preceitos, genericamente ditados pelo Código de Ética dos Profissionais da Propaganda a que se refere o Artigo 17, da Lei nº 4680, de 18 de junho de 1965: I) Não é permitido: a) publicar textos ou ilustrações que atentem contra a ordem pública, a moral e os bons costumes”;

(60) Política Nacional de Relaciones de Consumo. Artículo 4°. “La Política Nacional de Relaciones de Consumo tiene por objetivo el atendimento de las necesidades de los consumidores, el respeto a su dignidad, salud, seguridad, la protección de sus intereses económicos, la mejoría de la calidad de

cación expresa sobre la protección contra la publicidad abusiva, al regular sobre los derechos básicos del consumidor, en su capítulo III, Art. 6º(61), prohibiéndola expresamente en su Art. 37 (62) y definiendo su contenido en el párrafo 2 del mismo artículo (63). En esta norma se hace una alusión directa a la publicidad discriminatoria, aunque no se menciona expresamente la discriminación en razón del sexo o a la utilización de la figura de la mujer o de los sexismos y otros paradigmas culturales semejantes. En contraste con esto, el mismo párrafo contiene una norma de protección concreta de los menores de edad. Ello nos revela, al igual que en la legislación paraguaya la decisión político-legislativa de dotar a ciertas categorías de sujetos de una tutela especial y destacada. Esta política no ha alcanzado a la mujer ni a las cuestiones de género.

A nivel profesional, tenemos nuevamente el Código Brasileño de Auto-regulación Publicitaria de 1980 y sus actualizaciones (2007), el cual, si bien no hace una alusión directa a la “publicidad abusiva” en esos términos, sí contiene una proscripción expresa de la discriminación en la actividad publicitaria, Art. 20 (64). Esta norma prohíbe favorecer o estimular la discriminación, aludiendo a ciertos factores considerados como discriminatorios y citando, expresamente, algunos de ellos. Así menciona la raza, la religión, la nacionalidad, la política, pero omitiendo toda alusión a la discriminación por razón del sexo o a las discriminaciones provenientes de las asimetrías de género. Luego tenemos también una prohibición expresa a la inducción o la estimulación a la violencia en los avisos publicitarios en el Art. 26 (65); pero

su vida, así como la transparencia y armonía en las relaciones de consumo, atendidos los siguientes principios: [...] I. - reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo”;

(61) Artículo 6º. “Son derechos básicos del consumidor: IV. - protección contra la publicidad engañosa y abusiva”.

(62) Artículo 37. “Es prohibida toda publicidad engañosa o abusiva”.

(63) Párrafo 2. “Es abusiva entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza que incite a la violencia, explote el miedo o superstición, se aproveche de la deficiencia de raciocinio y experiencia de los niños, infrinja valores ambientales, o pueda inducir al consumidor a portarse de manera perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

(64) Artigo 20. “Nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade”.

(65) Artigo 26. “Os anúncios não devem conter nada que possa conduzir à violência”.

esta prohibición es también de carácter general y no especial respecto de la violencia de género o la violencia contra la mujer. En contraposición con esto hay una regulación expresa de la publicidad que atente contra el medioambiente, la ecología (66), los niños y jóvenes (67) y las convicciones religiosas(68).

Aunque entendemos que la enumeración contenida en el Art. 20 es meramente enunciativa y no taxativa, no deja de llamar la atención el hecho de la invisibilización de la mujer y de la problemática que plantea la actividad publicitaria al respecto, en un instrumento de autorregulación; ello se aplica tanto a la problemática de la discriminación en razón del sexo como a la de la violencia específica hacia la mujer. Sobre todo porque estas omisiones no son casuales, indican a las claras cierta tendencia valorativa y cultural de parte de quienes han de ser los juzgadores de la conducta profesional. Y todo ello a pesar de que el instrumento reconoce expresamente la enorme influencia y el valor que la publicidad y los medios de difusión tienen en el público y en la sociedad (69), es decir se reconoce el poder sustancial que tiene la actividad publicitaria en la formación y deformación de la opinión pública y de la cultura social; igualmente reafirman el respeto que la actividad publicitaria debe a la educación nacional y los objetivos que ella persigue(70). En este último punto debemos recordar que el Brasil es también signatario de dos tratados internacionales: la Convención sobre la Erradicación de las formas de Discriminación contra la Mujer y Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención De Belem Do Para”. Tanto en la primera como en la segunda existen normas específicas dirigidas a los Estados, que imponen la obligación de adoptar medidas de implementación interna respecto de estas cuestiones, ya sea en la educación como en la erradicación de los paradigmas culturales que fomentan la violencia. Las normas citadas se apoyan también en otras prohibiciones y mandatos de carácter general, que señalan la obligación de respeto a la persona humana y su dignidad, así como al interés social (71).

(66) Sección 10, Art. 36.

(67) Sección 11, Art. 37.

(68) Sección, 9, Art. 34, b.

(69) Artigo 7º. “De vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população...”

(70) Artigo 6º. “Toda publicidade deve estar em consonância com os objetivos do desenvolvimento econômico, da educação e da cultura nacionais”.

(71) Artigo 19. “Toda atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às

Las restantes normas profesionales –Normas Padrón de la Actividad Publicitaria y el Código de Ética de la ABAP– no contienen una alusión expresa a la publicidad abusiva; el último cuerpo de normas citado solo incluye una alusión al respeto integral del derecho de los consumidores en cuanto sujetos individuales y en cuanto componentes del grupo social (72).

D) En el Uruguay la Ley 17250/00 de Defensa del Consumidor establece entre los derechos básicos de los consumidores la protección contra la publicidad engañosa (73); y en el Capítulo IX, que se dirige expresamente a la regulación de la publicidad, se prohíbe la publicidad engañosa, la publicidad comparativa y la publicidad encubierta, pero ninguna alusión se hace a la publicidad abusiva, ni tampoco a discriminaciones u otras desigualdades en la actividad publicitaria. A nivel constitucional la Constitución de la Rca. Oriental del Uruguay solo contiene una norma general de igualdad ante la ley(74), pero en ella no se hace ninguna alusión a discriminaciones por razón de sexo ni de género. Esto sorprende, si se considera que contiene normas mucho más concretizadas en otras materias, como en el medioambiente, el derecho sucesorio, la familia y el bien de familia.

instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar”.

(72) “A Sociedade e os cidadãos: As agências e os profissionais que as compõem devem atuar em consonância com os legítimos valores da sociedade, comprometidos com a evolução social e humana, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente. Os Consumidores: Compete às agências formar junto aos consumidores a consciência de que a publicidade, além de respeitar as leis e o Código de Auto-Regulamentação, é uma atividade fundada sobre princípios, compromissos e valores respeitáveis. Reconhecemos ser fundamental para toda a indústria da comunicação comercial, incluindo-se os clientes, que as pessoas sintam-se respeitadas pela publicidade como indivíduos, como grupos e como consumidores, e que tenham dela uma imagem positiva”.

(73) Artículo 6º. “Son derechos básicos de consumidores: [...] D) La protección contra la publicidad engañosa, los métodos coercitivos o desleales en el suministro de productos y servicios y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, cada uno de ellos dentro de los términos dispuestos en la presente ley”.

(74) Artículo 8º. “Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes”.

