



UNIVERSIDAD MICHOACANA DE
SAN NICOLÁS DE HIDALGO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO DE LA INFORMACIÓN

LA PERTINENCIA DE LA REGULACIÓN DE LOS MENSAJES
PUBLICITARIOS EN MÉXICO

TESIS

Que para obtener el grado de Maestro en Derecho de la Información presenta:

L.C.C. ELSA ANGÉLICA ZEPEDA OLALDE

Asesor:

Doctor en Estudios Romances Juan Carlos González Vidal

Co-asesor:

Maestro en Derecho de la Información Leonel García Tinajero

Morelia, Michoacán, agosto, 2014

ÍNDICE

Resumen /Abstract	3
Introducción	4
1. Capítulo primero. Publicidad	7
1.1. Mercadotecnia y publicidad.....	7
1.2. Breve historia de la publicidad.....	18
1.2.1. Datos históricos de la publicidad.....	19
1.2.2. La publicidad y su regulación (siglos XIV-XX).....	22
1.2.3. Tendencias en la publicidad (1900-1970).....	24
2. Capítulo segundo. Regulación del contenido de los mensajes publicitarios	30
2.1. México.....	31
2.1.1. La publicidad en la concepción jurídico-mexicana.....	31
2.1.2. Aspectos legales de los mensajes publicitarios en México.....	37
2.2. Referente España.....	47
2.2.1. Derecho de la Publicidad.....	47
2.2.2. Ley General de la Publicidad.....	52
2.2.2.1. Publicidad ilícita.....	53
2.3. Autorregulación.....	65
3. Capítulo tercero. La publicidad como objeto del Derecho de la Información	75
3.1. La actividad publicitaria y los sujetos.....	79
3.2. Los mensajes publicitario como objeto de estudio.....	85
3.3. Derecho a la información de los consumidores.....	93
Conclusiones	112
Fuentes Informativas	117
Anexos	123

RESUMEN

La investigación se basa en la tarea del Derecho de la Información en la actividad publicitaria, específicamente en el contenido de los mensajes que emite. El objetivo de la tesis es la conceptualización sobre el tema en las dos áreas. Para la investigación se realizó un panorama general frente al caso de España, incluyendo la creación de la ciencia jurídica de Derecho de la Publicidad que estudia el ordenamiento legal general de la actividad publicitaria. Se analiza la perspectiva desde el Derecho de la Información tanto a los consumidores como a las empresas con respecto al contenido de los mensajes publicitarios comerciales y el tema de la autorregulación, con sus beneficios y desventajas para los sujetos involucrados.

Palabras clave: iusinformación, publicidad, mensajes, mercadotecnia, regulación.

ABSTRACT

The research is based on the work of the Information Law in the advertising activity, specifically in the content of the messages. The aim of the thesis is the conceptualization of the subject in the two areas. For an overview of the research was conducted against the case of Spain, including the creation of legal science of Advertising Law that studies the general legal system of advertising . Similarly is analyzed from the perspective of Information Law for both consumers and businesses regarding the content of commercial advertisements and the issue of self-regulation, with its benefits and disadvantages for the subjects involved.

Keywords: Information Law, advertising, messages, marketing, regulation.

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta investigación es orientar al lector en la relación que existe entre el Derecho de la Información y la publicidad desde una fundamentación científica, a través de reflexiones de conceptualizaciones de ambas materias.

En esta investigación pretendemos concientizar sobre la problemática que existe por la escasa regulación federal sobre la publicidad comercial, no sólo desde el punto de vista del consumidor, sino de todos los involucrados en este ciclo mercadológico con el que vivimos.

El Derecho de la Información cada día gana más terreno en el área de la comunicación, en la búsqueda de la insaciable justicia que necesita el hombre para convivir, sin embargo, se ve opacado algunas veces por la desinformación, llámese errónea, incompleta o falsa de los emisores.

Para esta investigación tomaremos referencia de las relaciones existentes entre los campos de la comunicación, mercadotecnia y Derecho de la Información con nuestro tema central: la publicidad. Analizaremos la pertinencia que existe en la regulación jurídica sobre la materia, si es suficiente para evitar la desinformación y manipulación a los receptores.

El mensaje es la idea que se transmite, pero para reforzar lo dicho, ésta debe ser lo más cercano a la realidad y a la verdad posible, ya que en la publicidad lo que se pretende es posicionar un producto, para que en el momento que el consumidor tenga la necesidad de adquirir un bien o servicio, sea ese el que adquiera.

Cuando hablamos de publicidad no podemos dejar de lado la mercadotecnia, ya que pertenece a una de sus ramas y funciones, después de hacer un estudio de mercado y encontrar las necesidades que tiene el consumidor a través de la publicidad se comunica a los posibles consumidores sobre el producto. El problema radica en mostrar las bondades y beneficios de dicho bien o servicio, la publicidad cae en la mentira, engaño y obviamente en la desinformación.

Pretendemos crear un panorama general de la situación actual del país con el antecedente que existe en España, lugar en donde se realizó desde 1964 el Estatuto de la Publicidad para integrar de manera legislativa en un único compilado las especificaciones con respecto a la materia, que luego tuvo un resurgimiento con la Ley General de Publicidad, e incluso como ciencia jurídica en el momento de la creación del Derecho de la Publicidad en donde se estudia el fenómeno informativo publicitario desde su ordenamiento legal.

El horizonte que nos muestra la *iusinformación* para la publicidad es amplio y desconocido por la mayoría. Pretendemos que esa conciencia de la que hablamos al principio pueda facilitar una determinación conceptual del Derecho de la Información y de la publicidad para responder a las demandas sociales que se han ganado estos campos tan poco investigados en nuestro país.

Para realizar la investigación nos planteamos las siguientes hipótesis:

En México existe una escasa y vaga regulación jurídica sobre la información que contienen los mensajes publicitarios comerciales. Este factor propicia que tales mensajes se construyan con base en una función conminativa, sin importar la pertinencia ética del contenido.

Una regulación más precisa en la materia, derivaría en una construcción publicitaria socialmente más pertinente.

Entonces bien, los objetivos que tenemos al término de la investigación son:

OBJETIVO GENERAL.

Analizar la regulación jurídica mexicana sobre la información de los contenidos de los mensajes publicitarios comerciales.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Determinar si es suficiente la regulación en los mensajes publicitarios en México.

- Establecer la necesidad de la existencia de conceptualización y tipología sobre publicidad ilícita.

Una vez planteados nuestros objetivos, diseñamos un esquema preliminar en el que primeramente se conceptualiza el tema de publicidad, de modo podamos notar la diferencia entre mercadotecnia y publicidad. Es importante hacer un recuento breve sobre la historia de la publicidad para tener un panorama de general del tema para abordar nuestro siguiente punto neural, la regulación del contenido de los mensajes publicitarios, en donde tenemos la tarea de ubicar al lector en la concepción jurídica en la que se encuentra nuestro país. Haremos referencia la situación que vive España acerca del tema, para darnos cuenta de la evolución que han logrado ellos con base en las conceptualizaciones que tienen sobre el tema con una base jurídica; complementaremos el capítulo con la autorregulación en ambos países, que ha sido un factor importante para las empresas anunciantes como un control de prevención para evitar la publicidad ilícita. Para concluir con nuestra investigación abordaremos el tema que nos ocupa, que es la publicidad como objeto del Derecho de la Información, en donde ubicaremos las características de la actividad publicitaria, los mensajes publicitarios y el derecho a la información de los consumidores conforme a esta herramienta de mercadotecnia con algunos ejemplos de casos en los que los receptores se han visto afectados y la resolución de los mismos.

Analizaremos pues, en forma clara y ejemplificada, el papel de la publicidad en la sociedad con una base jurídica desde el punto de vista del Derecho de la Información.

Los anexos se incluyen con la finalidad de que nuestros lectores visualicen algunas de las causas de los problemas que se encuentran en la publicidad desde la perspectiva legal, al igual que para ilustrar de manera clara su historia.

CAPÍTULO PRIMERO

PUBLICIDAD

Mercadotecnia y publicidad, dos conceptos distintos que son confundidos por algunos como sinónimos. La tarea que tenemos en las siguientes líneas es aclarar la definición de estos dos tópicos. La publicidad se desprende de un plan mercadológico y su finalidad es la comunicación de un mensaje específico para lograr la persuasión y posicionamiento de una marca, de un producto o de ambos.

Culpamos a la publicidad por algunos males que aquejan a la sociedad, sin embargo tiene una doble causa benéfica. Primero, para quienes tienen algún tipo de empresa que necesita comunicar a los consumidores potenciales las ventajas de sus productos o dar a conocer su marca. Causa segunda, la sociedad tiene una opción de información para tomar decisiones acerca de sus elecciones sobre la oferta de mercado.

La finalidad de la publicidad es posicionar un producto o marca en la mente de los consumidores, llámense potenciales o efectivos, con base en las motivaciones y la creatividad para generar una necesidad.

En la historia, la publicidad ha estado implícita por la necesidad de comunicar ideas, inventos, productos y posicionarlos en los receptores. Mientras tanto, la creatividad de los publicistas ha crecido a lo largo del tiempo, cada día salen al mercado nuevos productos y los mensajes que nos envían van paralelos al contexto que se vive en la sociedad receptora.

1.1. Mercadotecnia y publicidad

Una empresa que ofrece productos a la venta, ya sea bien o servicio, tiene la finalidad de la venta, está dirigido a un mercado específico para satisfacer una necesidad o deseo.

Con necesidades nos referimos a lo que es indispensable para la sobrevivencia de la persona, mientras que los deseos son necesidades adquiridas por el contexto que se vive, por conveniencia o gusto.

La mercadotecnia es un proceso administrativo, psicológico y comunicativo que da solución a las empresas para dar a conocer los productos que satisfarán esas necesidades o deseos. Es una actividad humana que se lleva a cabo en relación con los mercados para realizar intercambios potenciales para la satisfacción de necesidades y deseos (Russell & Lane, 1989). La mercadotecnia busca una relación con sus clientes, una identificación con el consumidor para la lealtad de éste, que desemboca en ventas seguras a largo plazo.

Tiene como finalidad la persuasión y posicionamiento de la marca en los consumidores potenciales, incluso en la sociedad general.

La persuasión radica en la manejo de la comunicación para modificar las actitudes de las personas, a través de mensajes que repercuten en el juicio sobre lo persuadido. Es un perfil que sintetiza lo que opinamos sobre algo y tomamos una actitud frente a ello: si preferimos una marca, si estamos a favor de una ideología y actuamos con base en ella.

La persuasión es siempre una actividad consciente (Reardon, 1991), los mercadólogos y publicistas tienen como meta persuadir a los consumidores potenciales sobre las ventajas de sus productos con respecto a sus competidores y los beneficios generales que pueden aportar para la satisfacción de sus necesidades y deseos. Depende de la ética con la que estén formados, como personas, empleados y empresa será la manera de modificar la actitud sin resultar ser manipulación o engaño.

Las motivaciones son un punto estratégico para persuadir a las personas, pues la satisfacción de necesidades y deseos se ven reflejados en ellas: la comida, bebida, comodidad, libertad de temor y peligro, ser superior, compañía, bienestar de los seres amados, aprobación social y vivir más (Watson, 1980).

Las necesidades y deseos se ven manifestadas en las motivaciones que los mercadólogos utilizan para persuadir a los clientes potenciales sobre su marca o productos. Las promesas se dejan ver en el momento de elegir una estrategia de mercadotecnia.

Acto seguido de la persuasión es el posicionamiento. Ya que se logró persuadir de los beneficios y ventajas de la marca o producto, es momento de tatuarlo en la mente de las personas.

El posicionamiento consiste en “arreglar una oferta de tal forma que ocupe un lugar claro, distintivo y deseable en el mercado y en la mente del consumidor” (Russell & Lane, 2001). La posición que tenga en la mente del consumidor o de la sociedad la marca o producto.

Las personas estamos durante la vida tomando decisiones, entre ellas la elección de productos que el mercado nos ofrece. La mercadotecnia utiliza el posicionamiento para adquirir un lugar en la mente del consumidor y la recuerde en el momento de la decisión de compra, incluso de recomendación.

Existen productos que los nombramos por su marca. Dice una de las leyes inmutables de la mercadotecnia que “es mejor ser el primero en la mente, que el primero en el punto de venta” (Ries & Trout, 1993).

Las marcas y los productos llegan a apropiarse de palabras que engloban el concepto de ellos, con herramientas creativas y repetición, para lograr el posicionamiento en la mente de los consumidores potenciales.

Para alcanzar estas dos metas, la mercadotecnia se debe valer de las herramientas que suman la psicología con la administración, cuya fusión resulta en una mezcla mercadológica.

Un concepto fundamental en la mercadotecnia es la llamada “mezcla de mercadotecnia” o “4P” (producto, precio, plaza y promoción). Son los conceptos básicos de los que desglosan elementos como la segmentación de mercados, venta, establecimiento meta, diseño, posicionamiento, persuasión y nuestro objeto de estudio: la publicidad.

Las 4P son variables controlables, la empresa las moldea dependiendo de las necesidades y gustos del mercado. Las empresas tienen la ventaja de modificarlas y perfeccionarlas dependiendo de los resultados que arroje cada plan mercadológico con los agentes directos e indirectos que participan en él.

El producto, la primera P y la más importante, son los bienes o servicios que se ofrecen al mercado. Llamamos bien a todos los productos tangibles, y servicio a los intangibles, por ejemplo una idea o la asistencia de alguien a través de sus conocimientos.

El producto es cualquier cosa que se ofrece en el mercado para la atención, adquisición, uso o consumo capaz de satisfacer una necesidad o deseo. Los productores están interesados por el concepto de un producto ideal, porque mientras mayor sea la satisfacción del consumidor, más éxito tendrá el producto y la marca (Russell & Lane, 2001).

El segundo elemento de la mezcla de mercadotecnia es el precio. La fijación de precios de los productos representa la recuperación del costo y una ganancia. El precio se establece en relación con el costo, la demanda y la competencia.

Es un instrumento importante para las empresas, porque de ahí se derivan los costos de producción, incluyendo los servicios que le ofrecen sus empleados, proveedores, material, entre otros.

El precio representa también el valor que se le da al producto, lo que implica de manera personal a los consumidores. Por consiguiente el precio debe ser proporcional a la satisfacción del consumidor, para que la relación comercial con el cliente sea duradera (Berenyi, 1992). El precio es el único elemento de la mezcla de mercadotecnia que produce ingresos, ya que los otros representan costos para las empresas que con el precio se solventan, entre ellos la publicidad.

La plaza, como tercer componente de la mezcla de mercadotecnia engloba a la colocación del producto, de tal manera que sea disponible en la forma más efectiva para el cliente (Berenyi, 1992). Se refiere al punto de venta del producto, el lugar donde se ofrece depende del mercado, a través de un análisis de los lugares que frecuenta el consumidor potencial. La ubicación del producto se decide desde la segmentación geográfica hasta el lugar en un anaquel de venta.

La cuarta P en la mezcla de mercadotecnia es la Promoción, es la actividad que consiste en la comunicación a través de la publicidad y los vendedores para intensificar la venta de los productos (Berenyi, 1992).

La promoción es el punto clave la mercadotecnia, consiste en dar a conocer el producto con los clientes potenciales para realizar intercambios y relaciones entre ellos.

La promoción consiste en transmitir información entre los vendedores y los compradores potenciales u otros miembros del canal de distribución con el fin de influir en sus actitudes y comportamiento. (Gil, Palacio, & Rueda, 2000)

La promoción se puede realizar a través de publicidad, ventas personales, promociones, exhibiciones, diseño, todo lo que se pueda exponer ante los consumidores potenciales. Fomenta las ventas del bien o servicio a través de la información y la creatividad. La clave es proporcionar información que pueda ser útil a sus clientes o a los nuevos posibles (Miller, 2011). Esto ayuda a consolidar su campaña como la autoridad en cuanto a ese tema, creando un posicionamiento.

Busca llamar la atención de las personas para crear una curiosidad y sea el consumidor potencial quien busque información sobre el producto o marca. La publicidad pertenece a este rubro de la mezcla de mercadotecnia. Es el último eslabón en la cadena de la estrategia de la empresa para aumentar la preferencia de la marca y proporcionar al rendimiento sobre la inversión.

La publicidad “es toda transmisión de información impersonal y remunerada, efectuada a través de los medios de comunicación de masas, (...) y cuyo mensaje es controlado por el anunciante” (Gil, Palacio, & Rueda, 2000), como mencionábamos con anterioridad es una variable controlada por la empresa.

La publicidad como un tipo de comunicación pagada y masiva, envía un mensaje por un canal adecuado y conveniente para el anunciante, de manera que llegue la información de manera efectiva a los receptores deseados. Como estamos hablando de comunicación, debe existir retroalimentación que serán la persuasión y posicionamiento de la marca.