En cuanto a la normativa profesional, en el Código de Prácticas Publicitarias de la Cámara de Anunciantes del Uruguay se hace una referencia expresa a la responsabilidad social de los anunciantes y agentes publicitarios(75), a la par que proscribe todo tipo de discriminación, mencionando expresamente la basada en el sexo (76). Igualmente prohíbe que los anuncios publicitarios inciten o cooperen a cohonestar la violencia y la ilegalidad (77), aunque no se hace una alusión específica a la violencia basada en el sexo o en parámetros de género. También prohíbe la denigración de la persona, en términos generales (78), sin aludir a la figura de la mujer, las desigualdades de género u otra más específica; en contrapartida contiene normas expresas para otros grupos de intereses, como los menores de edad, la ecología, etc.

En el Uruguay nuevamente observamos una gran parquedad y deficiencia legislativa en cuanto a la protección del consumidor contra la publicidad abusiva, y en particular la que hace a las discriminaciones por sexo o género. La normativa profesional viene a paliar, aunque muy débilmente, esta deficiencia.

E) En el ámbito del MERCOSUR no existen normas comunitarias sobre publicidad abusiva ni sobre la prohibición a las discriminaciones arriba descritas. Tampoco los trabajos de la CIDIP han enfocado este tema.

F) En España tenemos primeramente la Ley General de la Publicidad (LGP) 34/1988, la cual fue objeto de modificaciones por leyes posteriores, las más importantes a los efectos que aquí tratamos: la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género N° 1/2004 y la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres N° 3/2000.

(75) Art. 1°. “Toda publicidad debe ser legal, decente, honesta y verdadera. Cada aviso publicitario debe ser preparado con un sentido adecuado de responsabilidad social...”.

(76) Art. 5°. “Los avisos publicitarios no deben anunciar ninguna forma de discriminación, incluyendo cualquiera que se base en la raza, nacionalidad, religión, sexo o edad, ni deberán en ninguna forma menoscabar la dignidad humana”.

(77) No deben condonar ni incitar a la violencia, ni deben alentar ninguna conducta ilegal o reprensible o que contravenga las normativas vigentes”.

(78) Art. 7°. “Denigración: Los avisos publicitarios no deben denigrar a ninguna persona, empresa, organización, actividad industrial o comercial, profesión, producto o servicios, buscando el descrédito del público”.

La Ley de Publicidad no solo contiene una alusión concreta a la publicidad ilícita por abusiva, sino que, a través de la modificación de la que fuera objeto por virtud de la Ley Orgánica mencionada, hace expresa referencia a la problemática de género y la situación de la mujer en la publicidad y en los medios masivos de comunicación. En su Art. 3º, inc. a) define como ilícita (o abusiva, para la terminología que venimos empleando) a la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere derechos constitucionales, con especial referencia a los Art. 18 y 20 ap. 4) (79) de la Constitución española. Luego se incluye una previsión especial respecto de la imagen de la mujer, prohibiendo su utilización en forma vejatoria u objetivada, presentando su imagen de manera estereotipada y coadyuvando a generar violencia.

La norma referida es fundamental, puesto que se centra en el foco del problema, sin eludirlo con eufemismos o circunloquios. No se precisa recurrir a la labor del intérprete para construir el supuesto de hecho ni la consecuencia jurídica, que son relevantes para combatir el fenómeno individualizado como socialmente no deseable.

Luego, también importante es la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDC) N° 26/1984. Aquí se pueden citar varias normas, algunas de ellas específicas, otras genéricas, sobre las cuales se construye o coadyuva a la interpretación de las primeras. Entre las específicas tenemos el Art. 34 inc.10, que sanciona como infracción las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y servicios, en especial las que hacen a la igualdad efectiva de los hombres y las mujeres. Es de resaltar que dicho artículo apunta a la igualdad efectiva, es decir la igualdad real, no solo a la igualdad formal que usualmente se consagra en textos legales y constitucionales. La igualdad efectiva se entiende como aquella que tiene en consideración la condición y la situación del sujeto, en este caso de la mujer. Todo esto en consonancia con el Art. 12 de la Ley Orgánica de Igualdad, que estatuye la tutela judicial efectiva.

La LGDC tiene también otras normas que sirven de soporte interpretativo adicional a esta. Así, el Art. 2º de la ley, que establece los derechos básicos del consumidor, enumera dentro de estos (inc. b) a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales. Aunque esta norma está concebi-

(79) El primero hace referencia al derecho a la intimidad y la propia imagen y el segundo establece las limitaciones al derecho a la libre expresión, fundándolas en los derechos precitados. El texto original contiene una alusión expresa a la infancia y a la juventud.

da, al parecer, en un sentido más bien económico –ya que está enunciada en relación concreta con los intereses económicos– puede reinterpretarse en el sentido puramente social. Esta disposición se articula con el Art. 7º que impone nuevamente el respeto de los intereses sociales de los consumidores, en los términos de la LGDC y también de la legislación civil y comercial. Como ya decíamos, esta formulación puede ser tomada en un sentido mucho más social –que el que probablemente tuvo en vistas el legislador– dado que las normas de tutela de la igualdad y no discriminación y las referidas a la prevención y la erradicación de la violencia contra la mujer, son sin duda normas sociales.

En cuanto a normativa profesional, tenemos el Código de Conducta Publicitaria de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial –Autocontrol–. Allí se establece primeramente el respeto a la legalidad y a los valores y derechos fundamentales establecidos en la Constitución(80). Luego prohíbe la incitación a la violencia(81); aunque esta prohibición es de carácter general y no especial referido a la violencia de género o contra la mujer, lo debemos interpretar en el contexto sistemático de este cuerpo deontológico, que además contiene una expresa proscripción de la discriminación por razón de sexo (82) y a la lesión de la dignidad humana. Con ello tenemos relativamente cubierto el panorama de la publicidad sexista y abusiva por discriminatoria.

G) Dentro del ámbito de las normas comunitarias tenemos la Directiva 84/450/CEE, relativa a la Publicidad y a cuya adaptación obedece la LGP; así también la Directiva 89/552/CEE sobre actividades de radiodifusión televisiva y la Directiva 97/36/CE sobre comercio minorista, que modifica a la anterior. La primera incluye una expresa referencia al respeto de la dignidad humana y a la no discriminación por razón de sexo (83), y lo mismo ocurre con

(80) 2.- “Respeto a la legalidad y a la Constitución. La publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”.

(81) 6.- “No incitación a la violencia. La publicidad no incitará a la violencia, ni sugerirá ventajas en las actitudes de violencia”.

(82) 10.- “Publicidad discriminatoria. La publicidad no sugerirá circunstancias de discriminación ya sea por razón de raza, nacionalidad, religión, sexo u orientación sexual, ni atentará contra la dignidad de la persona”.

(83) Artículo 12. “La publicidad televisada no deberá: a) atentarse contra el respeto a la dignidad humana; b) incluir elementos de discriminación por raza, sexo o nacionalidad”;

la segunda que dispone que los estados parte deberán tomar medidas para evitar la incitación a la discriminación sexual (84). Como se ve, la primera directiva consistía en una regla negativa o de prohibición, en tanto que la segunda tiene un mandato proactivo: tomar medidas –esto es, acciones positivas– para que no se produzca la discriminación.

Finalmente es digna de mención la Resolución 1557 de 2007 sobre Imagen de la Mujer en la Publicidad, de la Asamblea Parlamentaria, Consejo de Europa. En este documento, de reciente data, se advierte que la imagen de la mujer en los medios de comunicación aún se encuentra en contraposición con los roles a que hoy puede acceder y que la publicidad sigue siendo degradante y violenta respecto de la mujer, violando su dignidad humana. En este importante instrumento se recomienda a los Estados Parte a tomar acciones concretas, legislativas y administrativas, para enfrentar el problema. Veremos este punto con mayor detenimiento al tratar el punto referente a regulación y control.

3. Los efectos no jurídicos de la publicidad: efectos meta y parajurídicos

Independientemente de la función o finalidad primaria de la publicidad, que, como vimos *supra* es la promoción de bienes o servicios en orden a producir su consumo, en el fenómeno publicitario aparecen otros efectos meta y para jurídicos. Con esto queremos decir que la publicidad, como fenómeno social no solamente produce o provoca relaciones de consumo, de que la norma toma noticia y regula, sino también produce efectos en el ámbito puramente social y, con ello, genera nuevos hechos sociales que no son ni pueden ser ajenos a la regulación normativa. Es decir, su efecto jurídico primario, de contratación, deriva en consecuencias sociales, las que, a su vez, son o deben ser atendidas por la norma en orden de proteger los bienes jurídicos que son alcanzados o tocados por esos hechos sociales.

La publicidad no es, pues, neutral desde el punto de vista social, cultural y valorativo; es un fenómeno social que exorbita lo meramente jurídico contractual o de mercado (85).

(84) 28) “Se insertará el siguiente artículo: “Artículo 22” bis.

Los Estados miembros velarán por que las emisiones no contengan ninguna incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad”.

(85) Es evidente que el objetivo fundamental de la publicidad es incrementar las ventas de un producto. Entretener, divertir o informar son solo

Es decir, la publicidad, los medios y la fenomenología que le acompañan tienen una gran incidencia en nuestras vidas, a menudo mucho mayor de la que somos conscientes o de la que quisiéramos admitir; las estadísticas, no obstante, revelan lo contrario (86). En el caso particular de las relaciones de género y las cuestiones planteadas por el componente de sexo, esta incidencia adquiere connotaciones de gran envergadura. El reconocimiento de esta realidad ha tomado cuerpo en y desde distintas instituciones. Numerosas declaraciones de instancias internacionales, como la Declaración de Atenas, de 1992; Conferencia de Pekín, de 1995 y Conferencia de la Unión Interparlamentaria de Nueva Delhi de 1997, dejan claro que el desarrollo de la igualdad de género requiere de una regulación jurídica adecuada de los medios de comunicación. En similares términos se ha pronunciado la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, de la ONU, celebrada en Beijing en 1995, con la Plataforma de Acción que fuera aprobada, más su revisión en el Período Extraordinario de Sesiones de la ONU, efectuado en Nueva York en el año 2000 y su declaración, denominada también Beijing+5 (87), y que dieran por resultado la resolución de Naciones Unidas del 16 de noviembre de 2000 (88).

herramientas para conseguirlo. Sin embargo, en demasiadas ocasiones se olvida que la publicidad también transmite valores, educa o genera los modelos sociales que intentamos imitar. La publicidad es parte de ese imaginario en el que nos reflejamos, un espejo de lo que queremos ser. La publicidad, no hay duda, se ha especializado en los deseos. Poco le interesan las necesidades y mucho los satisfactores, sobre todo porque estos se venden muy bien gracias al uso calculado del lenguaje gráfico y de una batería ingeniosa de promesas. ConsumeHastaMorir. Enero 2007 <http://www.cederron.org>

(86) Cada día, una persona dedica unas 6 horas y media a escuchar, ver o leer medios de comunicación de masas (Televisión, periódicos, revistas, internet, Radio, Cine...). En muchos casos esto es compatible con otras actividades que desarrollamos. Sin embargo, el medio al que más tiempo dedicamos, la televisión, es justamente uno de los que más atención requiere; <http://www.cederron.org>, Comunicación.

(87) "...se considera una esfera de especial preocupación la constante proyección de imágenes negativas y degradantes de la mujer, así como su desigualdad en el acceso a la tecnología en la información. La Conferencia pidió que se potenciara el papel de la mujer mejorando sus conocimientos teóricos y prácticos y su acceso a la tecnología de la información, lo que aumentaría su capacidad de luchar contra las imágenes negativas que de ella se ofrecen. La Conferencia destacó la necesidad de que las mujeres intervinieran en la adopción de decisiones que afectarían al desarrollo de las nuevas tecnologías, a fin de participar plenamente en su expansión y en el control de

A nivel europeo, tenemos el reporte del Comité para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, presentado en mayo de 2007 al Consejo de Europa. En este documento se pone énfasis en que el tratamiento discriminatorio y sexista de la mujer en la publicidad es un problema cuya atención por parte de los estados Parte es urgente y primordial (89), y que pese a ciertos avances en el orbe europeo, la publicidad sigue siendo un factor de discriminación y de violación de los derechos humanos de las mujeres. Esta concienciación no es nueva, pues se halla presente en numerosos documentos anteriores, como la Recomendación 1555 de 2002 del Consejo de Europa, respecto de la imagen de la mujer en los medios (90).

En este mismo sentido también se ha manifestado el Observatorio de la Publicidad Sexista, del Instituto de la Mujer, dependiente del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales de España, que viene, desde 1994, realizando un seguimiento y análisis de la publicidad con la finalidad de identificar aquellos mensajes publicitarios que reafirman y refuerzan una imagen estereotipada de las mujeres, distorsionando su actual participación social. En su informe de 2004 afirma que se sigue manteniendo en la publicidad la perpetuación de roles sociales estereotipados que fomentan la desigualdad de género y la utilización de la mujer como mero objeto sexual, lo que es cada vez más frecuente. Se presenta a la mujer como un producto de consumo de fácil acceso y disponibilidad, unido a la idea de sumisión o sometimiento (91).

La industria de la publicidad y el mundo publicitario en general han reconocido, desde sus propios cuarteles, la enorme y decisiva influencia que tienen a la hora de formar, conformar y deformar, no solo la dirección del consumo y de los objetos de consumo, sino también las ideas, opiniones y la cultura en general. Esto lo hemos visto a través de las consideraciones vertidas en numerosos códigos de ética profesional de todos los involucrados en esta actividad y que han sido citados más arriba, a lo que remitimos. Y también ha sido puesto de manifiesto que esta facultad o poder de conformación de lo cultural no es casual, sino que es un fin directamente buscado y perse-

su influencia..."; Nota Informativa N° 10, UN, La Mujer y los Medios de Comunicación.

(88) Anexo, Declaración Política, Num.2.

(89) Doc. 11286, 21 May 2007, Council of Europe.

(90) Texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 24 de abril de 2002.

(91) Informe 2004, Observatorio de la Publicidad sexista.

guido, es decir, no es un efecto colateral meramente incidental en el quehacer publicitario, sino que constituye un objetivo específico del mismo (92).

Una publicidad es sexista cuando utiliza a la mujer como objeto para captar la atención del consumidor, cuando refuerza estereotipos sexuales o cuando adhiere al producto características sexuales que no tienen que ver con él. La característica que comparten todos los mensajes sexistas es “invisibilidad como ciudadanas” a la que se somete a las mujeres.