La mercadotecnia proporcionó a la publicidad una mayor precisión y una necesaria vinculación con otras acciones de mercado; aunque también corría el riesgo de ser interpretada únicamente como un instrumento de la venta, más que del incremento de valor, o de minimizar o ignorar otras tantas misiones. (Eguizábal, 2010)

La publicidad tiene como función el aumento de las ventas de los productos, pero si analizamos puede desembocar en la generación de ventas en distribuidores al detalle como comercios pequeños, aumenta el prestigio a la empresa, al distribuidor, puede establecer un vínculo de confianza entre producto y cliente.

Incluso desde la perspectiva de la doctrina legal, se dice que la publicidad puede considerarse como una importante forma de información que debería desempeñar un papel positivo, para participar en el desarrollo de la industria y el comercio, racionalizar el consumo orientándolo de acuerdo con las necesidades sociales (López Ayllón, 1984, 44-46).

Para lograr una buena publicidad se necesita que el mensaje tenga la información necesaria y la creatividad para llamar la atención de los receptores.

La publicidad es una síntesis de una obra persuasiva intelectual completa expresada en un medio como lo son los espectaculares, carteles, folletos, anuncios televisivos, radiofónicos, banners en internet, entre otros.

Entre el contenido de un anuncio publicitario se encuentran la historia que comprende la totalidad del mensaje, es la obra completa del anuncio publicitario con el objetivo de apoyar a la comercialización del producto; la imagen, es una ilustración dibujada, fotografiada, animada, en collage o trazos, audioprocesada o videograbada, cifrada, desarrollada y situada en la mente del consumidor, que tiene como función contextualizar el mensaje principal; en el caso de los titulares funcionan como estimulación de la atención de los receptores por medio de caracteres o palabras de diferentes tipografías y tamaños; los subtitulares complementan la función del titular y reforzar el efecto de llamado de atención: el texto desarrollado en forma expositiva descriptiva o narrativa, conjunto de aseveraciones que forman el hilo conductor del mensaje y está provisto de

entrada cuerpo y cierre; el epígrafe expone brevemente al pie o dentro del área de la imagen la procedencia del contenido, su explicación o identificación del autor del diseño; los *blow outs* son signos que emplean para resaltar detalles o características sobresalientes de un anuncio publicitario; el slogan es el lema o leyenda que sintetiza en una oración, o incluso palabra, la idea principal del contenido publicitario. Sirve como un elemento redundante de la imagen corporativa; el logotipo es el producto de diseño gráfico que simboliza la imagen institucional, sintetiza a través de un medio o un icono simplificado y desarrollado con una imagen que tenga alto grado de recordación para simbolizar la marca. Es la versión gráfica de la imagen. (Figueroa, 1999).

El papel de la publicidad sigue siendo informar y convencer, pero también seducir y persuadir. Las técnicas han evolucionado, y la necesidad y conveniencia de la creatividad en la ejecución publicitaria es hoy ya incuestionable. Para esa creatividad sea verdaderamente eficaz necesitamos que esté al servicio del producto y su estrategia de una idea vendedora; que comunique y que sea atractiva, que no aburra.

Hay estudios rigurosos que demuestran que la publicidad más atractiva consigue motivar al consumidor para que compre. Existe una relación directamente proporcional: cuando el anuncio gusta más, vende más. (Bassat, 2010)

Un estímulo sirve de impulso a una motivación o de superación de un freno. Y en la concepción creativa de la campaña deberá convertirse en la diferencia significativa.

Para que el estímulo publicitario produzca los efectos deseados debe basarse en un beneficio y/o promesa.

El beneficio es casi siempre de índole racional (atributos, cualidades, hechos, etc.). La promesa es casi siempre emocional (sentimientos, emociones, evocación, etc.). El conocimiento y la actitud son los efectos de una causa llamada promesa-beneficio. Ambas, promesa y beneficio justifican la solución que el producto o el servicio ofrecen al público objetivo publicitario y nos conducen al concepto creativo, entendido como la representación intelectual de un objeto o de un producto. (Ricarte, 1999)

“Hablar de publicidad es hablar de comunicación, de difundir un mensaje” (Treviño, 2000) el mensaje es la idea que se transmite, pero para reforzar lo dicho, ésta debe ser lo más cercano a la realidad y a la verdad posible, ya que en la publicidad lo que se pretende es posicionar un producto, para que en el momento que el consumidor tenga la necesidad de adquirir un bien o servicio.

Cuando hablamos de publicidad no se puede dejar de lado la mercadotecnia, pertenece a ella la publicidad, después de hacer un estudio de mercado y encontrar las necesidades que tiene el consumidor a través de la publicidad se comunica a los posibles consumidores sobre el producto. El problema radica que por mostrar las bondades y beneficios de dicho bien o servicio, la publicidad cae en la mentira, engaño y obviamente en la desinformación a través del contenido de los mensajes publicitarios.

Los publicistas tienen la obligación de hacer un mensaje publicitario atractivo para que los consumidores tengan la curiosidad de conocer la información que pueda brindar el mensaje y saber más del producto para tener la capacidad de decisión de consumirlo o recomendarlo.

La publicidad puede considerarse como una importante forma de información que debería desempeñar un papel positivo, para participar en el desarrollo de la industria y el comercio, racionalizar el consumo orientándolo de acuerdo con las necesidades sociales (López Ayllón, 1984, 44-46).

La publicidad debe cumplir con la función de informar al público en general sobre el producto o marca anunciada. Es decir, la publicidad es una herramienta que utilizan las empresas para dar a conocer las características, bondades, beneficios de sus productos a todos los receptores que pueda tener en su mensaje. A través de estos mensajes que se envían, llamará la atención y crearán el interés por la información vertida en el mensaje y de ahí se filtrará el público en general a un nicho de mercado interesado en la marca o producto.

El nicho de mercado ya segmentado interesado en el anuncio o que fue capaz la publicidad de captar su atención será informado sobre el producto para lograr la persuasión y el posicionamiento.

La persuasión se presenta en dos niveles en la publicidad, el primero es captar la atención de los clientes y en segundo convencer sobre la información que se da en el mensaje. Así, aunque pueda resultar extraño o incoherente, la publicidad tiene una función social.

La función social de la publicidad comercial se ha desvirtuado, aunque su objetivo es en persuadir y posicionar, tiene la tarea de informar al público en general sobre el producto o marca. Es necesario para ambas partes informar y recibir información sobre los bienes y servicios que existen en el mercado para tomar decisiones analizadas.

La función social de la publicidad comercial la hemos visto desvirtuada por la realidad en la que nos encontramos. El objetivo de la publicidad se ha convertido en eludir la conciencia crítica de los consumidores de la publicidad, se manejan como necesidades imperantes para la vida de las personas y aseguran satisfacerlas a través de la compra de productos. “Al mismo tiempo, la publicidad comercial configura la imagen humana de las personas a las que se dirige. Forma estereotipos y “educa” a la persona para que llegue a creer que la solución de los problemas se da a través del consumo, y no por medio de la creatividad, la actividad y la iniciativa.” (López Ayllón, 1984: 44)

Así, podemos decir que la publicidad es una expresión social y comercial, algunas empresas necesitan de esta herramienta para dar a conocer su marca o producto para persuadir, posicionar y vender a través de la información. Las personas tenemos la necesidad de adquirir productos y depositamos nuestra confianza y dinero en una compra. Sin embargo la compra o la adquisición de un servicio debe ser informada y la publicidad se encarga de proporcionar algunos datos necesarios.

Como una expresión social y comercial es nuestra tarea comprender que la publicidad pertenece al sistema integral de la mercadotecnia, como parte de la

comunicación que se envía a los receptores para persuadir y posicionar el producto anunciado.

La publicidad es, entonces, un tipo de comunicación de masas que se transmite por distintos medios para lograr transmitir el mensaje a un gran número de personas. Entendemos pues por comunicación de masas al proceso por el que se elaboran y transmiten mensajes al gran público. Los denominados medios de comunicación de masas o *mass media* son los encargados de llevar dicha tarea. (Ongallo, 2007)

Los medios de comunicación masiva tienen la oportunidad de llegar a un sinnúmero de personas por sus características específicas. La viabilidad de enviar un mensaje a través de un medio masivo le da la ventaja a la publicidad de que la información que desee enviar pueda llegar al público general para filtrar de ahí a un nicho de mercado interesado en el mensaje.

Debemos decir que no llega a la población general, en ese momento ya está segmentado el nicho de mercado, pues la publicidad no llega a todas las personas, sólo a quienes cuentan o tienen acceso de algún modo a los medios de comunicación por los que se transmiten estos mensajes.

Se dice que los medios de comunicación tienen el poder sobre las personas, sin embargo el hecho de que cada usuario de los medios pueda acceder a la información segmentada que le interesa ha hecho que los medios de comunicación tradicionales como la televisión, radio y prensa hayan perdido protagonismo. (Maciá & Gosende, 2011). Esta percepción aplicada a la publicidad y sus mensajes quedan endeblees porque los medios de comunicación son recibidos sólo si los usuarios los desean.

Entonces, la publicidad sólo es vista si se desea, el público tiene la posibilidad al acceso a la información comercial, pero al igual tiene la libertad de no recibirla. En el caso de la que se transmite por los medios de comunicación, el usuario tiene la oportunidad de cambiar el canal de televisión, la estación de radio, bajarle el volumen, avanzar en la página del periódico, seguir hojeando la revista o simplemente dejar de lado el medio que sea utilizado.

La publicidad es una herramienta de comunicación cara. Este es un factor que condiciona y limita enormemente su uso. La empresa, en el momento de determinar la estrategia publicitaria, tenemos que hablar de tres cuestiones, las finalidades de la comunicación publicitaria, el público objetivo al que no si dirigimos y el momento y duración de la campaña. La finalidad de la estrategia publicitaria es, qué duda cabe, vender más. (Montero Rodríguez, 2005)

Los objetivos de la comunicación publicitaria dependen de lo que desea comunicar la empresa, puede anunciar el lanzamiento de una marca, bien o servicio; puede publicitar los beneficios y ventajas del producto o marca; se puede comunicar a los usuarios de los medios de comunicación alguna oferta que la empresa tenga o simplemente puede utilizarse para mantenerse en la mente del público y sea una herramienta de posicionamiento y recordación del producto o marca.

El público objetivo (*target group*) es el segmento o segmentos de mercado a alcanzar con la acción publicitaria. Los mensajes publicitarios tienen que llegar a un determinado público para que la estrategia se complete de una manera correcta y funcional.

La determinación del público objetivo al que queremos llegar con nuestra campaña es una acción clave, básicamente por dos motivos: en primer lugar porque condiciona el estilo y el diseño del mensaje; en segundo lugar, determinará los soportes publicitarios a los que tenemos que acudir. (Montero Rodríguez, 2005)

El estilo de la campaña dependerá del público a quien está dirigido. Así la segmentación estará atraída o identificada con el anuncio y se interesará en la información contenida del mensaje.

Los medios y canales por los que se transmitirán los mensajes publicitarios serán determinados también por el público al que va dirigido, esto quiere decir que se decidirá el horario, programa o sección en el que será colocado el mensaje para una recepción efectiva por el nicho de mercado elegido.

El momento y la duración de campaña dependerán de la estrategia mercadológica y objetivo que tenga, pues para que la información sea posicionada o el público sea

persuadido, el tiempo es un factor determinante para la funcionalidad. Si una campaña resulta ser muy corta la efectividad del mensaje puede disolverse o si es demasiado extensa para su objetivo puede llegar a hartar a los usuarios y dar un resultado negativo o contrario al que se pretendía.

Vivimos en la era de la información, que hay mucha información, pero no toda la información nos es útil, ni está toda la que necesitamos, ni la que hay es siempre la mejor. (Escudero, 1995). Es por esto que los mensajes publicitarios pueden ser recibidos o no por los usuarios y todos los factores anteriores dependen de que exista una retroalimentación convertida en persuasión o posicionamiento con la herramienta de la información de los mensajes.

1.2. Breve historia de la publicidad

A lo largo de la historia del hombre, la publicidad se ha desarrollado a la par, con las invenciones y productos que se han comercializado y a través de algún tipo de mensaje publicitario se han dado a conocer las características del producto y la justificación de por qué debe ser adquirida.

Para estudiar a la publicidad es necesario entender que es un tipo de comunicación en la que el mensaje es información publicitaria en la que se dará, por lo general con el uso de la creatividad para lograr que sea llamativa y persuasiva, las características del producto, bien o servicio.

Llega a ser complejo el uso de la publicidad desde sus inicios. La información se envía a las masas hasta encontrar una identificación con la sociedad, es por eso que se considera una función aislada, por lo contrario tiene bases la psicología, estadística, economía, comunicación, sociología y el derecho.

El estudio de las sociedades, de las personas, conductas y las necesidades son primordiales objetos de estudio para que la publicidad pueda ser creada, pero para poder realizarla de manera ética y legal es necesario que tenga una regulación para que no llegue el caso de que el receptor del mensaje sea engañado por información falsa, inexacta o induzca al error de los posibles consumidores.

Como antecedente podemos mencionar la fantasía del estado de derecho que vive la sociedad a través de la publicidad, con el “querer ser” y el poder de la información y su derecho. La publicidad ha sido un factor de cambio radicado en el estado burgués (Habermas, 1998), con las murallas que siguen separando a la fecha la sociedad, la pública y la privada. El problema de la publicidad, aún regulada tiene elementos externos que la controla y a su vez genera una opinión pública creada por quienes tienen el poder de la información. El derecho público se vuelve de pocos, se privatiza, mientras que lo que nos compete a todos se va a un derecho de algunos cuantos, quienes tienen ese poder informativo.

La publicidad hasta el siglo XX se consideró regularla legalmente, pero para llegar a conocer cómo nació esta legislación, es momento de conocer pasaje histórico de la publicidad y los acontecimientos y personajes que la acompañaron en su evolución.

Desde el Derecho de la Información, la opinión sobre la publicidad Desantes aclara en su obra “La información como derecho” que la comunicación no sólo es de personas, también de personas y de bienes dice el autor, de donde conviene para el autor citado tomar ideas del *ius commercii*, que añaden a la universalidad del *ius communicationis*: mensajes publicitarios para su emisión y recepción. (Desantes Guanter, 1974)

1.2.1. Datos históricos de la publicidad

Desde tiempos prehistóricos ha existido algún tipo de comunicación respecto a la disponibilidad o características de cualquier tipo de producto, bien, servicio o incluso ideas.

La publicidad gráfica conocida tangible más antigua es una tabla de arcilla babilónica, aproximadamente del año 3000 a.C. que contiene inscripciones de un comerciante de ungüentos, un escribano y un zapatero. (Russell & Lane, 2001)

En Egipto, los papiros se utilizaban para todos los tipos de comunicación, incluida la publicitaria. Se conserva el papiro realizado en Tebas, en el British Museum una redacción de 1, 200 antes de Cristo en el que se lee anuncio que recompensa a quien dé informes sobre un esclavo y a su vez recomienda su tienda de telas (Checa Godoy, 2007). El texto del anuncio según la traducción del British Museum es:

Habiendo huido el esclavo Shem de su amo Hapu, el tejedor, éste invita a todos los buenos ciudadanos de Tebas a encontrarlo. Es un hitita, de cinco pies de alto, de robusta complexión y ojos castaños. Se ofrece media pieza de oro a quien dé información acerca del lugar donde se halla. A quien lo devuelva a la tienda de Hapu, el tejedor, donde se tejen las más bellas telas al gusto de cada uno, se ofrece una pieza entera de oro.¹

En la antigüedad clásica, Grecia tiene como eje el comercio y la ciudad, como papel relevante el ágora que sirve como soporte de mensajes, en donde se voceaban los productos con abundancia de adjetivos. Los pregoneros leían textos rimados sobre productos o servicios, John P. Word cita este texto en el que se justifica el precio y la calidad del producto: “Para los ojos brillantes y mejillas cual la aurora, para una hermosura eterna después de la juventud, la mujer que sabe compra los perfumes de Excliptoe, a precio muy razonable, pues lo vale su virtud” (Checa Godoy, 2007).

Los griegos se cuentan entre los que dependían de pregoneros, quienes se convirtieron en el primer medio de anuncios públicos en Europa, como ejemplo las tabernas francesas alrededor del año de 1100 d.C., los pregoneros después de hacer sonar su cuerno para llamar la atención, la gente se acercaba y antes de entrar tomaban muestras gratis de los vinos que se ofrecían. (Russell & Lane, 2001)

En la antigua Roma la expansión comercial era característica, los establecimientos comenzaron a tener nombre. Surgen los anuncios tipo alba, que son escritos sobre muros de piedra o madera, puramente informativos, en los que comunican al pueblo mensajes comerciales, espectáculos y anuncios oficiales; los libelos, se sitúan en lugares visibles, no escritos en paredes sino en papiros, como los carteles en la actualidad. (Checa Godoy, 2007)

¹ Véase anexo imagen 1

Los comerciantes romanos en Pompeya conservan letreros de piedra o terracota que anuncian lo que vendían los comercios, como una carnicería que anuncia con una imagen de hilera de jamones.²

Tras la caída del Imperio Romano, desciende el comercio y se generaliza el trueque que no necesita de la publicidad. La iglesia católica considera mala a la actividad financiera y se dificulta el progreso de la publicidad. Es hasta el siglo XV que llegan los cambios radicales para la publicidad con la invención de la imprenta.