Este tipo de discriminación genera, a su vez, otros subproductos que afectan los derechos individuales y cuya permanencia en la sociedad es indeseable, y constituye, por lo tanto, un fenómeno relevante y atinente a lo jurídico en cuanto medio de ordenamiento de las conductas. Uno de los subproductos más indeseables de este problema es la violencia de género. Esta ha sido definida como cualquier acción o conducta, basada en su género, que

(92) “En nuestra fábrica hacemos lápices de labios, en nuestros anuncios vendemos esperanza”; Charles Revlon. Fundador de la Revlon Cosmetic.

“Anunciar es hurgar en heridas abiertas...Miedo. Ambición. Angustia. Hostilidad. Usted menciona los defectos y nosotros actuamos sobre cada uno de ellos. Nosotros jugamos con todas las emociones y con todos los problemas. Desde el no poder seguir en cabeza...hasta el deseo de ser uno más entre la muchedumbre.

Cada uno tiene un deseo especial. Si se logra que un número suficiente de gente tenga el mismo se consigue un anuncio y un producto con éxito”; Jerry Della Femina. Ejecutivo publicitario.

“Pronto, el mundo entero estará bajo la dictadura televisión-publicidad. Entraremos en un mundo posthumano esponsorizado por Coca-cola, Mc Donalds, Microsoft e IBM, orquestado por los Berlusconi cibernéticos... Durante mis inicios en el mundo de la publicidad y la moda, me tropecé con espíritus de corto entendimiento que querían que hiciera campañas imbéciles. Y después encontré jefes de empresa como Luciano Benetton. Pude por fin reflexionar sobre un tipo de comunicación sorprendente, comprometido, artístico, olvidando toda esa mierda perfumada que se me obligaba a producir”; Adiós a la publicidad. Oliviero Toscani. Ed. Omega, 1996. (Oliviero Toscani fue publicista creativo de la firma Benetton durante muchos años y lanzó las campañas publicitarias más polémicas que se conocen) “...la emoción es nuestra arma más potente y la que mejor conecta con la gente. Hay pocos productos que se vendan dejando de lado la emoción...”; Allen Rosenshine, Presidente de la agencia de publicidad BBDO (CincoDías 27-06-2006).

cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (93). Escogemos esta definición no solo porque se encuentra contemplada en un instrumento normativo —que si bien no es universal, por cuanto que pertenece al sistema interamericano, abarca no obstante a un buen número de países— sino porque contiene una de las más completas conceptualizaciones en materia de lo que ha de entenderse por violencia, ya que incluye el elemento privado/público como factores indivisibles e interconectados dentro del desarrollo del fenómeno (aquí se debe tener presente la consigna de que “lo privado es público”, tan rica en la aportación ideológica a soluciones normativas).

Es una realidad que los violentos se apoyan en la imagen del hombre como ser superior, más capaz e inteligente, imagen que proyectan y refuerzan los medios y la publicidad. El modelo dominante que muestran y proponen reafirma el sexismo hostil, que caracteriza a la mujer como una persona subordinada; lo que a su vez legitima el control social que ejercen los hombres sobre las mujeres y reafirma todo el esquema de asimetría de poder que subyace en el fenómeno del maltrato.

4. Regulación normativa de los aspectos “colaterales” de la publicidad

La doctrina ha sido rica en debates acerca de los métodos idóneos y eficaces de control de la actividad publicitaria ilícita. Existe, sin embargo, una tendencia al abandono de la tutela publicista —ejercida por órganos estatales y con sanciones penales y administrativas— por parte de los doctrinarios, y un avance hacia implementación de fórmulas que propicien la tutela privatística, ya sea desde la autogestión o autorregulación, como a través de acciones civiles adecuadas, que incluyan la protección de los intereses difusos y colectivos (94). Sobre todo esta última ha sido objeto de frecuentes exhortaciones por parte de los doctrinarios en torno de su implementación (95).

Ya hemos examinado el fenómeno social de la publicidad y la problemática que se genera en torno de las cuestiones de género y las relaciones de

(93) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), Arts. 1 y 2.

(94) Berkovitz/Salas; op. cit., págs. 139 y sgtes.

(95) Stiglitz, Gabriel; op. cit., pág. 297./ Lorenzetti, Ricardo Luis/Schötz, Gustavo Juan; Defensa del Consumidor; Ed. Depalma, Bs. As., 2003; págs. 130 y sgtes., y 133 y sgtes.

consumo. Ahora debemos abocarnos a establecer la regulación normativa existente en el ordenamiento jurídico y a analizar su pertinencia e idoneidad.

A) En el derecho paraguayo, que como vimos proscribía la publicidad abusiva, tenemos un doble orden de consecuencias: la tutela administrativa y la tutela jurisdiccional.

La acción administrativa se halla administrada en un doble orden: el estatal, a través de la Dirección de Protección al Consumidor, dependiente del Ministerio de Industria y Comercio; y el municipal, en los distintos municipios locales, la actuación de ambos orbes es concurrente, tal y como lo establece el Art. 40 de la LPDCU (96). La instancia es meramente conciliatoria.

Por su parte, la jurisdiccional comprende toda una serie de acciones, entre las cuales se cuenta la de daños y perjuicios y que puede ser ejercida solo a título individual por los consumidores y usuarios (97). Aquí debemos hacer una importante precisión para ver la eficacia de la norma en orden a tutelar los derechos y bienes jurídicos que pudieran ser vulnerados por la publicidad abusiva. Si la publicidad es discriminatoria o refuerza parámetros patriarcales y desigualdades de género, el consumidor debe poder demostrar un daño individual propio, cuando que básicamente esta índole de problemas plantea por sobre todo la lesión a los llamados intereses difusos o colectivos —llamados así en la propia ley y definidos como intereses supraindividuales de naturaleza indivisible, de los que sean titulares un grupo, categoría o clase(98)—. Es decir, sin la existencia de una relación concreta de consumo, y

(96) Artículo 40. “En el ámbito nacional será autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Industria y Comercio, y en el ámbito local, las municipalidades; pudiendo ambos actuar en forma concurrente”.

(97) Artículo 43°. “La defensa en juicio de los derechos que esta ley precautela podrá ser ejercida a título individual como a título colectivo. Será ejercida colectivamente cuando se encuentren involucrados intereses o derechos difusos o colectivos. Tendrán acción el consumidor o usuario, las asociaciones de consumidores que cumplan con los requisitos de los Arts. 45, 46 y 47, la autoridad competente nacional o local y la Fiscalía General de la República.

Las acciones tendientes al resarcimiento por daños y perjuicios sólo podrán promoverse por los consumidores o usuarios afectados”.

(98) Art. 4°, inc. i) “Intereses colectivos: son aquellos intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible de los que sean titulares un grupo, ca-

además de un nexo causal entre la publicidad discriminatoria y una minusvaloración o perjuicio en el consumidor individual, será muy difícil sustentar la acción. Como fácilmente puede verse, esta circunstancia no se dará nunca o casi nunca. No olvidemos que los daños de la publicidad abusiva por discriminatoria o sexista no son patrimoniales, sino extrapatrimoniales –o también llamados morales–, y que afectan directa e inmediatamente a un colectivo; a los sujetos individuales solo los afecta en cuanto partes de este colectivo y de manera refleja u oblicua. Esta limitación no se encuentra salvada por la disposición contenida en la primera parte del Art. 43, ya que si bien allí se permite la legitimación colectiva, tratándose de intereses difusos o colectivos, se estatuye una excepción expresa respecto de la demanda de daños. De modo que esto se erige en una gran limitación a la hora de demandar por daños.