La creación de la imprenta por Gutenberg en 1438 revolucionó también la manera de publicitarse. Se tiene registro del primer anuncio, que se imprimió en una hoja volante en un panfleto de noticias de 1525 en Alemania, que anunciaba una medicina que la catalogaban como “maravillosa” (Russell & Lane, 2001).

Para algunos la historia de la publicidad se divide en tres periodos generales (Russell & Lane, 2001): la era anterior a la mercadotecnia, la era de la comunicación masiva y la era de la investigación.

Desde mediados del siglo XVIII, los compradores y los vendedores se comunicaban de maneras muy peculiares como las tablillas de arcilla, los pregoneros y los letreros que se encontraban en las tabernas, durante la era anterior al marketing.

En el siglo XVIII y hasta principios del siglo XX la publicidad cuenta ya con la imprenta para desarrollar técnicas de publicidad y posteriormente con transmisiones de espectro radiofónico durante la llamada era de la comunicación masiva.

En la era de la investigación a raíz de la mitad del siglo XX se comienza a buscar de manera metódica las técnicas para identificar y llegar a los receptores ideales los mensajes informativos publicitarios a través de medios de comunicación específicos con la finalidad de lograr la persuasión de los receptores a través de información, código y canal

² Véase anexo imagen 2.

investigados previamente. El transcurso de esta era es la culminación del aprendizaje de siglos de evolución publicitaria.

1.2.2. Breve esbozo de la publicidad y su regulación (siglos XIV-XX)

En las Partidas de España en el siglo XIV, se pregonaban las fiestas y enteraban de quien quería vender o comprar libros para poner en contacto entre ellos, lo anterior en la Partida II, Título XXI, Ley X. (Desantes Guanter, Fundamentos del Derecho de la Información, 1977) .

En el siglo XVII se comenzó a detectar el pensamiento mercantilista y absolutista representado en Francia por Richelieu, adjunto como anexo de las revistas moralistas-intelectuales, o incluso formando parte de ellas como contenido se publicaban las “hojas de aviso” o llamadas también “hojas de anuncio”. La primera de ellas la adjuntó un médico francés llamado Renaudot, que realizó su inserción publicitaria de sus servicios médicos en el periódico Gazette en 1633. (Desantes Guanter, Fundamentos del Derecho de la Información, 1977)

Renaudot organizó una agencia publicitaria y fue pionero en su país al ser imitado en su sistema de anuncios que realizaba hasta llegar al poder público, el que en su momento gracias a la pertinencia de la publicidad se ve obligado a utilizar este como medio de comunicación para dar a conocer avisos de oficiales y privados.

Mientras que en Inglaterra en 1614, se registra una ley que prohibía que los carteles sobresalieran más de 18 pies por encima de un edificio, por seguridad de las edificaciones en las que se encontraban. En 1740, el primer cartel de exterior apareció en Londres. (Russell & Lane, 2001, 5-6) Es el antecedente a las leyes que regulan la publicidad exterior, como son los espectaculares, parabuses, publicidad móvil y los mismos carteles que existen desde siglos anteriores y son pioneros de esta categoría.

“La Gazzette” fue el primer diario oficial del mundo, publicado el 30 de mayo de 1631, y el anuncio de Renaudot fue el primer anuncio publicitario en prensa escrita; el médico como creador y editor seleccionó noticias que imprimiría en pliegos que se venderían como semanarios. Para lograrlo necesito el visto bueno de Richelieu, cardenal

francés que tenía el control de las publicaciones, pero una vez aprobada incluso tenía su espacio donde escribía artículos de opinión. (Pérez Vaquero, 2001)

En la “belle époque” social, son vigentes la ley alemana de 1874, la francesa de 1881 y la española de 1883, en la que comienza a contemplar los medios de transmisión, que después se considerarán como medios masivos de comunicación social. Al inicio sólo aparecen el cinematógrafo, el fonógrafo y la radio. La publicidad posteriormente desplazó su centro de gravedad jurídico desde la consideración mercantil a la informativa, asegura Desantes con respecto a los antecedentes de los nuevos medios de comunicación social.

Las emisoras comerciales en Estados Unidos crean un sistema en 1926, la National Association of Broadcasters (NAB) y tres años después se promulgan dos grandes documentos, el NAB Code of Ethics, con los ocho mandamientos del radiodifusor y el NAB Standards of Commercial Practice, que prescribe la ordenación de los horarios de emisión. (Desantes Guanter, Fundamentos del Derecho de la Información, 1977: 76)

La independencia de la BBC frente a los intereses comerciales está impuesta por la discutida cláusula 13 que prohíbe la publicidad y concede a la BBC un porcentaje del impuesto sobre los aparatos receptores. (Desantes, 1977: 77)

En México la Ley Federal de Protección al Consumidor fue promulgada en febrero de 1976 y con ella se crearon el Instituto Nacional del Consumidor (INCO) y la PROFECO. Al primero correspondió informar y orientar al consumidor sobre prácticas comerciales; la segunda asumió la defensa del ciudadano y tendría la encomienda de vigilar precios y aplicar sanciones en caso de violación. El gobierno de Carlos Salinas determinó que las funciones de ambos organismos se "duplicaban" y los fusionó en 1992. (González Mendez, 2005)

En el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992 publicó la nueva Ley Federal de Protección al Consumidor y entró en vigor al siguiente día, en el que faculta a la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO) para la corrección, suspensión y sanción a la publicidad que viole las disposiciones de la ley (Ovalle Favela, 2009).

1.2.3. Tendencias en la publicidad (1900-1970)

El idealismo antropocéntrico, a raíz de la revolución industrial, acentuó el egocentrismo humano hasta pensar que podía superar a la naturaleza. Lo que Homs ubica a la publicidad en el materialismo ateo, citando a Nietzsche “Dios ha muerto”, así que la deidad quedaba en manos de los humanos y logra el consumismo acapare al humano, tratando de ser poseedor de todos los bienes que fueran necesarios para sentir el poder deseado que le daba la ausencia de un dios y apropiarse del título. (Homs, 1995)

Es el momento en el que la burguesía se forma y como antítesis el proletariado y con él el sindicalismo. La ideología había cambiado en este momento gracias a los cambios de sistema, en el caso de México la faceta agraria es la que respalda la ideología de los ciudadanos.

La naturaleza quedaba a merced de la humanidad, ya no pertenecían al mismo nivel sino jerárquicamente la revolución industrial que había traído consigo la electricidad, los medios de comunicación como la radio, la prensa, el cinematógrafo, al igual que la invención de medios de transporte; por otra parte nacen y avanzan estudios médicos en los que podían controlar ya a la mente humana gracias a Sigmund Freud, como la creación de la siquiatria y los adelantos en los estudios de sexología.

Cabe señalar que las invenciones y adelantos que se mencionan anteriormente tienen una conexión directa con la mercadotecnia y su comunicación: la publicidad.

La revolución sociopolítica consolida el concepto de masificación, tan claro como lo escribe José Ortega y Gasset en 1937 “La rebelión de las masas”.

El arte, a principios del siglo XX, se consolida como una época revolucionaria, en la que se involucran cineastas, pintores, escritores, escultores y dramaturgos. Hasta la Segunda Guerra Mundial pasó por una lucha de ideologías: comunismo, nacional-socialismo, fascismo y el capitalismo.

Gracias a estos cambios, llamadas revoluciones ideológicas, el idealismo fue desenmascarado y el arte se nutre de la filosofía y surge el existencialismo, que describe Homs como un derrame de amargura y pesimismo, que acentúa al materialismo ateo.

En la interpretación del autor de “Tragicomedia mexicana”, en 1940 la vida artística, social y política se vivía con agitación, por una revolución que se contagiaba en el mundo. (Agustin, 1990)

Ese existencialismo de mediados de siglo dio pie a que Hollywood ubicara tendencias y las lleve al cine, con estereotipos urbanos héroes de la sociedad, de donde salen los motociclistas rebeldes y sin causa. Tendencia de que la publicidad toma para hacer uso de ella para sus mensajes ideológicos, servicios y productos para sanar ese pesimismo que les caracterizaba.

En los 50's nace el Rock & Roll como propuesta contraria al existencialismo y capta a la mayoría de la juventud en el mundo, tendencia que la publicidad utiliza al igual para captar a un mayor número de receptores con personajes caracterizados como los símbolos rockeros de la época y con productos que identificaran a este sector. Es en este momento donde los nichos de mercado comienzan a surgir de una manera más consciente de los emisores de los mensajes publicitarios.

Inglaterra invade en 1962 musicalmente a América con la llegada de los Beatles. La moda no sólo era musical, sino con una tendencia ideológica, de aspecto físico, vestimenta y de consumo de drogas, aceptado públicamente por los creadores de las tendencias.

Inglaterra se ve obligado a cambiar sus leyes al verse rebasado por los hechos sociales y de ser un país caracterizado por puritanos, legalizan la homosexualidad y da inicio a la sicodelia.

Estas tendencias socioculturales traídas a América desde Europa, derivan en un movimiento hippie, que toma como sede a California. Desencadena una postura política, social y ecológica en la juventud.

Mientras tanto en México, corría los años de 1940, la vida artística, social y política se vivía con agitación, por una revolución que se contagiaba en el mundo.

Los mensajes publicitarios comenzaron a llegar del extranjero para la clase social alta, y a causa de eso en ciudades mexicanas se veían circular autos importados como los Lincolns y Cadillacs, que eran adquiridos por los ricos.³

Todo esto con base en la tensión política que se veía por el presidente de ese entonces, Lázaro Cárdenas que ya había fortalecido a la clase obrera, tenía una educación socialista y había logrado la expropiación petrolera, así que la clase alta lo identificaba como un comunista y se defendieron fugando capitales y una fiebre de consumismo de bienes inmuebles que ya tenían un 200 por ciento más de su valor original.

Se originaron campañas en electorales para vencer a Lázaro Cárdenas, y el candidato Juan Andrew Almazán en sus carteles se propagaba: “El 7 de Julio vote por Almazán. Libertad y Orden. Justicia Social.”

Con respecto a la segmentación de mercados, un hecho que marcó la historia social y musical fue la creatividad de Gavilondo Soler, CriCri, que en los 40’s se consolida en el gusto del público infantil que disponía de capacidad musical y destaca la mexicanidad al incluir en sus canciones lenguaje coloquial, malicioso e inteligente que ponía a prueba a los receptores de sus mensajes musicales.

Gracias a la tendencia de Cri-Cri, la mercadotecnia mexicana es consciente del público infantil y comienza a crearse productos para ellos, como incluso son las canciones de este autor que se vendían en discos y eventos en vivo.

En esa década los hombres de las ciudades usaban sacos anchos, cruzados, con grandes hombreras, solapas, pantalones anchos sin llegar a ser lo que llamaban “pachucos de la frontera”. Pero el accesorio masculino que no podía faltar era el sombrero, de distintos materiales como la palma de fieltro, tipos surianos o tejanos. El eslogan que se manejaba en

³ Véase anexo imagen 3.

su mensaje publicitario la empresa que predominaba el mercado citaba: “De Sonora a Yucatán se usan sombreros Tardán”, que Alfonso Reyes adaptó de un concierto en el que escuchó: “De Sonora a Yucatán se oye música de Chopin”. Era el inicio de los eslóganes musicales adaptados de un texto ya escrito, que hasta la actualidad conserva por la eficacia que ha tenido.⁴

Las mujeres de la década vestían con vestidos largos, blusas abotonadas hasta el cuello por la moralidad que exigía la época, se maquillaban en exceso y la publicidad utilizaba imágenes que hacían referencia a la mujer mediáticamente más conocida: María Félix.

Después de la Segunda Guerra Mundial ya no era tan fácil la exportación y se decide que la producción se dedicara al mercado interno. Sin embargo empresas que hasta la fecha existen, como Sears o Reabuck que aseguraban en sus mensajes publicitarios a los mexicanos “llegó para quedarse”, posteriormente frente a la presidencia de Miguel Alemán se devaluó el peso y la prensa comenzó a reaccionar.

En la provincia mexicana también comenzó un auge el uso de la publicidad en los medios impresos, donde podemos tomar de ejemplo los mensajes publicitarios que se encontraban en la ciudad de Morelia de comercios y marcas que tuvieron a bien exponer en el 2011 el Archivo del Poder Judicial del Estado de Michoacán⁵

La primera transmisión de televisión en México, con el cuarto informe presidencial fue el acontecimiento que revolucionó a la publicidad. En esta década fueron entregadas las primeras concesiones mediáticas, a la familia O’Farril el canal 4 y el canal 2 a Emilio Azcárraga.

Ruíz Cortines intentó imprimir la austeridad y contener el alza de los precios. Este control de precios desembocó en la iniciativa privada mexicana un descontento. Sin embargo la intención de Ruíz Cortines durante el año del 53 era detener los monopolios y

⁴ Véase anexo imagen 4.

⁵ Véase anexo serie de imágenes número 5.

multó a 16 mil comerciantes acaparadores. Paralelo a esto la publicidad internacional insertada en medios mexicanos iba creciendo de manera indetenible.

Paralelamente a la historia de Estados Unidos con el existencialismo y la aparición de la tendencia del Rock & Roll, aunque sí constituía la manifestación de condiciones anímicas y urgían de la liberación emocional, aunque no se componían las letras, se traducían y los no tan jóvenes ni con el mismo estilo las interpretaban. Así que la publicidad funcionó distinta que con Estados Unidos, porque la captación de mercado a través de esta tendencia no aplicaba al mismo nicho, los receptores mexicanos tenían distintas características.

En los 60's y 70's los jóvenes eran el tema de moda, quienes estaban en un despertar revolucionario ideológico. Los hippies en México se les conoció como “brecha generacional” y la música era su vehículo de expresión contracultural, caracterizada por el consumo de drogas sicodélicas, tendencia que llega desde Europa vía Estados Unidos. A pesar de estar contra el capitalismo la música como producto y sus derivados eran consumidas.

Para la década de los 60's en España nace la idea de la “Sociedad de Consumo” (Morente, 2009, 81), en la que la existe una mejora económica según el autor, gracias a que el motor principal para el desarrollo español fue el consumo y se fue modificando a una idea del consumidor rebelde, en el que el consumo de masas era un deseo de poseer más que de disfrutar. A partir de los sesentas España experimenta el giro de la mezcla del marketing sobre al a base de la orientación al consumidor (Senise Barrio, 2009)

La publicidad en general que se utilizó como moda en los jóvenes de la época era la llamada “de boca en boca”, sin necesidad de los medios masivos de comunicación se tenía el poder de la publicidad que la misma sociedad hacía la recomendación de productos, como lo fue la música.

La publicidad ha sido parte de la historia de la humanidad por la necesidad del comercio. Desde que el comercio -incluso el trueque- existe, puede hacerse referencia a la publicidad porque se trata de la comunicación de un mensaje informativo sobre las

ventajas, beneficios, características u oportunidad para el receptor para adquirir el producto, bien, servicio o ideología.

A pesar de que el tiempo pasa, la finalidad sigue siendo la misma: tratar de comunicar con el menor código posible y mejor canal para transmitir un mensaje completo, creativo, que llame la atención y que explique exactamente lo que el emisor desee que conozca el receptor.

Con base en lo anterior, la publicidad se puede tornar engañosa y es por eso que se ve necesario que intervenga el Derecho en este rubro de la mercadotecnia y la comunicación. A causa de mensajes que inducen al error, se organiza la ley para regularla al verse rebasado por la realidad que se presentaba en el momento.

Las tendencias publicitarias son marcadas por hechos y movimientos socioculturales que pretenden lograr una identificación con los receptores de los mensajes publicitarios.

La publicidad ha evolucionado con el paso del tiempo y de los hechos históricos, sin embargo ha aprendido y se ha forjado de estrategias que delimitan una pequeña línea de la legalidad y la ética para ser captado por el público y lograr un posicionamiento mental sobre la marca que ofrecen, al grado de que lo ideal es que el consumidor pueda sustituir el nombre del producto por la marca que lo representa.

CAPÍTULO SEGUNDO.

REGULACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS MENSAJES PUBLICITARIOS

La regulación de los mensajes publicitarios nos proporciona una base para la orientación para aplicar el derecho a la información de los consumidores, para que logre entender qué es lo que debe recibir de las empresas y así evitar cualquier tipo de daño. José María Desantes afirmaba que “la propaganda ideológica como la publicidad comercial, debe ser difundida y recibida como tal.” Pero para lograr esto, no podemos utilizar el compilado legal y reglas de autorregulación para poder exigir nuestro derecho como consumidores.