Luego tenemos toda una serie de medidas o acciones de orden jurisdiccional, contempladas en el Art. 51; la más relevante en la cuestión que examinamos es la cesación de la actividad (99), que en este caso se debe aplicar a la actividad publicitaria; otras medidas indirectas, pues no recaen en la actividad promocional en sí misma, son la prohibición de exhibición, circulación e incautación de productos (100); también está la aplicación de multas conminatorias para el cumplimiento de las condenas dictadas en sentencias definitivas; la publicación y difusión de las condenas dictadas en diarios, revistas radiodifusoras o teledifusoras (101) –a modo de reparación inmaterial– y la posibilidad de adoptar medidas cautelares –Art. 52– para prevenir que la ejecución de las sentencias no sea fútil o estéril.

En un tercer orden de tutela está la autorregulación de las entidades o asociaciones de profesionales cuya actividad se vincula con la publicidad. Como hemos visto el cuerpo deontológico profesional de la Cámara de Anunciantes del Paraguay no contiene disposiciones al respecto.

La pregunta que nos debemos hacer es si este sistema funciona o es eficiente. La respuesta está dada en la realidad: la total ausencia de jurisprudencia en el orden judicial, de casuística administrativa o –no se diga ya– de la autorregulación privada. Ello no se debe a que el Paraguay sea un caso

tegoría o clase de personas, ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica, cuyo resguardo interesa a toda la colectividad, por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentren en una misma situación”.

(99) Art. 51, inc. 3, LPDCU.

(100) Art. 51, incs. 1 y 2.

(101) Art. 52, inc. 6.

aislado —y por lo demás habría que decir un *unicum*— en el mundo donde no exista publicidad sexista o no se den fenómenos discriminatorios a través de la publicidad

B) En la Argentina, hemos visto, no existe la prohibición a la publicidad abusiva. Tal vez el control pueda venir a través de la aplicación de mecanismos de protección constitucional, como el amparo, aplicando de manera congruente e imaginativa la teoría de los intereses difusos y la protección constitucional contra la discriminación contenida en los Convenios de DDHH que son parte de la ley fundamental, según ya lo hemos visto más arriba. No se conoce jurisprudencia propiamente judicial en este sentido.

Luego, tenemos también la autorregulación, emanada de la aplicación del Código de Ética por parte de la CONARP. La eficacia de este método no ha podido ser establecida, en ausencia de casos paradigmáticos al respecto.

C) El Brasil, como ya lo tenemos visto, contiene un triple orden normativo: La Ley 8078/90 Código de Defensa del Consumidor, la Ley de publicidad y los Códigos de Ética profesional. Cada uno de estos órdenes tiene esferas de control y sanción, lo que acarrea no solo dispersión, sino también superposición de roles y de competencias.

La Ley de Publicidad N° 4680/65 y su reglamentación a través del Decreto 57690/66 establecen, primeramente, un doble orden de control, simultáneo: el de la autoridad administrativa, encargada de establecer sanciones de dicha índole, y el control ético de autogestión, en aplicación de un cuerpo deontológico; este último fue operativizado a través de las entidades profesionales, como veremos más adelante. La autoridad administrativa aplica sanciones consistentes principalmente en multas (102).

El control jurisdiccional está previsto en otra ley, el Código de Defensa del Consumidor. Aquí se estatuyen toda una serie de sanciones civiles, administrativas e incluso penales para las infracciones a sus disposiciones. En

(102) Artigo 26. “As infrações ao disposto na Lei n° 4680, de 18 de junho de 1965, e no presente Regulamento, serão punidas com as penalidades abaixo, pelo Diretor Geral do Departamento Nacional do Trabalho ou pelos Delegados Regionais do Trabalho, e, se de natureza ética, em consonância com o Artigo 17 daquela Lei, por proposta do órgão disciplinar competente da associação de classe a que pertencer o infrator...”

materia de publicidad abusiva. En su Art. 6º, entre los derechos básicos de los consumidores, se establece el de la efectiva reparación de los daños patrimoniales y morales, individuales y colectivos (103). Luego estatuye el capítulo de las sanciones administrativas y atribuye al Gobierno Federal, a los Estados, al Distrito Federal y los Municipios la competencia para su aplicación(104). Las sanciones administrativas se consideran y aplican independientemente de las civiles, penales y de cualquier otro orden, y consisten principalmente en multas, suspensión de la actividad, casación del permiso e interdicción de la actividad y en imposición de contrapropaganda (105) —estas últimas las más importantes desde el punto de vista de la cuestión que aquí analizamos—. La contrapropaganda está referida expresamente a la actividad abusiva —entre la que se cuenta la discriminatoria— y está regulada en términos muy precisos en cuanto a su naturaleza, extensión y modo (106). La mis-

(103) Art. 6º VI. - “Efectiva prevención contra y reparación por daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos”;

(104) Capítulo VII Sanciones Administrativas.

Artículo 55. “El Gobierno Federal, los Estados, y el Distrito Federal, en carácter concurrente y en sus respectivas áreas de actuación administrativa, establecerán normas relativas a la producción, industrialización, distribución y consumo de productos y servicios. Párrafo 1. – El Gobierno Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios fiscalizarán y controlarán la producción, industrialización, distribución, la publicidad de productos y servicios y el mercado de consumo, en el interés de la preservación de la vida, de la salud, de la seguridad, de la información y del bienestar del consumidor, estableciendo las normas necesarias”.

(105) Artículo 56. “Las infracciones de las normas de defensa del consumidor están sujetas, de acuerdo con el caso, a las siguientes sanciones administrativas, sin perjuicio de las de naturaleza civil, penal y de las definidas en normas específicas:

I. - multa; [...] VII. suspensión temporaria de la actividad;

[...] IX. casación del permiso del establecimiento o actividad;

X. - interdicción, total o parcial, del establecimiento, obra o actividad;

XI. intervención administrativa; XII. imposición de contrapropaganda. Párrafo Único - Las sanciones previstas en este artículo serán aplicadas por la autoridad administrativa en el ámbito de su atribución y pueden ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida preventiva antecedente o incidente al procedimiento administrativo”.

(106) Artículo 60. “La contrapropaganda será impuesta cuando el proveedor incurriere en la práctica de publicidad engañosa o abusiva, en los términos del Artículo 36 y sus párrafos, siempre a cargo del proveedor. Párrafo

ma ley prevé sanciones penales por las inconductas de consumo (107) y tipifica especialmente como delito a la publicidad abusiva (108), disponiendo incluso una pena privativa de libertad. Además, se establece como agravante el hecho de ocasionar daño individual o colectivo (109); esta última disposición es muy relevante e importante en cuanto a la cuestión que nos ocupa. No olvidemos que la publicidad sexista o la discriminación por razón de sexo que se produce a través de la actividad publicitaria provoca un daño colectivo, de impacto generalizado en términos sociales y geográficos y además con efectos que perduran en el tiempo, o cuando menos que se extienden por un lapso considerable e indeterminable. Ello, en sí mismo, ya constituiría una agravante en los términos de la ley que analizamos.

En cuanto a la legitimación, la ley prevé tanto la individual como la colectiva (110). La legitimación colectiva se da en relación con lesiones a intereses difusos supraindividuales, transindividuales o individuales homogéneos (111). La acción es atribuida a ciertos legitimados activos, que son tanto públicos como privados; en el orden de lo público, tenemos al Ministe-

1 – La contra propaganda será divulgada por el responsable, de la misma manera, frecuencia, alcance y preferiblemente en el mismo vehículo, sitio, espacio y horario, de manera capaz de deshacer el maleficio de la publicidad engañosa o abusiva”.

(107) Título II Infracciones Penales. Artículo 61. “Son crímenes contra las relaciones de consumo previstas en este Código, sin perjuicio del dispuesto en el Código Penal y leyes especiales, las conductas definidas en los siguientes artículos...”.

(108) Artículo 67. “Hacer o promover publicidad que sabe o debería saber ser engañosa o abusiva; Pena: De tres meses a un año de prisión y multa”.

(109) Artículo 76. “Son circunstancias agravantes de los crímenes tipificados en este Código: [...] II. - ocasionar grave daño individual o colectivo”;

(110) Artículo 81. “La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo”.

(111) Art. 81 Párrafo Único “La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de: I. - intereses o derechos difusos, así entendidos para los efectos de este Código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y relacionadas por circunstancias reales; II. - intereses o derechos colectivos así entendidos para los efectos de este Código, los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular grupo, categoría o clase de personas relacionadas entre si o con la parte contraria por

rio Público, el gobierno federal, los estados, distrito federal y los municipios; en el orden privado las asociaciones de consumidores (112). La acción colectiva se permite a estos legitimados incluso para la demanda de daños y perjuicios, cuando se trata de intereses individuales homogéneos (113). Se trata pues, de una acción colectiva solo prevista para intereses individuales homogéneos; entendemos que esto constituye una limitación tratándose de los restantes tipos de intereses difusos, como los transindividuales o supraindividuales. Ello es muy importante a la hora de juzgar la cuestión que nos atañe, por cuanto que en la mayoría de los casos la lesión se presentará respecto de colectivos formados por intereses transindividuales, no por intereses individuales homogéneos.

A nivel de autorregulación, el CENP –Consejo Ejecutivo de Normas Padrón– es el encargado de aplicar las sanciones éticas según las diversas entidades profesionales que nuclea. Dichas sanciones se dirigen principalmente a velar por las buenas prácticas profesionales en o dentro del gremio.

Luego, también el Consejo de Ética del CONAR administra el sistema de autorregulación y sanciones para infracciones a sus disposiciones, según hemos visto más arriba (114). Las sanciones consisten en advertencias, reco-

una relación jurídica base; III. - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los resultantes de origen común”.

(112) Artículo 82. “Para los fines del artículo 81, párrafo único, son legitimados conjuntamente: I. - el Ministerio Público; II. - el Gobierno Federal, los Estados, Municipios y el Distrito Federal; III. - las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, mismo sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código”;

IV - las asociaciones legalmente constituidas hace por lo menos un año y que incluyan entre sus finalidades institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código, no siendo necesaria autorización por asamblea.

(113) Artículo 91. “Los legitimados de que trata el Artículo 82 podrán proponer en su propio nombre y por interés de las víctimas o sus sucesores, acción civil colectiva de responsabilidad por daños individualmente sufridos, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos siguientes”.

(114) Art. 51 § 1º “Compete privativamente ao Conselho de Ética do CONAR apreciar e julgar as infrações aos dispositivos deste Código e seus Anexos e, ao Conselho Superior do CONAR, cumprir e fazer cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética em proceso regular”.

mendación de alteración del anuncio publicitario y divulgación de la posición del CONAR (115).

Se dieron casos que fueron objeto de juzgamiento por involucrar publicidad sexista y cuestiones de género; en algunos el CONAR recomendó el retiro del anuncio, y con advertencia al anunciante (116); en otros casos, bastante disputados, el Consejo votó a favor de mantener el anuncio, pese a su contenido sexista y al parecer del relator del sumario (117).

Con todas sus deficiencias –la dispersión normativa y la superposición de competencias– la legislación brasileña es la más completa en materia de tutela contra la publicidad abusiva, y la que más da de sí, a la hora de juzgar su eficacia en cuanto a la corrección y sanción de las discriminaciones de sexo y las asimetrías de género.

D) En el Uruguay, hemos visto, la Ley N° 17250/00 de Defensa del Consumidor no contiene normas relativas a la publicidad abusiva y discriminatoria. La solución a los casos que se puedan plantear podría estar dada, como en el caso de la Argentina, sobre la base de las acciones de amparo constitucional y la aplicación de los instrumentos internacionales de DDHH, como la CEDAW y la Convención de Belem do Pará. No obstante, el operador del derecho deberá hacer un esfuerzo interpretativo e integrador de la normativa existente para obtener resultados que den respuesta adecuada a la problemática de la publicidad discriminatoria o sexista.

(115) Artigo 50. “Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus Anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades: a. advertência; b. recomendação de alteração ou correção do Anúncio; c. recomendação aos Veículos no sentido de que sustem a divulgação do anúncio; d. divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de Comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas”.

(116) Cad. 5, caso 19 Representação: nº 127/89 Denunciante: Conar, de ofício, mediante queixa de consumidor Denunciado: anúncio “Mude de Posição”; caso 34, Representação nº 080/92.

Denunciante: Conselho Superior do Conar, mediante ofício da Frente Feminina Parlamentar, da Câmara Municipal do Rio de Janeiro.

Denunciado: anúncio “Motel Amazonas”.

(117) Cad. 5, caso 29 Representação nº 047/92 Denunciante: Conar, de ofício Denunciado: anúncio “Amortecedor mal instalado é um perigo”.

No obstante ello, la autorregulación desde las asociaciones profesionales prevé en el Código de Prácticas Publicitarias de la Cámara de Anunciantes del Uruguay la sanción para la publicidad abusiva. No se establecen penas concretas, pero se dispone el acatamiento absoluto a las decisiones de la autorregulación (118). No se indica una entidad de aplicación en concreto, sino que se deja librada a la que se origine desde el consenso o concierto privado. Se aclara que las indemnizaciones exigidas o cumplidas de conformidad con la responsabilidad civil emergente del hecho no excluyen la aplicación de decisiones y sanciones por virtud de este cuerpo deontológico, como desde luego no podría ser de otro modo (119).

E) En España el régimen de control se establece desde el ámbito administrativo, jurisdiccional ordinario y profesional.

En cuanto a la tutela jurisdiccional, la LGP 34/1988 establece la acción de cesación y de rectificación, Art. 25. La naturaleza de la acción es inhibitoria, no resarcitoria. En la ley se prevé tanto la legitimación activa individual – Art. 25, num. 1 bis y num. 2 d), y Art. 29, num. 3, e)– como la colectiva –Art. 25 num. 2 y Art. 29, num. 2– cuando se trata de intereses colectivos o difusos, y a su vez dicha legitimación activa puede ejercerse desde órganos públicos como organismos privados, es decir, asociaciones de consumidores. La característica de esta legitimación activa pública es que se incluyen especialmente algunos organismos estatales, como la Delegación Especial de Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer y el Instituto de la Mujer, lo cual intenta asegurar la visión de género del denunciante. También se prevé, a través de la acción de rectificación, una suerte de reparación *in specie* de los efectos de la publicidad abusiva, con la publicitación de la sentencia, y la contra publicidad –Art. 31, inc. c) y d)–.