En la publicidad el emplazamiento no induce ni puede inducir a error sobre la composición, origen, calidad, etc., de un determinado producto... la audiencia puede pensar que esa aparición en la pantalla obedece a aspectos artísticos o creativos, y no una contraprestación económica: lo cual supone un engaño por ocultación, por quebrantar el principio de identificación de la publicidad. (Méndiz, 2003). De ahí la necesidad de conocer la normatividad que rige a los mensajes publicitarios, para evitar caer en el engaño y conocer los derechos de los receptores en caso de encontrar algún ilícito en la comunicación.

Eulalio Ferrer, reconocido por sus obras de comunicación y publicidad con base en sus experiencias de ellas como empresario y estudioso, describe a través de una entrevista hecha por el profesor Ignacio Vado, en el programa “Educación, Ciencia y Cultura”, que se transmitió por el canal 4 de televisión de la Ciudad de México en 1966, un 30 de mayo que: “la publicidad respete sus intereses y no los viole, en nombre de ningún otro interés... el público es el que paga la publicidad, por eso tiene derecho a irritarse cuando no se le sirve bien o se trata de abusar de él.” (Ferrer, 1985)

Para el método de Kleppner, una de las obras y métodos más recurridos por los publicistas, aclara que la publicidad está sujeta a tres limitaciones básicas: las leyes y reglamentos de organismos debidamente constituidos; el control de los medios a través de

lineamientos para una publicidad aceptable; la autorregulación por parte de anunciantes y agencias.

Para poder ofrecer a las compañías una libertad para crear mensajes interesantes y el derecho a la información de los consumidores es la clave de la regulación en la publicidad. La información exacta y fidedigna es el punto más importante para la publicidad, pues se evita que se induzca a los clientes a comprar productos deficientes.

2.1 México

En México contamos con una ausencia de legislación exclusiva para la publicidad comercial. Existen artículos en diversas leyes que complementan la protección del consumidor ante los mensajes publicitarios, que es el tema que nos ocupa en esta investigación.

2.1.1. La publicidad en la concepción jurídico-mexicana (LFPC).

La Ley Federal de Protección al Consumidor fue promulgada en febrero de 1976 y con ella se crearon el Instituto Nacional del Consumidor (INCO) y la PROFECO. Al primero correspondió informar y orientar al consumidor sobre prácticas comerciales; la segunda asumió la defensa del ciudadano y tendría la encomienda de vigilar precios y aplicar sanciones en caso de violación. El gobierno de Carlos Salinas determinó que las funciones de ambos organismos se "duplicaban" y los fusionó en 1992 (Méndez, 2005).

En el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992 publicó la nueva Ley Federal de Protección al Consumidor y entró en vigor al siguiente día, en el que faculta a la Procuraduría Federal del Consumidor para la corrección, suspensión y sanción a la publicidad que viole las disposiciones de la ley (Favela, 2011).

El artículo 32, del Capítulo III "De información y publicidad", fue reformado el 15 de diciembre del 2011, en el que la modificación versa en el régimen de publicidad abusiva o engañosa, en la que se lee:

ARTÍCULO 32. La información o publicidad relativa a bienes, productos o servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentos de textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, denominaciones de origen y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión por engañosas o abusivas.

Para los efectos de esta ley, se entiende por información o publicidad engañosa o abusiva aquella que refiere características o información relacionadas con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdaderas, inducen a error o confusión al consumidor por la forma inexacta, falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presenta.

La información o publicidad que compare productos o servicios, sean de una misma marca o de distinta, no podrá ser engañosa o abusiva en términos de lo dispuesto en el párrafo anterior.

La Procuraduría podrá emitir lineamientos para el análisis y verificación de dicha información o publicidad a fin de evitar que se induzca a error o confusión al consumidor, considerando el contexto temporal en que se difunde, el momento en que se transmite respecto de otros contenidos difundidos en el mismo medio y las circunstancias económicas o especiales del mercado.

Para entender desde el punto de vista de la publicidad desde un aspecto jurídico mexicano, la LFPC da los límites que tienen las empresas al emitir sus mensajes, protegiendo a los consumidores de inducir al error.

Desde su artículo primero, la ley asegura el interés social y la observancia de la misma en territorio mexicano, y son irrenunciables sus disposiciones sin importar las costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones que vayan en contra de ella. Así pues las empresas no pueden alegar lo contrario a lo que dicta la ley para realizar la publicidad de sus bienes o servicios, ya que protege los derechos del consumidor y le otorga una seguridad jurídica.

Los principios generales del consumo, y por ende de la publicidad que deben respetar las empresas son:

La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos. Este derecho es el más importante, pues protege el valor de la vida que lo protege también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 6.1 en el que establece que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 4.1 reconociendo el derecho a la vida, como lo hace de igual manera el artículo 22 de la Constitución Política de nuestro país reconociéndolo de forma implícita.

El derecho a la protección de la salud, la vida y la seguridad del consumidor contra riesgos provocados por productos o por prácticas para su venta, entre ellos la información que se otorgue para la realización y difusión de los mensajes publicitarios.

La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones. Esta educación se debe dirigir a los consumidores para proporcionar una orientación sobre el consumo de los productos que se adquieran o se publiciten, para que exista un consumo acorde a las necesidades del consumidor, evitando la creación de necesidades o problemas sólo para la adquisición del bien o servicio que se ofrezcan en el mercado.

En este punto embona la prohibición de la publicidad engañosa o subliminal, que atentan contra la libertad del consumidor de elegir productos o servicios. Deben contar los receptores de los mensajes publicitarios con la información completa previo a la adquisición de un producto y poder elegir entre un abanico de ofertas en el mercado, sin que sea por engaño o inducción al error de interpretación del consumidor su compra.

A través de la PROFECO se realizan programas de difusión, orientación y educación para lograr que este derecho de los consumidores se logre. Cuenta con un departamento especial para ello, en donde realizan a través de talleres, conferencias, tianguis y publicaciones con personal capacitado para estas acciones.

La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen.

Una atribución de la Procuraduría Federal del Consumidor es “recopilar, elaborar, procesar y divulgar información objetiva para facilitar a lo consumidor un mejor conocimiento de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado” que se lee en el art. 24, fracciones IV, X y XXI. Así la PROFECO realiza estudios de calidad para informa a los consumidores sobre las acciones y omisiones de los proveedores. Posteriormente podrá publicarlo con el fin de orientar y proteger los intereses de los consumidores. En esto incluye lo que se anuncie en los medios de comunicación sobre el producto. Lo anterior lo vierte en la “Revista del Consumidor”.

Con lo relativo al art. 32, la información y la publicidad de bienes y servicios que se difundan deben ser veraces, comprobables y exentas de textos, diálogos, imágenes, sonidos, marcas, denominaciones de origen que puedan inducir a error o confusión, por engañosas o abusivas.

El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, económica, administrativa y técnica a los consumidores. La protección económica de los consumidores lo garantiza en este punto, contra abusos de las empresas en información y publicidad engañosa para la venta de sus productos, como omisión de datos importantes en su precio, modos de pago, condiciones de crédito, métodos agresivos de venta, entre otros.

La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios. Mencionado en el artículo 32 de esta ley, que es el tema que en general nos ocupa, sobre el contenido de los mensajes publicitarios para proteger a los consumidores de engaños o inducción al error sobre la información de un producto publicitado.

Los anunciantes tienen el deber de conocer estos lineamientos para evitar incluso la apariencia de engaño o falsedad, con las limitaciones básicas tener una publicidad aceptable y que logren un autocontrol en el uso de su trabajo y en sus códigos de conducta.

La publicidad no sólo es un medio para comunicarse con el público, sino para determinar las percepciones que tiene la audiencia acerca de las empresas, productos, marcas, trabajadores y servicios que representan la publicidad.

En su artículo 17, menciona que las empresas están obligadas a que en la publicidad que se envíe a los consumidores deberán indicar el nombre, domicilio, teléfono y, en su defecto, la dirección electrónica del proveedor, así como de la PROFECO. Si reflexionamos en ninguno de los anuncios a los que tenemos acceso cumplen con esta normativa.

Los consumidores tienen el derecho a la no información publicitaria que lo aclara el artículo 18 bis de la ley, en el que prohíbe a los proveedores y empresas a utilizar la información de los consumidores en fines mercadológicos o publicitarios, ya sea para realizarles encuestas, pedir opinión o promocionar productos o servicios. Al igual se prohíbe enviar publicidad a los consumidores que expresamente les hubieren manifestado su voluntad de no recibirla o que estén inscritos en el registro citado en el art. 18.

Para la acción de este derecho, la ley aclara que los proveedores que sean objeto de publicidad son corresponsables del manejo de la información de consumidores cuando dicha publicidad la envíen a través de terceros.

La Secretaría de Economía adopta medidas que procuran el mejor funcionamiento de mercados y el crecimiento económico del país, que por consecuencia protege a los mexicanos como consumidores, al momento que la Secretaría está facultada para vigilar que los productos que deban expresar los elementos, sustancias o ingredientes de que estén elaborados o integrados así como sus propiedades, características, fecha de caducidad, contenido neto y peso o masa drenados, y demás datos relevantes en los envases, empaques, envolturas, etiquetas o publicidad, que incluyan los términos y condiciones de

los instructivos y advertencias para su uso ordinario y conservación, involucrando en este aspecto la protección de la seguridad, la vida y el salud de los consumidores.

Así como la facultad de promover la coordinación entre las autoridades federales, estatales y municipales que corresponda, a fin de asegurar la protección efectiva al consumidor en contra de la información o publicidad engañosa o abusiva. En el caso de todos aquellos mensajes que induzcan al error de interpretación de los consumidores ante un producto en el mercado.

Por su parte la Procuraduría podrá aplicar medidas precautorias en éste mismo ámbito, cuando se faculta para ordenar la suspensión de información o publicidad a que se refiere el artículo 35 de la LFPC, al igual que corregir e imponer sanciones que correspondan ante dicha ley. Debemos decir que cuando la Procuraduría instaure algún procedimiento administrativo relacionado con la veracidad de la información, podrá ordenar al proveedor que en la publicidad o información que se difunda, se indique que la veracidad de la misma no ha sido comprobada ante la autoridad competente.

Entre los engaños que pueden utilizar las empresas en su publicidad son las leyendas de “garantizado” o “garantía”, que ante la ley sólo emplearse cuando se indiquen en qué consisten y la forma en que el consumidor puede hacerlas efectivas.

Una problemática que tiene el consumidor, es que en la publicidad puede ofrecer términos o condiciones de entrega de los productos, para esto el art. 42 protege el derecho de recibir el bien o suministrar el servicio de acuerdo a lo ofrecido, explícito o implícito, la publicidad.

La protección de información reservada que puede ser importante para los consumidores lo contiene el artículo 45 que prohíbe los convenios, códigos de conducta o cualquier otra forma de colusión entre proveedores y publicistas. Debe entregarse la información completa a los consumidores para lograr su libertad de elección de una manera informada y con datos veraces y comprobables.

En casos particularmente graves, la Procuraduría podrá sancionar con clausura total o parcial, la cual podrá ser hasta de noventa días y con multa de \$128,643.37 a

\$3,602,014.24, asignado en el art. 128 bis, entre las que considera las violaciones al artículo 32, en donde la multa puede variar con lo establecido o con hasta el 10% de los ingresos brutos de la empresa anunciante, ya que el 128 ter considera grave cuando la información o publicidad relacionada con algún bien, producto o servicio que pudiendo o no ser verdadera, induzcan a error o confusión al consumidor por la forma falsa, exagerada, parcial, artificiosa o tendenciosa en que se presente.

2.1.2. Aspectos legales de los mensajes publicitarios en México

Para complementar a la Ley Federal de Protección al Consumidor, existen leyes que consideran la información de los mensajes publicitarios comerciales para la protección de los ciudadanos mexicanos, de manera implícita como sujetos con derecho a la información en la actividad publicitaria.

LEY GENERAL DE SALUD

Para la protección a la vida y la salud la Ley General de Salud indica que quienes ejerzan actividades médicas deben poner a la vista un anuncio que indique la institución donde se adquirió el título de profesión, diploma, número de su correspondiente cédula profesional y, en su caso, el Certificado de Especialidad vigente. Estas especificaciones deben mencionarse también en la publicidad que realicen para el ofrecimiento de sus servicios médicos.

Existen profesionales de la salud se contratan para la recomendación de productos en mensajes publicitarios para la credibilidad y persuasión de los consumidores. En este caso también deben mostrar las acreditaciones mencionadas y evitar engaños con personas caracterizadas como expertos en la materia para la venta del producto.

Existen productos que por su naturaleza pueden ser nocivos para la salud, como lo son las bebidas alcohólicas. Este producto tiene un apartado especial en la LGS para prevenir los daños que conlleva su consumo. El control de la información como acción preventiva para la salud se obtiene en el artículo 186 donde citan las actividades de investigación en los efectos de la publicidad en la incidencia del alcoholismo y en los problemas relacionados con el consumo de bebidas alcohólicas.

Las investigaciones que se llevan al respecto pueden ser publicados por la Procuraduría Federal del Consumidor, ya que en ocasiones trabajan en conjunto para informar a los destinatarios de los mensajes los estudios que realizan estas dos instancias que protegen la salud de los mexicanos en este tenor.

Otros de los productos con los que se debe tener sumo cuidado son los medicamentos. Para la venta de ellos se echa mano de la publicidad con recomendaciones y testimonios de su eficacia. Sin embargo el cuidado de su distribución y venta debe estar constantemente vigilado y controlado porque el mal uso de ellos puede tener afectaciones dañinas a la salud.

El artículo 225 afirma que para su uso y comercialización deben ser identificados por sus denominaciones genérica obligatoriamente y distintiva. Para la referencia publicitaria debe revisarse las disposiciones reglamentarias para determinar la forma en que debe ser señalada, según el tipo de medicamento que sea y su función.

En el mercado hay productos cosméticos que pueden confundirse o realizar acciones propias de los medicamentos, como curar enfermedades, regular el peso, combatir obesidad. Para estos productos queda prohibido por el artículo 270 su venta y publicidad como medicamentos. Debe aclararse que son productos cosméticos con un previo permiso que deben obtener los responsables de la publicidad para difundir sus mensajes persuasivos e informativos.

Para vigilar que se realicen las acciones de protección de la salud de los consumidores, se llevarán visitas de verificación señaladas en el artículo 396, incluidas las verificaciones de la veracidad y requisitos señalados en la ley.

Si se encuentra la autoridad sanitaria con alguna publicidad que no reúna los requisitos y disposiciones generales de esta ley, se elabora un informe que incluye, entre otros datos, el medio de comunicación y la información omisa, falsa o errónea que contiene.

En el caso de que sea necesaria la suspensión de un mensaje publicitario, en materia de salud, deberá cumplirse lo dispuesto en el artículo 413 que explica que la

responsabilidad de sacar de los medios el mensaje para evitar seguir transmitiendo un mensaje que puede afectar la decisión de compra del consumidor con información errónea, falsa u omisa debe ser directamente de la empresa y no del medio de comunicación. El lapso que tienen es de veinticuatro horas siguientes a la notificación de la medida de seguridad, si se trata de emisiones de radio, cine, televisión, de publicaciones diarias o de anuncios en la vía pública. En caso de publicaciones periódicas, la suspensión surtirá efectos a partir del siguiente ejemplar en el que apareció el mensaje.

REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE PUBLICIDAD.

En el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Publicidad, la conceptualización de la publicidad es la más clara y completa que existe en la Legislación mexicana, cita en su artículo 2:

- I. Agencia de publicidad, a quien tenga como actividad principal la creación, diseño, planificación y ejecución de campañas publicitarias, así como la contratación, por cuenta y orden de anunciantes, de espacios para difusión a través de los distintos medios de comunicación;
- II. Anunciante, a quien utiliza la publicidad para dar a conocer las características o beneficios de sus productos y servicios;
- III. Anuncio publicitario, al mensaje dirigido al público o a un segmento del mismo, con el propósito de informar sobre la existencia o las características de un producto, servicio o actividad para su comercialización y venta o para motivar una conducta;
- IV. Artículo promocional, al objeto que se obsequia al público y que contiene impresa la marca, nombre, logotipo o frase publicitaria de algún producto o servicio;
- V. Campaña publicitaria, a la difusión programada de varios anuncios publicitarios sobre el mismo producto o servicio, adaptados a los diferentes medios de comunicación;
- VI. Ley, a la Ley General de Salud;

VII. Medio de difusión, al que se utiliza para difundir los anuncios publicitarios a la población en general y que incluye a la televisión, cine, radio, espectacular, laterales de transporte, anuncios luminosos, carteles, prensa, revistas, correo directo, catálogos, folletos, volantes, material de punto de venta, así como a cualquier otro medio de comunicación, sea impreso, electrónico, telefónico, informático, de telecomunicaciones o mediante otras tecnologías;

VIII. Patrocinio, al respaldo económico otorgado para la promoción de una persona física o moral o para la realización de una actividad o evento;

IX. Publicidad, a la actividad que comprende todo proceso de creación, planificación, ejecución y difusión de anuncios publicitarios en los medios de comunicación con el fin de promover la venta o consumo de productos y servicios.