La ley establece que las sanciones de orden civil no excluyen otras acciones civiles, así como las administrativas y penales –Art. 32–; debemos

(118) Art. 20. “Respeto por las decisiones de autorregulación: Ningún anunciante, agencia publicitaria, medio y contratista, que publica, transmite, produce o distribuye avisos publicitarios, debe participar de la difusión de ningún aviso publicitario que haya sido encontrado inaceptable por el organismo autorregulador adecuado”.

(119) Art. 18. “Efecto de la indemnización posterior por contravención: Si bien una corrección subsiguiente y una indemnización adecuada a cargo del publicista por contravención del Código son deseables, no pueden excusar la contravención original del Código”.

entender esto en clara alusión a la indemnización de daños, que se ciñe a las reglas del derecho común. Ahora bien, esto no habilita a la legitimación colectiva de acciones civiles de indemnización de daños.

Por su parte la LGDC 26/1984 establece sanciones administrativas para las infracciones en materia de consumo, sin perjuicio de las civiles y penales –Art. 32– y, como ya lo hemos visto más arriba, se considera infracción aquellas conductas discriminatorias referidas especialmente a las previsiones para la igualdad efectiva de hombres y mujeres –Art. 34, num. 10–. Las sanciones administrativas se concretizan principalmente en multas.

Finalmente se prevé una acción de cesación a falta de normativa especial específica –Art. 3º de las Disposiciones Adicionales–; lo cual significa que en materia de publicidad, donde existe la normativa específica, esta norma precitada no se aplica.

En cuanto a la acción de indemnización de daños, la prevista en la LGDC, estatuye la legitimación individual (120) y además, aunque pueda ser tanto contractual como extracontractual, el daño debe darse en una relación concreta de consumo –Art. 25–, lo que impediría la tutela efectiva de daños a intereses difusos o colectivos, si el daño proviene de la acción de agentes o anunciantes publicitarios y el individuo o colectivo dañado no es efectivo consumidor del producto o servicio. La actuación de las asociaciones de consumidores por vía de sustitución, permitida por el Art. 20 bis num. 1 y 3 de la ley, en procesos de defensa de los intereses de sus asociados afectados sería la vía posible para “colectivizar” el reclamo, pero aquí encontraríamos nue-

(120) El Art. 2º bis 3 pareciera introducir la tutela colectiva cuando, leído a *contrario sensu* lo allí establecido: “...las asociaciones [...] que no reúnan los requisitos [...] solo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores...”. Se podría interpretar que las asociaciones que sí han sido constituidas conforme con la ley, pueden representar los intereses colectivos o difusos. Como la norma no establece limitación del tipo de acción, tal vez pudiera aplicarse también a la acción de daños; se reforzaría esta interpretación con la lectura conjunta del numeral 1, que dispone como finalidad de las asociaciones la “..defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores [...] bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados. La interpretación propuesta de las normas citadas tropieza, sin embargo con la contenida en el Art. 25 y otras concordantes. No se tiene noticia de jurisprudencia en el sentido propuesto.

vamente como obstáculo la necesidad de una relación de consumo concreta y el carácter de asociado del perjudicado. Como vemos, tratándose de intereses difusos y colectivos, esta solución es harto deficiente e insatisfactoria.

En materia de autorregulación, el Código de Conducta Publicitaria de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, contiene prescripciones de control sobre la actividad publicitaria de sus asociados, estatuyendo un jurado compuesto por personas particulares acreditadas; su función es tanto consultiva cuanto juzgadora de conflictos suscitados entre sus asociados o con terceros y sus resoluciones son vinculantes para todos los asociados, ya sean parte o no del conflicto particular planteado.

F) A nivel europeo, la Resolución 1557 de 2007 sobre Imagen de la Mujer en la Publicidad, de la Asamblea Parlamentaria, Consejo de Europa, ha encontrado que la regulación de la publicidad sexista y discriminatoria, así como del uso de la imagen de la mujer en la publicidad es inadecuada en toda Europa. Sobre esta base, ha hecho una serie de recomendaciones, que encuentran su antecedente en instrumentos anteriores, como la Recomendación 1555/2002 respecto de la Imagen de la Mujer en los Medios y el Reporte del Comité de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, sobre la Imagen de la Mujer en la Publicidad de 21 de mayo de 2007, Doc. 11286.

En la Resolución 1557/2007 se exhorta a los Estados a tomar acciones legislativas concretas que den solución efectiva al problema, y, entre otros, se propone que el control sea administrativo, civil y penal; a este último efecto se solicita la penalización de la discriminación de la mujer en los medios; se propugna que se generalice la legitimación colectiva y se dote a las asociaciones de mujeres del derecho de presentar reclamos; que se fomente a nivel nacional la introducción o refuerzo de los sistemas de autocontrol y se dicten cuerpos normativos éticos en correspondencia; que se vuelvan más vinculantes y coercitivas las decisiones tomadas por las autoridades de control de estándares publicitarios.

5. La constitucionalidad de este tipo de regulaciones en nuestro Derecho Paraguayo

Como bien lo hemos hecho notar, la regulación de la publicidad abusiva es deficiente en nuestro país. El control administrativo *ex post* es cuasi inexistente; la tutela civil peca por defecto de acciones resarcitorias adecuadas, que incluyan la legitimación colectiva.

No existen normas penales que repriman la publicidad discriminatoria o sexista.

La pregunta que nos debemos hacer es si la introducción de este tipo de normativa sería constitucional desde la perspectiva de nuestra ley fundamental.

Podemos sostener con la doctrina que, en general, la publicidad no ha interesado a los constitucionalistas y que como consecuencia de este abandono no se ha producido un desarrollo adecuado de la normativa publicitaria(121).

En este sentido debemos examinar el texto constitucional y recordar que los derechos fundamentales son universales y paritarios; es decir, no existen entre ellos rangos ni jerarquías de subordinación; lo cual exige que la posible colisión entre sus respectivos ámbitos se derive necesariamente en una recíproca y mutua coordinación, y en “sacrificios” o limitaciones simultáneos y simétricos.

Así, el Art. 25 consagra en forma genérica la libertad de expresión y el Art. 26 lo hace en concreto respecto de la libertad de difusión del pensamiento y la opinión, sin censura alguna, y sin más limitaciones que las impuestas por la propia Constitución; pero a su vez el Art. 27 establece que el empleo de los medios masivos de comunicación social es de interés público, agregando *in fine* que la publicidad será regulada por ley a los efectos de la mejor protección de los derechos del consumidor y de la mujer, entre otros. Concordante con este último punto, el Art. 48 consagra la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer y establece la obligación del Estado de crear los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva. Finalmente el Art. 38 contiene una protección especial de los intereses difusos, estableciendo la legitimación *ad populum* para que cualquier persona pueda reclamar, individual o colectivamente, medidas de protección; y ello refiriéndose expresamente a los intereses del consumidor. Y aunque no hace alusión concreta a los derechos de la mujer, al enunciar genéricamente a “... otros que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad...”, podemos considerar que se encuentran implícitamente abarcados en su texto. Finalmente también debemos

(121) Balaguer, María Luisa; Balaguer, 2003: “La regulación y el control de la publicidad en el ordenamiento jurídico constitucional español”, Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, número 21.

aludir a la protección brindada a la intimidad y la dignidad humana que se consagra en el Art. 33.

Con la enunciación de todas estas normas constitucionales se puede decir que una adecuada regulación de la actividad publicitaria, en orden al efectivo respeto de los derechos fundamentales, individuales y colectivos, es perfectamente congruente con el ordenamiento constitucional. Desde luego, la censura previa de los anuncios y campañas publicitarias estará proscrita, pero no la reacción *ex post*, para corregir las inconductas.

6. Propuesta normativa

Vista la dispersión y falta de coordinación orgánica de las normas, creemos que es necesario proponer una regulación unitaria y especializada de la publicidad, en la cual se preste atención, entre otras cuestiones, a la problemática que plantea la discriminación por razón de sexo, los sexismos en los medios masivos de comunicación y el abuso del empleo de la imagen de la mujer en tales medios.

Una normativa apropiada debería contener una conceptualización adecuada de lo que debe entenderse por publicidad, a los efectos de tener bien delimitado el hecho social y jurídico que se quiere regular.

Luego deberá contener una clara definición de la publicidad abusiva, incluyendo expresamente la prohibición de la operativización de la discriminación por razón de sexo, la publicidad sexista y la contraria a las pautas de educación social y cambio de parámetros patriarcales, conforme con el mandato expreso de los instrumentos internacionales –CEDAW; igualmente deberá contener la proscripción de toda forma de incitación, tolerancia o mistificación de la violencia de género en todas sus formas.

Se deben prever acciones y sanciones en todo orden: administrativas, civiles y penales. La legitimación debe ser individual y colectiva, tanto de asociaciones de consumidores, de mujeres, como la de los órganos públicos que se designen al efecto –Ministerio Público, Secretaría de la Mujer–. La legitimación colectiva debe incluir los intereses colectivos y difusos, y dentro de éstos la problemática de género debe ser caracterizada como interés transindividual público. La norma debe reflejar estas distinciones.

La competencia debe ser única y uniforme en cuanto a las autoridades de aplicación de la ley, dentro cada ámbito específico –administrativo, civil,

penal—; sin multiplicar, dispersar ni superponer funciones. No obstante ello, se debe facilitar el acceso a la denuncia y a la justicia; a tal efecto se deben prever mecanismos de descentralización de las denuncias, creando estructuras en las autoridades departamentales y municipales, las cuales deberán proceder de oficio ante los órganos centrales competentes. Esto también posibilitará el acceso a la justicia de personas de escasos recursos.

Conclusiones

1. Es preciso definir claramente la conceptualización de la publicidad en el ordenamiento jurídico, a los efectos de precisar el fenómeno que se ha de regular, lo cual ha de servir para esclarecer el ámbito de su aplicación. La mayoría de las legislaciones examinadas, entre ellas la paraguaya, adolecen de esta deficiencia.

2. En el Paraguay —y también en otros países de la región, como Argentina y Uruguay— la normativa referida a la conceptualización y prohibición de la publicidad abusiva es insuficiente y poco enérgica. Nuestra legislación contiene ejemplos mucho más radicales de normas prohibitivas expresas y concretas, referidas a conductas o hábitos que se consideran como socialmente inaceptables; falta aquí la voluntad social o político-legislativa para modificar adecuadamente la norma hacia un marco instrumental más adecuado en orden de prevenir y erradicar la discriminación, las asimetrías y la violencia de género.

3. La publicidad no es neutral desde el punto de vista social, cultural y valorativo; es un fenómeno social que exorbita lo meramente jurídico contractual o de mercado. En el caso particular de las relaciones de género y las cuestiones planteadas por el componente de sexo, esta incidencia adquiere connotaciones de gran envergadura. El reconocimiento de esta realidad ha tomado cuerpo en y desde distintas instituciones. Esta facultad o poder de conformación de lo cultural no es casual, sino que es un fin directamente buscado y perseguido, es decir, no es un efecto colateral meramente incidental en el quehacer publicitario, sino que constituye un objetivo específico del mismo. La discriminación operada a través de los medios y de la publicidad genera, a su vez, otros subproductos que afectan los derechos individuales y cuya permanencia en la sociedad es indeseable, y constituye, por lo tanto, un fenómeno relevante y atinente a lo jurídico en cuanto medio de ordenamiento de las conductas. Uno de los subproductos más indeseables de este problema es la violencia de género

4. El sistema de protección paraguayo contra la publicidad abusiva y las acciones de tutela que permite es deficiente, disperso e incompleto. Una regulación legislativa coherente exige la formulación de una ley unificada respecto de la publicidad, y sus fenómenos asociados directa e indirectamente.

5. Se puede decir que una adecuada regulación de la actividad publicitaria, en orden al efectivo respeto de los derechos fundamentales, individuales y colectivos, es perfectamente congruente con el ordenamiento constitucional.

6. Es necesario proponer una regulación unitaria y especializada de la publicidad, en la cual se preste atención, entre otras cuestiones, a la problemática que plantea la discriminación por razón de sexo, los sexismos en los medios masivos de comunicación y el abuso del empleo de la imagen de la mujer en tales medios.

Bibliografía

Arroyo Vargas, Roxana; las Normas sobre Violencia contra la Mujer y su Aplicación; Universidad Nacional CEM- MUJER, San José, 2002.

Barba, Angelo; La Disciplina Dei Diritti dei Consumatori e degli Utenti; Ed. Jovene Editore; Napoli, 2000.

Berkovitz, Rodrigo/Salas, Javier; Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ed. Civitas, Madrid, 1992.

Graziuso, Emilio; la Tutela del Consumatore contro le Clausole Abusive; Ed. Giuffrè, Milano, 2002.

Facio, Alda; Cuando el Género Suena, Cambios Trae; ILANUD, San José. 1999.

Farina, Juan M.; Defensa del Consumidor y del Usuario; Ed. Astrea, Bs. As. 2004.

Fernández Arroyo, Diego/Moreno Rodríguez, José; Protección de los Consumidores en América; Ed. La Ley, Asunción, 2007.

ILANUD UNIFEM; Caminando hacia la Igualdad Real, Manual en Módulos, San José, 1997

Lanni, Sabrina; *América Latina e Tutela del Consumatore*; Ed. Giuffrè, Milano, 2005.

De León Arce, Alicia; *Derechos de los Consumidores y Usuarios*; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Lorenzetti, Ricardo Luis/Schötz, Gustavo Juan (Coordinadores); *Defensa del Consumidor*, Ed. Ábaco, Depalma, Bs. As., 2003.

Massaguer, José; *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*; Ed. Civitas, Madrid, 1999.

Rinessi, Antonio Juan; *Relación de Consumo y Derechos del Consumidor*; Ed. Astrea, Bs. As., 2006.

Ruffolo, Ugo; *La Tutela Individuale e Collettiva del Consumatore*, Ed. Giuffrè, Milano, 1986.

Stiglitz, Gabriel (Director); *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios*; Ed. La Roca, Bs. As., 2001.

Sciancalepore, Giovanni/Stanzione, Pascuale; *Prassi Contractuali e Tutela del Consumatore*, Ed. Giuffrè, Milano, 2004.

Legislación y Compilaciones:

Derechos Humanos en el Paraguay, Coordinadora de Derechos Humanos en el Paraguay, Asunción 2005.

Informe Sombra CEDAW; CLADEM CMP CDE; Asunción, 2005.

Legislación de Consumo, Ed. Tecnos, Madrid, 2007.

Normas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos; Coordinadora de Derechos Humanos en el Paraguay, Asunción 2002.