En cuestión de la protección a la vida y la salud, el reglamento es muy claro y específico. Cuida la generalidad de los aspectos de los mensajes publicitarios sobre los medicamentos y productos cosméticos, así como todos aquellos que prometen una mejora en el aspecto físico y la salud de los consumidores.

En sus artículos aclara que la publicidad debe ser orientadora y educativa, con respecto al producto que se anuncia, con la finalidad de que se proteja al consumidor, puesto que exige que se incluyan las características del producto de una manera fácil y clara de asimilar por parte de quien adquiere el producto, con la autorización previa de la Secretaría para su difusión.

De igual manera deja en claro que no se puede realizar publicidad que propicie atentar la seguridad o la integridad física, mental o moral de las personas que sean receptores del mensaje.

Desde el punto de vista del derecho a la información de los consumidores, se puede encontrar en el reglamento, en su noveno artículo que la publicidad no puede ser comprobable o no corresponde a los requisitos exigidos por la Secretaría de Salud cuando induzca al error su mensaje, oculte información, exagera las propiedades y características de lo que se vende, indique que el uso del producto o del servicio sea un factor

determinante para las características físicas, intelectuales o sexuales de quien lo anuncie, como los testimonios de personajes reales o ficticios, a menos que existan pruebas que demuestren lo contrario y sean presentadas a la instancia correspondiente.

Protege la libertad de elección de los consumidores de los productos cosméticos y de salud al aclarar que están prohibidas las comparaciones de los productos cuyos ingredientes no sean los mismos al representar un riesgo o daños a la salud por información errónea o falsa.

La comparación de los productos es viable en el caso de que sean idénticos los ingredientes y las características. Así el consumidor tiene la información veraz y completa del producto que puede adquirir para su consumo, o los servicios que se ofrezcan tenga características iguales.

En el reglamento se hacen especificaciones sobre la publicidad engañosa cuando refiere en su artículo noveno a toda aquella publicidad que no sea comprobable o no corresponda a la calidad que se les exige al inducir al error como en los productos que prometen resultados improbables, que oculte contraindicaciones necesarias, al exagerar sus características o propiedades o incluso en el establecimiento de comparaciones entre productos desiguales.

La publicidad comparativa puede ser efectiva cuando el producto controla sólo una pequeña cuota del mercado o no es muy conocido, y es viable cuando sólo puede dar pruebas de que el producto, con las mismas características puede ser superior para la misma finalidad del consumidor; los publicistas utilizan la publicidad comparativa como último recurso al probar sin éxito otro tipo de estrategias (Dupont, 2004).

Otro tipo de publicidad que está regulado y por la naturaleza del mensaje y su información está contemplado en el reglamento es el que contiene aspectos subliminales. Se prohíben advirtiéndolo su desaprobación para publicarlos o suspenderlo en caso de que la Secretaría de Salud los encuentre a través de análisis.

Si contemplamos que los medios ejercen un fuerte poder sobre la audiencia y sus existe un efecto sobre ésta, como lo explica la teoría hipodérmica (Huertas, 2002), existirán estímulos y respuestas de los receptores de los mensajes que se transmiten en los medios, quienes tienen el poder manipulación de los mismos. Aunado a mensajes poco éticos de algunos publicistas, el problema se agrava cuando el mensaje contiene elementos implícitos que no tienen la conciencia los consumidores de estarlos recibiendo.

LEY FEDERAL RADIOY TELEVISIÓN

La comunicación es el proceso de transmitir información desde un emisor a un receptor a través de un medio. En México los medios de comunicación electrónicos se encuentran legislados a través de la Ley Federal de Radio y Televisión, en donde se consideran, como parte de su contenido los espacios publicitarios que pueden pautar en su programación.

Cabe aclarar que esta ley utiliza los términos de publicidad y propaganda comercial como sinónimos, cuando hemos visto que en las teorías de la publicidad y la mercadotecnia el concepto correcto es publicidad.

En su artículo 67 cita que la propaganda comercial que se transmita en medios electrónicos debe mantenerse un equilibrio entre el anuncio comercial y la programación. Este equilibrio es parcial porque depende del *rating* para la empresa mediática y los anunciantes interesados en comprar espacios. Podemos ver un programa de una hora que transmite hasta 35 minutos de publicidad. La audiencia está expuesta, en ocasiones a más publicidad que contenido producido para programación.

Otra base que pide es que no se haga publicidad a centros de vicio, como acción preventiva a la seguridad y salud de la audiencia, reforzando la Ley General de Salud y la Ley Federal de Protección al Consumidor.

El tópico que nos ocupa en esta investigación se aclara en su fracc. III, no se debe transmitir propaganda o anuncios de productos industriales, comerciales o de actividades que engañen al público o le causen algún perjuicio por la exageración o falsedad en la indicación de sus usos, aplicaciones o propiedades.

Las diversas leyes protegen a los mexicanos de acciones engañosas por parte de empresas publicitadas. Actúa como un refuerzo para el artículo 32 de la LFPC para evitar la inducción al engaño y una equivocada elección de producto en el momento de compra, o sólo una percepción errónea de una marca.

También tiene como base no brindar espacios publicitarios a los mensajes que inciten a la violencia ni que distorsionen los buenos hábitos nutrimentales, esta ley sirve para fortalecer la protección de la salud física y mental de la audiencia receptiva del mensaje.

Entre los contenidos que están reiterados en la LGS y la LFRT son aquellas que refieren a bebidas alcohólicas y el tabaco, como productos nocivos para la salud. Existen una serie de restricciones para su difusión que aplican para la programación en los medios electrónicos. Están dedicados a proteger a los menores de edad, hacer referencia a consumirlos, de manera real o ficticia, durante su transmisión.

Sobre las decisiones tomadas por los tribunales en el tema de publicidad hemos encontrado las siguientes, en las que se revisa la interpretación de los jueces en las siguientes situaciones:

Tesis: 2a. CXLIII/2005
Novena Época
175832
Segunda Sala
Tomo XXIII
Febrero de 2006
Pag. 846
Tesis Aislada (Constitucional)

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. EL ARTÍCULO 35, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY RELATIVA, QUE ESTABLECE LA FACULTAD DE LA PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR PARA ORDENAR AL PROVEEDOR QUE EN LA PUBLICIDAD O INFORMACIÓN QUE DIFUNDA, INDIQUE QUE SU VERACIDAD NO HA SIDO COMPROBADA ANTE ELLA, NO TRANSGREDE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.

La facultad que prevé el artículo 35, último párrafo, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, consistente en que la Procuraduría Federal del Consumidor podrá ordenar al proveedor que en la publicidad o información que difunda, indique que su veracidad no ha sido comprobada ante ella, no tiene por objeto la privación de derechos del proveedor, por lo que no se rige por la garantía de previa audiencia establecida en el artículo 14 constitucional, sino que se trata de una medida cautelar provisional inmersa en el procedimiento administrativo seguido en forma de juicio establecido en el artículo 123 de la Ley citada, cuya finalidad es prevenir los daños que puedan suscitarse en perjuicio de los consumidores, por virtud de una posible infracción a la Ley Federal de Protección al Consumidor, relacionada con la veracidad de la información de los productos que se comercializan y distribuyen.

Amparo en revisión 1428/2005. Sancela, S.A. de C.V. 11 de noviembre de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan Díaz Romero. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Verónica Nava Ramírez.

Tesis: 1a. CLXV/2004
Novena Época
179552
Primera Sala
Tomo XXI
Enero de 2005
Pag. 421
Tesis Aislada (Constitucional)

LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA. LAS LIMITACIONES ESTABLECIDAS POR EL LEGISLADOR RELACIONADAS CON LA VERACIDAD Y CLARIDAD DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL SON CONSTITUCIONALES CUANDO INCIDAN EN SU DIMENSIÓN PURAMENTE INFORMATIVA.

La libertad de expresión e imprenta goza de una vertiente pública e institucional que contribuye de manera esencial a la formación y al mantenimiento de una opinión pública libre y bien informada, elemento imprescindible para el buen funcionamiento de la democracia representativa. Desde esta perspectiva, se entiende que las libertades de expresión e imprenta protejan de manera especialmente clara y enérgica el derecho del individuo a expresar sus ideas en materia política, y que otro tipo de discursos expresivos, como el comercial, estén mucho más desconectados de la función que otorga a estos derechos su singular posición dentro del esquema estructural de funcionamiento de la democracia representativa. En este sentido, la publicidad puede, en ciertos casos y bajo ciertas circunstancias, constituir una aportación al debate ciudadano sobre los asuntos públicos, y puede contribuir a difundir y a dar plasticidad a ideas que pueden y deben legítimamente ingresar en el debate público. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el discurso comercial se reduce simplemente a un conjunto de mensajes que proponen a sus receptores la realización de una transacción comercial y, en esa medida, su producción puede ser regulada por el legislador dentro de límites mucho más amplios que si tratara de un caso de ejercicio de la libertad de expresión en materia política. Si bien no puede afirmarse, ex ante y de manera absoluta, que el discurso comercial esté totalmente fuera del ámbito de proyección de la libertad de

expresión, en la mayoría de ocasiones el mismo solamente complementa el libre ejercicio de una actividad empresarial, por lo que le son aplicables las limitaciones legales y constitucionales que se proyectan sobre esta última. Esto es así cuando las limitaciones inciden en la dimensión puramente informativa de la publicidad y la relación de la publicidad con el ejercicio de la libertad de imprenta no se da en el caso concreto. El legislador, por tanto, al considerar la publicidad en cuanto mensaje que da información sobre la oferta empresarial puede someterla a los límites de veracidad y claridad exigibles en este ámbito.

Amparo en revisión 91/2004. Crédito Afianzador, S.A. de C.V., Compañía Mexicana de Garantías. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Raúl M. Mejía Garza.

De esta manera podemos ver que las leyes van acaparando poco a poco la materia de publicidad, sin embargo nos atrevemos a recomendar una compilación de ellas en una sola ley para clarificar los ilícitos a los que están expuestos los consumidores por parte de las empresas.

Hemos encontrado a lo largo de esta investigación que la ley mexicana hace hincapié en el uso y los límites de la exageración, como una opinión del mismo anunciante acerca de su producto, y ante los publicistas y empresas son objeto de muchas controversias.

La crítica se inclina hacia la publicidad engañosa como los mensajes o afirmaciones que no son literalmente ciertos, a pesar de que existe la herramienta de la creatividad como un método persuasivo y llamativo para la audiencia.

Los anunciantes deben tener cuidado de no llevar demasiado lejos las exageraciones para evitar el engaño, asumiendo la responsabilidad de la creatividad sin dar información que induzcan al error del consumidor.

En cuanto a la publicidad con base en testimonios, no se ha aclarado en la ley si esto fomenta un engaño al público cuando son personajes caracterizados como especialistas o usuarios que recomiendan ampliamente, e incluso garantizan la fiabilidad del producto.

El camino está abierto en el país para comenzar a tener una consciencia legal más exigente tanto para las empresas como para los consumidores, para lograr el equilibrio de la libertad de expresión de las empresas al publicitar sus marcas y productos, como para que los consumidores estén atentos a cuáles son sus derechos y cómo exigirlos. Así como para aumentar la protección y la claridad para una compilación de leyes que evite las fallas en ambas partes.

2.2. Referente España

La situación jurídica española en el ámbito del Derecho y la publicidad ha sido dictada con base en las necesidades sociopolíticas del país. Con una historia que data desde 1964 con el Estatuto de Publicidad, que una vez derogado lo sustituyó la Ley General de Publicidad en 1988.

Para nuestro estudio merece ser objeto de análisis el referente español, por su trayectoria en los temas que nos ocupan: el Derecho de la Información y la Publicidad.

La unión de estas vertientes desemboca en el Derecho de la Publicidad que se analizará en este capítulo y podemos tomarlo de referente para nuestro estudio y desarrollo en México.

2.2.1. Derecho de la Publicidad

El Derecho y la comunicación están ligados estrechamente con las relaciones humanas. Para lograr la convivencia y la interacción humana sana, son necesarias las dos disciplinas con un equilibrio y respeto entre sí.

La sistema social obedece a una comunicación en sus distintos niveles: intrapersonal, interpersonal, grupal o masivo. Sin embargo para poder realizar una sana

convivencia e interacción entre la sociedad es necesaria una normatividad que conserve o procure la justicia entre los involucrados, con el respeto necesario a sus libertades también.

Los mensajes comerciales o publicitarios, como una vertiente de la comunicación, tiene la necesidad imperante de ser también regulada por ser una actividad informativa en la que se ven involucrados distintos sujetos de la sociedad y es forzosa una justicia para los implicados.

El ordenamiento jurídico español responde a la demanda de las necesidades contemporáneas para la realización de disposiciones jurídicas específicas para defender derechos e intereses de los sujetos involucrados en el proceso publicitario.

Desde los años sesentas del siglo XX España crea una norma general para regular la actividad publicitaria, conocida como Estatuto de la Publicidad, promulgada en la Ley 61 de 11 de junio de 1964.

En esta norma se deslindan los principios básicos para que la actividad publicitaria sea justa para todos los involucrados, internos y externos. Sobre todo en cuestiones de la información que contienen los mensajes, como lo marca su artículo 6º del Estatuto de Publicidad: “En el ejercicio de toda actividad publicitaria deberán ser observados los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia”.

En los que se entiende que la legalidad obliga a los sujetos a cumplir lo establecido por la ley, usos y las buenas costumbres; la veracidad apela al cumplimiento de la verdad en los mensajes publicitarios; la autenticidad refiere a que el público reconozca el mensaje publicitario desde su naturaleza, sin interpretarlo como otro tipo de mensaje; la libre competencia a ejercer la consideración en la actividad publicitaria.

La regulación pretende concebir la comunicación publicitaria como una información de carácter comercial. La sociedad requiere del consumo de productos, sean bienes o servicios para la satisfacción de distintas necesidades. Para esto es precisa la información de los productos existentes en el mercado, las ventajas y beneficios que le ofrecen cada una de ellas. Así que la comunicación publicitaria ayuda al consumo informado por parte de la sociedad.

La información comercial es un beneficio para todos los sujetos involucrados en la actividad publicitaria. Uno de los efectos sociales que existe es el progreso de las técnicas de persuasión a través de los mensajes publicitarios. Así que a información comercial se convierte en un mensaje publicitario en el momento que intenta persuadir al destinatario de consumir el producto anunciado.

Con una intensidad poco ética existe la posibilidad de informar ilícitamente a los destinatarios del mensaje comercial, esto justifica ampliamente la necesidad del desarrollo de una ordenación jurídica. La creación y desarrollo para un soporte normativo debe considerarse desde el momento mercadológico en el que se decide comunicar un mensaje hasta que el destinatario lo recibe y se realiza una retroalimentación.

El proceso mercadológico y comunicativo contiene una serie de elementos susceptibles de tener un tratamiento normativo, asimismo de los sujetos involucrados de poseer derechos y obligaciones, por el hecho de involucrar anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación, público en general y consumidores.

La publicidad ofrece diversas perspectivas en su regulación jurídica. De un lado es información dirigida a los clientes potenciales de un producto o un servicio por lo que sobre ella pesan los límites constitucionales a la libertad de información; y también es una actividad creativa orientada a la difusión (art. 20 CE). Por otro lado, es una actividad íntimamente ligada a la comercialización y a la mercadotecnia empresarial, hermanándose por este otro flanco a la libertad de empresa (art. 38 CE). Este carácter bifronte de la comunicación publicitaria se pone de manifiesto en su regulación jurídica que, en esencia, responde a la necesidad de proteger un bien o derecho constitucional determinado que, o bien entronca con los intereses de los destinatarios de la publicidad dignos de protección (consumidores, menores, perspectiva de género, etc.) o bien con los intereses del mercado (veracidad en la información comercial, prohibición de la competencia desleal, etc.) (Guichot, 2011: 74)

Todas estas perspectivas fueron contempladas en un solo cuerpo legal, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad que, en gran medida, ha sido progresivamente vaciada de contenido. En primer lugar porque como la propia LGP

preveía, han proliferado las regulaciones específicas sobre la publicidad de ciertos productos (medicamentos, tabaco, alcohol, etc.) En segundo lugar porque la legislación sobre ciertos medios de comunicación ha impuesto límites específicos a la actividad publicitaria, difundida en ellos. En tercer lugar porque los límites jurídicos a la actividad publicitaria han ido expandiéndose –como el concepto mismo de publicidad- hacia la actividad de mercadotecnia, que es una noción situada en la órbita del mercado y de la competencia y que va más allá que la mera difusión de mensajes comerciales en la que se encajaba legalmente el concepto estricto de publicidad. Estas circunstancias han motivado que muchos aspectos de la protección frente a la publicidad sean actualmente contemplados desde la más amplia perspectiva de las normas sobre consumo y competencia desleal, muy permeables, por las demás. (Guichot, 2011: 75)

El Derecho de la Publicidad, como una rama del saber jurídico español, contiene planteamientos atractivos para los sujetos involucrados en la actividad publicitaria. Podemos pensar que frena la libertad de creación para realizar mensajes publicitarios, sin embargo mantiene una protección al consumidor y a las empresas.

El tratamiento que le puede dar el Derecho a la materia publicitaria se deriva de la necesidad de protección y de justicia a los sujetos involucrados en esta actividad. Es una integración de una realidad legislativa y materia doctrinal que va paralela al derecho a la información. Esto a bien de la información vertida en la publicidad comercial que está en interacción constante con la sociedad.

España considera a la publicidad una materia digna de ser objeto de estudio, de realizar leyes para ella y llevar a cabo su interpretación, de lograr una integración y sistematización para una normatividad y cumplir sus repercusiones ante su aplicación. Así que el Derecho de la Publicidad es una rama de la ciencia jurídica de este país.

El Derecho de la Publicidad es la ciencia jurídica que estudia el ordenamiento jurídico desde la perspectiva del fenómeno informativo publicitario, ordenado y sistematizando dentro de aquél la actividad publicitaria comunicativa y las situaciones y relaciones jurídico-publicitarias y sus diversos elementos, al servicio del derecho a la

información, de la protección de los receptores de la publicidad y de los sujetos publicitarios en general (Santaella, 1982: 190).

La incursión de la legislación publicitaria en España lleva a la reflexión sobre el sentido y los alcances que puede tener una normativa en México, respetando la libertad de expresión de las empresas, para no coartar la necesaria creatividad de los mensajes publicitarios.

Los problemas jurídicos son resueltos con una serie de normativas, que vistas desde el Derecho de la Información protegen a todos los sujetos involucrados en la actividad publicitaria. La fundamentación del Derecho de la Publicidad se basa en la aplicación iusinformativa, que incluye a los sujetos publicitarios y se refieren a un objeto específico la difusión de un mensaje publicitario, persuasivo y comercial. “La realidad jurídico-publicitaria puede abstraerse e insertarse en situaciones y relaciones jurídicas de naturaleza informativa” (Santaella, 1982: 163), así interactúa de manera directa el fenómeno publicitario con el jurídico.

La materia publicista tiene elementos característicos muy especiales por el hecho de ser mensajes hechos para la persuasión y el posicionamiento de los ciudadanos sobre la marca, visto desde esta perspectiva la información que se transmita a través de este tipo de comunicación debe ser veraz y no inducir al error de los destinatarios. Estos principios son generales para el deber del informador, sin embargo la retroalimentación consiste en un posicionamiento o en una transacción económica, lo que la hace un tipo de información y comunicación diferente y una verdadera necesidad de un Derecho de la Publicidad como complemento del Derecho de la Información.

“El principio capital de integración viene representado por el derecho a la información (...) como derivados articulan la especial protección de los competidores en la oferta de bienes, productos, servicios, actitudes, opiniones y comunicaciones en general; en la protección específica de los bienes y derechos de la personalidad y de las creaciones e ideas que instrumentan el proceso de la comunicación publicitaria” (Santaella: 1982, 189).

El Derecho de la Publicidad está justificado por las aclaraciones anteriores que hace Santaella para autointegrar sus propias lagunas y ser suficiente para individualizar esta rama del Derecho, que tiene una autonomía pedagógica y legislación especial.

2.2.2. Ley General de la Publicidad

Para el Derecho Constitucional español, el Derecho de la Información se centra como una línea de investigación principal que contempla a la publicidad como parte del derecho a la información y una libertad de expresión.

Los estudios en torno a la publicidad desde una perspectiva jurídica puntualizan los sujetos organizados, en el que se toman en cuenta a los anunciantes como las empresas, los sujetos cualificados que son las agencias de publicidad y los sujetos universales llamados así a los destinatarios; mensajes entendidos por el conjunto de información que se desea enviar; los medios de comunicación; los derechos de la propiedad intelectual como otra vertiente de interés para la materia.

Los principios del Estatuto de 1971, indicaba que la publicidad debía tener cuatro principios rectores para realizar la actividad, con la finalidad de regularla y proteger a los sujetos publicitarios.

La publicidad al ser un proceso comunicativo, administrativo, psicológico y comercial tiene la necesidad de tener una serie de normas, acuerdos y reglas para procurar la justicia. España vislumbró este problema desde la década de los setentas y pone en orden las necesidades básicas para lograr esa equidad entre los involucrados.

Los problemas representados en el fenómeno publicitario fueron ubicados y resueltos a través de los cuatro principios rectores del Estatuto: legalidad, autenticidad, veracidad y lealtad. Principios que protegen a los sujetos de la publicidad y en su totalidad recaen en un método justo para todos.

La ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad) surge por la necesidad de actualizar el Estatuto y adaptarse al contexto del

momento. Se establecen los artículos de la ley con los mismos principios sin ser de manera expresa, como lo hacía el artículo sexto del Estatuto.

El principio de legalidad que implicaba “el respeto a la dignidad de la persona, así como los derecho y valores reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer” donde al igual cita sobre “el principio de veracidad supone que la publicidad no puede ser engañosa ni por acción ni por omisión. Así no puede contener falsedades que generen un error en sus destinatarios con el consiguiente perjuicio para ellos y para los competidores” así como del principio de autenticidad dice que “requiere que el destinatario del mensaje publicitario pueda percibir y distinguir tal mensaje como lo que es sin necesidad de un esfuerzo intelectual o sensorial considerable” y sobre el principio de lealtad lo señala como el que “no posee un significado diferente al de lealtad con lo que debe practicarse toda la competencia mercantil con su independencia de que su instrumento se a la publicidad o no” (García Sanz, 2009).

La publicidad ilícita se regula en España a través del derecho publicitario, que desde 1996 lo contempla el Código Penal que uno de los supuesto que maraca es el de publicidad engañosa y lo convierte no sólo en un acto ilícito, sino también penal.

La actividad publicitaria se caracteriza por ser mensajes informativos comerciales que llaman la atención de los destinatarios para lograr la una persuasión y posicionamiento de marca, sin embargo existen anunciantes y agencias que protegiéndose en la libertad de creación y expresión distorsionan la información para inducir al error o confusión de los destinatarios para lograr ese posicionamiento.

2.2.2.1. Publicidad ilícita

La actividad publicitaria se caracteriza por ser mensajes informativos comerciales que llaman la atención de los destinatarios para lograr la una persuasión y posicionamiento de marca, sin embargo existen anunciantes y agencias que protegiéndose en la libertad de creación y expresión distorsionan la información para inducir al error o confusión de los destinatarios para lograr ese posicionamiento.

En la Ley General de Publicidad en España, se considera a los mensajes publicitarios ilícitos, en los que no logren los ya citados principios del Estatuto, que contemplan, entre otros la veracidad de la información. Se cita de la siguiente manera:

3. Es ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

b) La publicidad engañosa.

c) La publicidad desleal.

d) La publicidad subliminal.

e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

PUBLICIDAD DENIGRATORIA

El artículo 3 de la Ley General de la Publicidad declara que es ilícita en su inciso:

La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizado particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que presten de promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Se redacta conforme a la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, a lo que se dice que “a prohibición de

esta norma tiene su fundamento principal en consideraciones de orden ético o moral por atentar contra valores dignos de especial tutela” (García Sanz, 2009: 352)

La dignidad, concepto que se encuentra en el vocabulario de las personas, tema que se plantea en distintos contextos de la vida de todo ser humano, considerada como un valor primario. Las personas apelan a la dignidad como parte de la justicia tan buscada el día a día de las personas; y al preguntarse ¿qué es la dignidad? les es complicado llegar a una definición, la consideran sin saber con exactitud su significado.

Para la Real Academia de la Lengua la dignidad es: “Gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse”, se puede asumir que es una actitud que las personas adquieren por voluntad propia, pero ¿qué pasa en el momento que esa dignidad la atrofia algún tercero?

El valor de la persona se ve reflejado en la dignidad. En lo valioso que puede tener por su comportamiento, sus actitudes y las características que existe en cada ser humano. El valor tan positivo o negativo que se adquiriera según las acciones que lleva en su vida.

Así que el valor no es siempre bueno, si las acciones son negativas para su propio ser o para terceros, se entiende que el valor es malo, a pesar de que no se consideran viables ni válidas las manifestaciones extremistas y totalitarias, existen parcialidades que pueden degradar el valor de la persona y en consecuencia, su dignidad.

El bien y el mal son términos completamente subjetivos, así que la dignidad de la persona depende, entre otras, de la cultura, contexto, vivencias, valores, filosofía y enseñanzas que lo complementan integralmente como persona. Sin embargo existe un común para el bien o mal que pueda hacerse a alguien: la sensación de deseo para cada persona. Todos deseamos el bienestar propio, la tranquilidad de vida.

Así que la dignidad, como valor humano depende del bienestar que pueda experimentar la persona según la justicia de sus actos y el valor que se le toma de ellas. El resultado de las características, sean positivas o negativas del ser humano con respecto a las actitudes y acciones que tenga para sí mismo y para los demás.

Fernández Bogado asegura que “la honra u honor es el sentimiento o la conciencia de la propia dignidad, y es también el más valioso atributo que una persona pueda tener frente a las demás, de su reconocimiento dependen alto grado la estima que los demás tengan hacia esa persona” (Bogado, 2010).

Es así como la dignidad se manifiesta en el honor, en una revelación de un derecho al que todo ser humano está envuelto por las características que trae consigo.

El honor es considerado un valor del que no se puede desprender la persona, como bien lo asegura Fernández, es un atributo que se presenta ante los demás u que depende de él, incluso el trato que pueda tener ante terceros, la justicia del trato en la sociedad.

El valor del honor está conceptualizado según el contexto en el que se desenvuelve la persona. Los valores, las actitudes y las acciones según las costumbres del lugar donde se desarrolla socialmente.

Depende al igual de la autoestima y la seguridad de cada ser humano. Puede existir el concepto de “dignidad humana” sin embargo la dignidad y el honor es completamente subjetivo. Mientras alguien puede considerar que se menoscabó su dignidad o dañó su honor determinada acción, puede existir otra persona con una concepción distinta de tal daño.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) considera a la dignidad desde su primer artículo, que dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Así es que la dignidad es un derecho, el primero, que se debe ejercer por todas las personas, sin distinción de ningún tipo.

A pesar de que se declara una igualdad entre las personas y de un comportamiento fraternal, es un poco utópico. La igualdad en la dignidad y derechos se ve sobrepasada en diversas ocasiones, algunas de ellas por el desconocimiento a los derechos que tiene cada una de las personas.

La igualdad en la dignidad se ve menoscabada con la denigración de cualquier tipo a una persona, la discriminación, la esclavitud, el abuso, entre otras.

La discriminación a los sectores vulnerables son ejemplos claros de la violación al derecho de igualdad de dignidad, afecta al honor de la persona cuando ésta se ve expuesta y el aprecio propio.

El honor como manifestación de la dignidad es un concepto difícil de aclarar, ya que existe la divergencia de percepciones entre lo filosófico, lo moral, lo legal, la psicología y lo sociológico.

¿Cómo aclarar la justicia al honor de una persona cuando se ve atrofiada su dignidad por otro ser humano? Difícil de responder, al ser un concepto tan subjetivo, las interpretaciones que se le pueden dar son tantas, como las personas que existen en cada sociedad.

La sociedad puede dar un concepto desde lo moral, siempre vista desde una perspectiva subjetiva. “Lo que es justo para mí puede aplicar a los demás” es la consideración que cualquier persona puede tener al tomar en cuenta la justicia para los otros.

El crédito que tiene el ser humano en la sociedad es fundamental para la vida de todos. El desenvolvimiento que se tiene en una sociedad depende del juicio que tengan las demás personas con quien se convive.

Las referencias de las acciones y los valores con los que una persona vive influyen en el desarrollo de casi todos los aspectos de una persona. Los humanos, como seres integrales, tienen la necesidad de tener una serie de características que en una sociedad sean aceptables y justas para la mayoría.

El honor es un derecho que se considera en el Derecho de la Información, como una excepción al derecho a la información. La excepción del derecho a realizar, generar o difundir información falsa sobre una persona.

El derecho se hace viable cuando se exterioriza, y de aquí que es excepcional, sin embargo se limita cuando se encuentra en ejercicio del derecho, la libertad.

La excepción del derecho a la información está justificada con el respeto a la dignidad de una persona. Es un deber de todos cuidar de ella y por eso un derecho al que todos tienen derecho, a que en ningún momento del proceso informativo se realice un contenido falso (mas no equivocado) de ninguna persona.

El derecho al honor tiene como consecuencias el derecho a la rectificación, acceso, cancelación y oposición de los datos que se manejen sobre la persona

Por lo anterior, la dignidad humana está considerada como un derecho humano. La Declaración Universal de Derechos Humanos considera el honor en su artículo 12, en el que se lee:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

En el artículo presenta un derecho personal sobre su honra y reputación. Vale la pena analizar que estos dos señalamientos dependen de terceras personas. Los ataques a la honra, fama o reputación pueden ser a través de juicios negativos o mentiras sobre acciones, actitudes o carácter de las personas. Y todas las personas tienen derecho a la protección de estos derechos.

Existe el prejuicio de que este tipo de derecho pertenece sólo a las personas con una vida pública. A pesar de que existen personas que se ven truncados en este derecho, desconocen que pueden actuar legalmente ante ello.

El error en el que viven muchas personas es que el derecho al honor es exclusivo de “personalidades” de los espectáculos, deportistas o políticos, por su proyección en los medios de comunicación.

El derecho al honor de la persona de quien se va a difundir la información es el que queda protegido, como un bien inmaterial y personal.

Si se atiende al artículo 1 de la DUDH y la igualdad a la dignidad, mencionado anteriormente, sin excepción, las personas tienen derecho a este respeto al valor. Así que es de considera la importancia de que todos sepan que no es un derecho exclusivo de algunas personas, o de quienes tienen una proyección social o en los medios de comunicación. Es un derecho de todos y debe ser ejercidos por todos.

En la legislación mexicana se considera el derecho al honor en sus artículos 1910 que dice: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Así como el artículo 1916 (Código Civil Federal, 1928) lo siguiente:

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En

los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos:

El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonor, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien;

El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona. La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo. La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo.

El honor es un bien inmaterial y personal, asociado a la dignidad humana. Así que como un derecho que considera el Código Civil, es importante señalar que lo refiere como un derecho personal, aunado con otros.

Los derechos personales, como se ve contemplado en el artículo 1916, pueden encontrarse juntos e incluso desencadenarse uno tras otro al pertenecer a la personalidad y sus características y valores de una misma persona.

Con el conocimiento de lo escrito, el honor es un bien inmaterial, que se puede dañar a través de la moral. El daño es reconocible y hasta expuesto, pero ¿cómo se puede rectificar un daño al honor?

A pesar de estar estipulado en la ley, la rectificación puede ser económica, o en el caso de haber sido publicada información errónea o equivocada sobre una persona, puede existir una rectificación o fe de erratas, según sea el caso.

El problema aquí radica que la indemnización económica es valorada de manera causística y determinada por un juez. Es difícil que exista una tabla en donde se marque la cantidad que se debe entregar a la persona afectada en su moral o en su honor, ya que son bienes inmateriales e intangibles.

La mayoría de la población mexicana, por la educación tan escasa que existe, tiene esta credibilidad alta ante los medios de comunicación. Los utilizan no sólo para entretenimiento, sino la información la toman como aprendizaje, e incluso un modo de vida personal.

PUBLICIDAD ENGAÑOSA

José María Desantes dice que otro peligro del régimen que admiten las ideologías contrarias es que “la propaganda ideológica como la publicidad comercial, debe ser difundida y recibida como tal.” (Desantes Guanter, 1974, 58)

Desantes escribe en su obra de Fundamentos de Derecho de la Información: “La publicidad, no ya en forma de pequeños anuncios, sino de grandes espacios va a permitir la mejora técnica y la autonomía de la prensa... salvar la autonomía de las agencias de prensa en régimen cooperativo” (Desantes Guanter, 1977: 62)

Por otro lado Alfonso Méndiz Noguero asegura que “en la publicidad el emplazamiento no induce ni puede inducir a error sobre la composición, origen, calidad, etc., de un determinado producto... la audiencia puede pensar que esa aparición en la pantalla obedece a aspectos artísticos o creativos, y no una contraprestación económica: lo

cual supone un engaño por ocultación, por quebrantar el principio de identificación de la publicidad.” (Méndiz Noguero, 2003)

Eulalio Ferrer, reconocido por sus obras de comunicación y publicidad con base en sus experiencias de ellas como empresario y estudioso, describe a través de una entrevista hecha por el profesor Ignacio Vado, en el programa “Educación, Ciencia y Cultura”, que se transmitió por el canal 4 de televisión de la Ciudad de México en 1966, un 30 de mayo que: “la publicidad respete sus intereses y no los viole, en nombre de ningún otro interés... el público es el que paga la publicidad, por eso tiene derecho a irritarse cuando no se le sirve bien o se trata de abusar de él.” (Ferrer, 1985)

Para el método de Kleppner, una de las obras y métodos más recurridos por los publicistas, aclara que la publicidad está sujeta a tres limitaciones básicas: las leyes y reglamentos de organismos debidamente constituidos; el control de los medios a través de lineamientos para una publicidad aceptable; la autorregulación por parte de anunciantes y agencias. (Russell & Lane, 2001: 653)

Para la estudiosa en el tema, la Dra. Issa Luna Pla considera que “engañar al consumidor es un defecto del marketing, no una virtud. Porque los proveedores se quedan sin ideas para crear un producto que sobresalga por sus propiedades” (Luna Pla, 2012).

El artículo 4.1 de la Ley General de Publicidad la define como, “Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatario, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”.

“Para calificar como engañosa la publicidad, el engaño no tiene que afectar a la totalidad del mensaje publicitario, es decir, si un mensaje es parcial veraz y parcialmente engañoso, podrá ser considerado engañoso en su totalidad si induce a error a sus destinatarios. (Devesa, 1995)

En lo que se denomina principio de indivisibilidad del anuncio, no pudiendo analizarse separadamente cada una de sus partes.

La publicidad engañosa por omisión contempla el engaño en su artículo 4.2 dispone que: “Es asimismo engañosa la publicidad que silencia datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”. Contempla el engaño por parte del emisor del mensaje a través de supuestos que omiten datos esenciales de lo que se publicita, no siendo los mensajes que omitan datos intrascendentes del producto o del objeto del mensaje publicitario.

A esto García Sanz refiere que la omisión de datos debe ser eficaz y debe inducirse al destinatario a adquirir el producto promocionado, puesto que no recoge la expresión “pueda inducir”, criterio que se defendido en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de noviembre de 2006 y de 23 de noviembre de 2007.

PUBLICIDAD DESLEAL

La disciplina de la libre competencia como la de la competencia desleal tienen un presupuesto común de libertades de industria, de comercio y expresión. Sin embargo las bases ideológicas desde el momento en que el Estado regulador, impulsor de un nuevo código de conducta económica se dirige hacia la obtención de riqueza y es percibido como artificio de una abundancia, convirtiéndose en el prototipo de las grandes empresas capitalistas.

La libertad de las empresas está estrechamente relacionada con la idea de la propiedad, en el caso de la adquisición de clientes que las marcas a través de la publicidad, que atraen al mercado para conocer y consumir el producto utilizando la el principio del deseo de las personas de adquirir y conservar. (Robles Martín-Lobarda, 2011: 15-17).

En el caso español, la competencia desleal el Estado no actúa sino hasta que los acuerdos entre los empresarios se manifiesten como insuficientes para impedir que los competidores más agresivos.

La competencia desleal entre las empresas se puede dar en distintas vertientes, la que nos interesa en esta investigación es la que se hace a través de la publicidad.

Las empresas pueden utilizar los mensajes publicitarios para realizar una competencia desleal, poniendo en desventaja el producto o marca con quien compite. Existen casos españoles que son castigados las empresas que utilizan la publicidad para competir deslealmente con otras empresas.

PUBLICIDAD SUBLIMINAL Y ENCUBIERTA

La publicidad encubierta debe ser considerada como una modalidad de publicidad engañosa, por lo que dice el artículo 4.1 de la Ley General de Publicidad. El engaño puede tener su origen en el contenido del mensaje publicitario, a ello García Sanz dice que al incluir la expresión “incluida su presentación”, enseña que el engaño puede tener origen también en el contexto en que aparece el mensaje publicitario, pone de ejemplo como publicidad encubierta cuando el público no es consciente de que una determinada manifestación es una actividad publicitaria y los destinatarios no identifican la naturaleza de la manifestación publicitaria y desconoce el origen.

Los mensajes que se emiten por debajo del umbral de percepción y provocan el consumo de un producto pueden ser utilizados en cualquier medio que pueda ser recibido por los sentidos de una persona.

García Matilla asegura que en los casos de las imágenes que están en movimiento, como el video, nuestro consciente puede analizar hasta 14 imágenes por segundo, sin embargo, pero si percibe todas las que se envían, de tal manera que cualquier mensaje que se inserte puede ser recibido subconscientemente y los emisores hacen uso de esta técnica para influir en la voluntad del individuo en el momento de realizar una elección de producto en el mercado.

Recordemos que la selección es un estímulo del que el publicista está consciente, incluso que él mismo la provocó a través de una necesidad creada. Y como lo afirma la cuarta ley de la mercadotecnia: la publicidad y la mercadotecnia no son una batalla de productos, es una batalla de percepciones, se pueden manipular las percepciones de las personas frente a marcas o productos, con estrategias variadas (Ries, 1993).

2.3. Autorregulación

La publicidad se encuentra estigmatizada por falta de ética, por ser uno de los problemas de la sociedad y causante de los males que le aquejan. Es acompañada de adjetivos como engañosa, abusiva, mentirosa. Sin embargo es pertinente aclarar que la publicidad pertenece a una inmensa red de manufactura, servicios, administración y comunicación de la mercadotecnia. Podría decirse que la mercadotecnia es quien debería tener los adjetivos y la publicidad es una víctima de ese proceso.

La publicidad no vive por ella misma. La publicidad tiene su fundamento en la mercadotecnia al ser un elemento fundamental. Que a su vez tiene vigencia por los productos y servicios que desean ser puestos a disposición del público.

Es una herramienta, la más utilizada, para dar a conocer las características de un producto, sin embargo no toda la publicidad es honesta y aquí es cuando surge el problema de los adjetivos calificativos negativos con los que se conoce, mas no es válido generalizar. La publicidad como herramienta ayuda a que no sólo los grandes empresarios, sino cualquier persona (física o moral) que ofrezca un producto, llámese bien o servicio, pueda posicionar y persuadir al público sobre las características que promete.

Cuando se habla de publicidad no se puede dejar de lado la mercadotecnia, pertenece a ella la publicidad, después de hacer un estudio de mercado y encontrar las necesidades que tiene el consumidor a través de la publicidad se comunica a los posibles consumidores sobre el producto. El problema radica que por mostrar las bondades y beneficios de dicho bien o servicio la publicidad cae en la mentira, engaño y obviamente en la desinformación que actúa contra la garantía individual de pensar.

La publicidad como herramienta es una oportunidad para quienes comunican la información sobre los bienes y servicios que les ofrecen a los consumidores (potenciales y activos), al igual que el público en general a través de los mensajes que envía por cualquier medio (sea masivo o personal).

Los medios masivos de comunicación son una de las vías más recurrentes por las que se difunden los mensajes publicitarios. Uno de los propósitos más importantes de la

comunicación es informar, la tendencia negativa de la mercadotecnia por lo general es la manipulación de los mensajes para intereses propios sin importar las consecuencias negativas en los receptores.

Así que la publicidad, al pertenecer a uno de las llamadas 4 P de la mercadotecnia, entre las que se encuentran el producto, el precio, la plaza y la promoción, ésta última alberga la publicidad como uno de sus métodos de comunicación con la finalidad de persuadir y posicionar a los consumidores.

El presupuesto publicitario de una empresa es una inversión grande, ya que no sólo va dirigido a los creativos, sino a un gran equipo que se encuentra detrás de una campaña publicitaria, desde los investigadores de mercadotecnia, procesadores de datos mercadológicos, administrativos, equipo creativo, producción, medios de comunicación y demás involucrados. Por esta razón, entre otras, el mensaje debe estar dirigido de una manera específica, correcta y no arriesgar la confianza de los involucrados, que resultan ser consumidores en general del producto, marca e idea.

Las relaciones públicas son de importancia relevante para la publicidad, ya que pueden ser de dos tipos: internas y externas. En el primer caso se refiere a la relación que tiene la empresa con todas las personas que se involucran directamente en cualquier parte del proceso previo a la venta, desde quienes idean el bien o servicio, proveedores, vendedores, trabajadores de la empresa que lo manufactura u ofrece. Las relaciones públicas externas se refiere a quienes están expuestos al producto, el público en general al saber del producto, la audiencia que conoce por los medios masivos de comunicación, quienes lo adquieren o lo desean, así como todos aquellos que no tienen ninguna relación directa con la marca, empresa y/o producto.

A todas estas personas deben ganarse la confianza, principalmente a través de la comunicación, ya que es a través de ella que se da a conocer el producto antes de ser adquirido por cualquier medio.

La publicidad, como parte de la promoción de las 4P mencionadas anteriormente, tiene que encontrar estos tipos de relaciones y el valor fundamental que las caracteriza es la confianza y el respeto que se tenga a la empresa, por su veracidad, principalmente.

Para lograr el posicionamiento y la persuasión en los consumidores se requiere de un estudio de mercadotecnia. En este momento es cuando se puede atentar contra la ética.

La mercadotecnia es la encargada de encontrar los perfiles de los consumidores, estudia las características personales que pueden ser vulneradas para lograr la persuasión de la necesidad del producto. Se estudia de manera social, económica y psicológica de las personas que pueden convertirse en consumidores potenciales.

No basta comprar el producto, sino tenerlo en la mente. Para esto existe el posicionamiento. Lograr que el producto sea sustituido por el nombre de la empresa o la marca, y para conseguirlo se necesita tener estrategias psicológicas en los que se puede atentar contra la ética. Las estrategias de la mercadotecnia dependen de la finalidad de la empresa y de los valores con las que se maneje.

La publicidad puede ser creativa, y no por eso puede ni debe considerarse como un sinónimo de engañosa. Existen innumerables ejemplos de publicidad que se basa en la creatividad para dar a conocer sus características, posicionarse y persuadir de ser un producto digno de adquirirse y ser recordado.

El problema se podría solucionar con una regulación legal en la materia, porque la falta de ética de algunas empresas expone a los consumidores, y público en general, a ser engañado por los mensajes publicitarios malintencionados. Y a pesar de que existen regulaciones sobre ella, que se llevan a cabo a través de la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), no son suficientes para evitar el engaño al público.

Una solución viable, que han encontrado las empresas, las agencias de publicidad y los medios de comunicación es la autorregulación.

La autorregulación es utilizada para vigilarse ellos mismos de que los mensajes publicitarios que se envían por los distintos medios sean correctos y veraces. La necesidad

de que la comunicación sea fiable por parte del emisor es imperiosa para todos los involucrados en el proceso general.

A pesar de que es una obligación de los involucrados emisores del mensaje, que sea veraz la información que difunden, muchas se valen de artimañas engañosas para lograr los objetivos de la persuasión, posicionamiento y venta.

La autorregulación es un método eficaz para lograr que los mensajes de los emisores sean veraces y conserven la confianza de los receptores. La confianza es uno de los factores y valores principales de la publicidad, de ella depende el consumo de los productos, incluso de las recomendaciones o la también llamada “publicidad de boca en boca”, que es de gran utilidad para las empresas.

La autorregulación que se utiliza en México se realiza principalmente de manera asociada, entre empresas, medios de comunicación y agencias publicitarias que se vigilan entre sí con base en un código de ética y valores que los encaminan al mismo punto: evitar la manipulación de los receptores de los mensajes, de manera engañosa.

El valor que la publicidad puede tener se ve menoscabado por todos aquellos mensajes informativos que envían las empresas para engañar al público de manera ventajosa.

La publicidad ofrece una serie de ventajas y beneficios para los consumidores y público en general al dar a conocer las características de un producto, sin embargo la falta de regulación legal mexicana para pautar en los medios masivos de comunicación, dejan al libre albedrío de los emisores de mensajes publicitarios el contenido de los mismos, de aquí la importancia de la autorregulación entre las empresas.

En el caso de la autorregulación por parte de asociaciones de empresas involucradas en la publicidad, como lo son los medios de comunicación, empresas de productos, mercadólogos, diseñadores y agencias publicitarias actúan entre todos para estar alertas de que se respeten los acuerdos que existan entre ellos.

Cada uno de los involucrados pretende que cada empresa siga su propio código de ética, así como el que se tiene en la asociación, al igual que apegarse a los valores que los rige.

La protección que surge de la autorregulación recae no sólo en los consumidores, sino también las mismas empresas, a los clientes internos y externos.

Los clientes internos son todos los trabajadores y proveedores que se encuentran en el proceso de manufacturación de los productos, mientras que los externos son quienes están expuestos a la comunicación de sus características y venta del producto ya fuera de su empresa.

La autorregulación beneficia a estos dos tipos de clientes en la mercadotecnia y protege la confianza que proyecta la empresa, a falta de la regulación legal. Es conveniente que exista y se mantenga mientras el Estado no haga nada al respecto con una verdadera legislación.

La autorregulación funciona como un vigilante interno que complementa a la escasa legislación mexicana sobre el tema y al mismo tiempo ayuda a preservar el valor que puede tener para los beneficiarios de la publicidad.

La autorregulación sobre los contenidos o la publicidad es una decisión voluntaria de uno o varios de los intervinientes del proceso comunicador por el que se comprometen a asumir un conjunto de normas y compromisos de acción o inacción, ajustados al marco legal vigente, sobre los contenidos y presentaciones de su emisión audiovisual, en beneficio de los destinatarios de dicha emisión y la sociedad, o para un mejor funcionamiento del propio sector. (Linde Paniagua, Vidal Beltrán, & Medina González, 2013)

La publicidad, como un mensaje que se comunica, es la idea que se transmite, pero para reforzar lo dicho, ésta debe ser lo más cercano a la realidad y a la verdad posible, ya que en la publicidad lo que se pretende es posicionar un producto para que en el momento que el consumidor tenga la necesidad de adquirir un productos sea ese el que compre.

Aznar asegura que “las actitudes y modos publicitarios se imitan, se toman como ejemplo y en ocasiones significan la única referencia válida para muchos ciudadanos que no se informan por otros medios” (Aznar, 2000). El engaño al público de manera deliberada puede ser hasta peligroso para la audiencia publicitaria, al consumir productos que se les deposita la confianza por sólo salir en medios de comunicación y no saber las características reales del bien o servicio que se adquiere.

La irresponsabilidad de quienes están involucrados en la producción y difusión de los mensajes publicitarios engañosos, desleales o tendenciosos de manera negativa para el consumidor, recae en la confianza del consumidor.

“Al momento en que se resquebrajó el principio de la incuestionabilidad institucional, se perdió toda sustentación moral. Ahora toda propuesta debe ser justificada y toda premisa, demostrada” (Homs, 1995) si se hace referencia a la pérdida de confianza que existe entre el auditorio y consumidores potenciales y activos de los productos que se muestran en los medios masivos de comunicación.

La gran problemática reside en la ausencia de confianza y la escasa legislación con respecto a este tema. La publicidad es un factor económico primordial para la mayoría de las empresas, sobre todo las mediáticas. Las pautas publicitarias resultan ser el motor económico de los medios de comunicación, sin generalizar pero sí en su mayoría.

Por lo anterior el principal exponente del Derecho de la Información, José María Desantes decía respecto a la publicidad: “La publicidad, no ya en forma de pequeños anuncios, sino de grandes espacios va a permitir la mejora técnica y la autonomía de la prensa... salvar la autonomía de las agencias de prensa en régimen cooperativo”. (Desantes Guanter, 1977)

Así, para no exponer las decisiones de los medios de comunicación, ni comprometer la información con ninguna ideología política, Desantes propone que la publicidad sea un medio de adquisición económica para las empresas mediáticas.

Si es necesario realizar una comparación entre los avances publicitarios en cuestión de regulación y legislación, existe un abismo entre España y México.

En España se encuentra la Ley General de Publicidad de 1988, en donde define publicidad en su artículo 2 como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal o profesional, con el fin de proveer de forma directo o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

La referencia anterior se debe a la necesidad de tomar en cuenta a la publicidad para ubicarla como una actividad regulada por el Estado, sin embargo la escasa legislación mexicana al respecto desemboca en la asociación de empresas que tienen la visión de regularse de manera autónoma.

En México como en muchos países del mundo, existen reglas y normas que regulan la publicidad, los que hace mención la obra de Treviño son:

- Reglamento de Control Sanitario de la Publicidad: este reglamento surge en el 2000 y regula la publicidad difundida en México.
- Código de Ética Publicitaria (Cámara Internacional de Comercio): surge en 1987 y se presenta en el Código Internacional de Prácticas Publicitarias de la Cámara Internacional de Comercio, adoptado por su Consejo Ejecutivo, en Nueva Delhi, India.
- Código de ética publicitaria: promovido por la Asociación Mexicana de Agencias de Publicidad (AMAP) y realizado por el Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria, AC (CONAR), el Código de Ética Publicitaria.
- Código de Ética de la Asociación Nacional de la Publicidad, AC.
- Ley Federal del Consumidor: su finalidad es proteger a los consumidores para exigir que en la compra de un producto o la prestación de un servicio sus derechos sean respetados en todos los aspectos.

La AMAP asegura “agrupar a las agencias con mayor integridad y profesionalismo en México, cuyo trabajo destaca por su pensamiento estratégico, creatividad y profundo conocimiento de la sociedad”.

Para Simón Majaro la información es una ayuda esencial para la mercadotecnia. A medida que se conoce más de mercados y clientes, es más sencillo integrar un ensamble de satisfactorias para dirigirse a la audiencia objetivo.

La autorregulación como medida complementaria para la legislación en México se realiza a través de los códigos de ética de cada empresa, así como de las asociaciones de agencias publicitarias, de empresas unidas con finalidades éticas y en pro al consumidor, entre otras.

Las asociaciones a nivel nacional más importantes y reconocidas son AMAP (Asociación Mexicana de Agencias Publicitarias) y el CONAR (Consejo Nacional de Ética Publicitaria), quienes se han encargado en conjunto de trabajar para servir como canal de comunicación con el público consumidor de medios de comunicación, a través de campañas publicitarias mediáticas, sobretodo de televisión y radio para alertar a los receptores sobre la publicidad engañosa.

CONAR la integran: anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y asociaciones. Cuenta con un Consejo Directivo que analiza las inconformidades o controversias publicitarias que se le presentan a través de su código de ética basado en: legalidad, honestidad, decencia, veracidad, dignidad, competencia justa, salud, bienestar y protección a la infancia.⁶⁶

AMAP, es una asociación de agencias publicitarias que desarrollan, promueven, organizan y difunden actividades de la comunicación del marketing, que entre sus objetivos se encuentra difundir entre los miembros de la Asociación, información sobre los avances tecnológicos, oportunidades de inversión, reglamentaciones internacionales, estadísticas de mercado y eventos nacionales e internacionales relacionados con la industria de comunicación de marketing que contribuyan a mantener e incrementar la rentabilidad de las empresas.

⁶⁶ Véase anexo vídeo 3

En el marco de principio de ética consideran: legalidad; honestidad; decencia; veracidad; dignidad; respeto; justa competencia; bienestar y salud.

CÓDIGO PABI, Código de Autorregulación de Publicidad de Alimentos y Bebidas No Alcohólicas dirigida al Público Infantil, realizado por CONAR y forma parte de la autorregulación de la publicidad comercial en la que se establece que todos los asociados deben seguir, de lo contrario serán sancionados de acuerdo al código.

Ambas asociaciones de autorregulación trabajan en conjunto para apoyar de manera externa con la PROFECO, ya que sus regulaciones están apegadas a la LFPC, y en el caso de publicidad de alimentos y bebidas con la LGS, a través de la COFEPRIS (Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios) según sea su caso.

Con referencia a lo anterior, es preciso decir que la normatividad se ve rebasada por la variedad de comunicación publicitaria, así como los procesos mercadológicos, como bien lo asegura Aznar, profesor español de Ética y Deontología del Periodismo. “Dado los intereses económicos en juego y su propia naturaleza, la publicidad resulta una actividad especialmente dinámica, siempre dispuesta a aprovechar novedades o producirlas ella misma con tal de llegar a un público saturado de mensajes. Justo lo contrario del derecho, siempre más lento y cuidadoso.” (Aznar, 2000)

“La autorregulación debe procurar equilibrar el poder y la importancia que ha alcanzado la publicidad... Si la técnica permite una comunicación más perfecta, la autorregulación debe hacerla deontológicamente mejor” (Aznar, 2000)

La autorregulación tiene como la ventaja principal el control de los valores que se desean seguir desde la ética de la empresa, independientemente de la regulación o normativa que puedan existir legalmente ante ella y puede repercutir en beneficios como la lealtad de los consumidores, incluso de los trabajadores al estar conscientes que el producto que realizan y consumen es de confianza y los mensajes que se envían son correctos y veraces.

Ayuda a las empresas a realizar una competencia leal, creativa y fomenta la mejora de los productos y mensajes que pueda presentarse. En el momento que se encuentran

marcas que por su estrategia tienden a desprestigiar a otras, lo que fomentará es la desconfianza de los consumidores ante la empresa que realiza la publicidad agresiva.

Las empresas anunciantes y agencias de publicidad tienen la libertad de unirse o no en consejos o asociaciones que contengan códigos de ética y autorregulación de sus emisiones publicitarias, así como de sus contenidos.

Las empresas anunciantes de publicidad comercial tienen la obligación moral y legal de educar y divulgar sobre los derechos del consumidor, entre los que aplica el derecho a la información veraz y comprobable. La autorregulación de las empresas aplica de igual manera la función de educar y divulgar los derechos del consumidor.

La autorregulación de la publicidad por parte de las agencias publicitarias, asociaciones, empresas y medios de comunicación resulta esencial como complemento a las leyes que rigen la publicidad, así que ayuda a la protección del público en general, consumidores, industria publicitaria y empresas anunciantes.

El autocontrol puede ser a través de asociaciones, consejos o de manera independiente, a través de códigos de ética, que deben dar a conocer al público en general y consumidores para advertir que existe información veraz en su publicidad y es así como protege la creatividad de los mensajes publicitarios, siempre y cuando no rompa reglas ni transgreda ninguna ley.

La autorregulación resguarda los recursos publicitarios, busca una responsabilidad de honestidad y veracidad, al igual apoya a la cultura de un consumo racional de los receptores de la publicidad comercial.

En estos contextos vemos que en México resulta esencial una actualización jurídica y una compilación de leyes sobre materia de publicidad en un solo documento para que se cumpla y respete adecuada y eficientemente las medidas que protegen al consumidor.

CAPÍTULO TERCERO.

LA PUBLICIDAD COMO OBJETO DEL DERECHO DE LA INFORMACIÓN

La actividad publicitaria forma parte de la información que se desea transmitir a un grupo de destinatarios específicos con un objetivo en común: persuadir o posicionar, o ambas, una marca o producto. Para esta actividad es necesario que la disciplina iusinformativa se encuentre presente para realizarla de una mejor manera legal y correcta.

El derecho de la información debe marcar y asesorar el camino de manera eficaz y práctica sobre el manejo de la información a las empresas que publicitan sus productos o marcas por cualquier medio.

La iusinformación debe tener en cuenta el valor y la importancia que tiene la creatividad en las campañas publicitarias, en los mensajes y sus modos de enviarlos a los receptores, así el derecho de la información puede concebir las ideas publicitarias de las empresas desde la legislación que exista en su ramo, sobre todo cuando tiene que ver con la información que se le brinda al público sobre lo que se publicita.

El derecho de la información debe ser una guía en las empresas y agencias publicitarias para saber sobre la viabilidad de transmitirse los mensajes en medios de comunicación, masivos o no, dependiendo de la legislación, y en su ausencia, de la ética que las caracterice.

Existen en general, tres instituciones que funcionan como las autoridades competentes en el país para dar el permiso o proteger a los receptores sobre los mensajes publicitarios que se envíen. Estas son la Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) y la Secretaría de Gobernación (SEGOB), principalmente.

Si la iusinformación guiara desde el principio a la publicidad, creemos que se evitarían las controversias administrativas y judiciales sobre asuntos de engaños en la publicidad, competencia desleal en los mensajes publicitarios.

La publicidad puede utilizar información que emite al público a través de cualquier medio. Esta información debe ser clara y correcta, cada dato debe darnos un soporte y credibilidad, así la publicidad es materia de estudio para el Derecho de la Información.

Para Desantes, el objeto del Derecho de la Información se encuentra en las situaciones y relaciones jurídico-informativas y sus diversos elementos, al servicio del derecho a la información (Desantes, 1974). En el fenómeno publicitario tiene como objetivo principal el de informar a través de mensajes. El derecho a la información que tiene toda persona a recibir, difundir, investigar datos, ideas u opiniones que están protegidas por las leyes al ser un derecho fundamental.

La naturaleza iusinformativa de la publicidad se centra en los ordenamientos jurídicos, que se basan principalmente en materia contractual o en el entorno del producto y dejan endeble el mensaje proporcionado por la publicidad para los emisores.

El Derecho de la Información tiene la función ante la publicidad comercial de responsabilizar a ambas partes del proceso de comunicación (emisor y receptor) de manejar información acertada para lograr una percepción lo más objetiva posible con respecto a la adquisición de un producto, incluso de una idea de marca, bien o servicio.

Las leyes actuales con respecto a la publicidad se centran principalmente en la finalidad de proteger a los consumidores, pero desde el ámbito iusinformativo debe superarse esta situación para orientar a las empresas a una comunicación más efectiva a los consumidores sin la necesidad de engañar a los mismos.

La problemática radica en la falta de especificaciones del contenido de los mensajes publicitarios ante la ley. La falta de esta regulación permite a las empresas realizar campañas en que lejos de informar o llamar la atención de los receptores a través de la creatividad, engañan o desinforman.

La publicidad ha adquirido una independencia en el sentido de la información contenida en sus mensajes, cabe aclarar que en lo que respecta a la mercadotecnia está regulada eficazmente, sin embargo queda endeble en el aspecto que nos ocupa.

Al integrar la publicidad a diversos tipos de comunicación, desde los masivos como la televisión, radio, prensa, internet; los interpersonales como lo es “de boca en boca” o recomendación; visuales como las vallas, espectaculares, parabuses, entre otros; compete directamente un objeto de estudio del ámbito iusinformativo.

La autenticidad de la información publicitaria es un tema que el Derecho de la información debe analizar por tener como a la información como un derecho.

Desantes en su obra “La información como derecho” aclara que en un régimen de información controlada o impuesta no puede darse la libertad de la persona y más aún, alterarían la normalidad de la fluidez de las relaciones que se originan con motivo de una actividad informativa, como es el caso de la publicidad comercial.

Así, si hablamos como derecho a la información, es estudiado desde tres perspectivas: sujeto, objeto y contenido. La balanza de la iusinformación con respecto a la publicidad comercial está cargada a los dos primeros y el contenido es precisamente lo que nos atañe.

Tenemos claro que la publicidad tiene un contenido informativo, a pesar de que puede ser considerada un tipo de información superficial, es algo con lo que estamos en constante cercanía, expuestos y es parte del contexto de la mayoría de las personas.

Desantes nos ha dejado en su legado que la publicidad también forma parte del estudio iusinformativo. En la época actual en la que vivimos, la publicidad tiene una función importante en las sociedades, independientemente de qué tan buena o mala sea, pero la influencia que nos deja está latente. Expuso la relación de la información en el ámbito jurídico, así como sus elementos, entre ellos la comunicación.

La naturaleza informativa de la comunicación publicitaria se basa en diversas situaciones, como los elementos persuasivos y de posicionamiento para los receptores de los mensajes que tendrán una concepción de la marca, producto o servicio.

Distinguir la información de la publicidad a la de la mercadotecnia es de suma importancia. El problema de la separación de términos es el primer paso a avanzar en la investigación y obtener resultados eficaces para el buen manejo iusinformativo.

La publicidad, finalmente, es información en un tipo de comunicación, que llega a las masas para persuadir y posicionar una marca o un producto, llámese bien o servicio. El interés del emisor debe ser estudiado y posteriormente regulado para lograr una comunicación más sana y menos engañosa.

Santaella explica que la publicidad es información para conocer las cualidades de un producto, y la información es publicidad al tratar de persuadir sobre una idea a los receptores. Es por esto que el autor también aboga por la publicidad como un objeto de estudio del Derecho de la Información, por el hecho de que el origen de la información tiene un matiz de persuasión o un propósito más o menos inmerso de generar una opinión den el otro.

El planteamiento que Santaella mantiene en su obra con respecto al Derecho de la Publicidad radica en que la información tiene siempre una especialidad o está enfocada en algo. Por ejemplo las noticias comunican hechos y aunque en teoría debe ser objetiva, la realidad es que sabemos de los acontecimientos desde el punto de vista de una serie de personas que nos transmiten la información, como puede ser el reportero, entrevistados, camarógrafo o fotógrafo, editores, línea editorial, etc.

De este modo Santaella nos ayuda a comprender que toda la información que recibimos debe ser segmentada, toda tiene importancia y más aún cuando está comprometido nuestro juicio ante ella, o depende de esa información alguna toma de decisión.

3.1 La actividad publicitaria y los sujetos involucrados

La publicidad responde a factores y causas que constituyen características en un marco social, que comprende parte de su desarrollo.

En los primeros años del siglo XX se crearon las agencias publicitarias con técnicas de venta y creativas, que constituyeron las instituciones publicitarias y en nuestros días esto procesos se han convertido en mecanismos que dotan de valor a las mercancías, que hacen a los productos y marcas más deseables (Eguizábal, 2010).

La mercadotecnia ha logrado que la publicidad sea pagada por los consumidores a través del incremento del precio en los productos. Los beneficios que ofrece la publicidad con esta técnica y costo extra son diversos, así como las responsabilidades de la empresa que emite el mensaje publicitario.

Uno de los beneficios que ofrece la publicidad es la confianza que crea en el público y en los consumidores, porque están transmitiendo información que, ética y legalmente, no debería ser falsa. Así la confianza de la calidad del producto se deposita en la marca por el simple hecho de ser reconocida ante los medios de comunicación. La mayoría de los consumidores están conscientes que la publicidad está incluida en el costo que se paga por el producto. Es un valor añadido al mismo bien o servicio que se está ofreciendo.

Así, la responsabilidad de las empresas que emiten el anuncio publicitario es directamente proporcional a la confianza que el consumidor y el público en general depositan en el producto.

La información que se vierte en la publicidad debe tener una serie de características que legalmente tienen que cumplir para garantizar el derecho a la información verdadera y correcta de los receptores.

Los consumidores depositan su confianza en los productos y marcas que se publicitan, la información debe coincidir con la realidad y ser comprobable. Es un deber que tienen las empresas.

En la actividad publicitaria intervienen productores, distribuidores y receptores. Cada uno se somete a leyes específicas para poder realizar sus tareas, pero tienen una en común que es proteger y respetar al consumidor, en el caso de la investigación, en la información que se vierte en su publicidad.

Las fases del proceso para la formación de los mensajes publicitarios se responsabilizan todos los actores, porque todos ellos representan la marca ante el público en general.

Existe un escenario previo a la publicidad, en donde se encuentran los indirectamente involucrados del mensaje que se envía, pero directamente involucrados con la razón de ser del mensaje: el producto.

Los productores engloban a todos aquellos que idearon y materializaron el bien o servicio que se ofrece. Los productores tienen la responsabilidad de que se haga el producto con calidad y que cumpla con las especificaciones que se comunicará en los medios que el estudio de mercado haya resuelto.

Los distribuidores, pueden ser empresas que intervienen en la venta del producto, como concesionarias o incluso las mismas personas de la empresa que dedican su trabajo a distribuir el producto a los puntos de venta. Los distribuidores son personas que ya son vistas por el público en las calles, son un punto de referencia que incluso, por estrategia mercadológica puede tener el mensaje publicitario en sus vehículos o uniforme que porten, según sea el caso.

La recepción de los productos en la fase final del proceso de pre-venta, pues es el momento que reciben los productos o servicios los puntos de venta. En este momento la tarea de persuasión la tienen el producto en sí, la plaza, los vendedores y se reafirma con la publicidad.

La publicidad en su faceta de mensaje, se convierte en objeto del Derecho de la Información por ser una materia comprendida de atribuciones y obligaciones, con responsabilidades y consecuencias jurídicas. Aquí es donde nos podemos preguntar ¿Cuál

es el criterio para responsabilizar al sujeto publicitario sobre los contenidos informativos que comunica?

La publicidad vista como “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 hechos y las obligaciones” para la Directiva del Consejo sobre publicidad engañosa, fue asumida por la Comunidad Europea en 1894, en su artículo 2.1 (Méndiz, 2003). La comprensión es integral a partir de este concepto, ya se considera esta actividad como un tipo de comunicación, previa a la promulgación de la Ley General de Publicidad de 1988, en donde cita en su artículo segundo del Título I de las disposiciones generales que:

Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, artesanal profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. Destinatarios: Las personas a las que se dirijan el mensaje publicitario o a las que éste alcance.

La publicidad es vista desde la ley como un tipo de comunicación que puede ser emitida por distintos sujetos quienes toman responsabilidad del mensaje que estructuran y envían para promover un producto, bien o servicio. Al igual que habla de los destinatarios que son todos los sujetos a quienes va dirigido el mensaje o quienes tienen acceso de manera voluntaria o involuntaria.

La publicidad comercial tiene un carácter informativo por su naturaleza de comunicar de una manera persuasiva para atraer al interés de los destinatarios sobre el mensaje que se envía. El objeto publicitario es de interés iusinformativo y los sujetos involucrados en la publicidad deben saber los derechos y obligaciones que tienen.

El derecho a la información tiene la particularidad de tener acceso a ella o de no tenerla, como es el claro ejemplo de los mensajes comerciales a los que los destinatarios pueden rechazarla como una facultad a no recibir información.

La información debe ser tratada con cuidado desde su creación, para que se consideren en todo el proceso publicitario los criterios para poder comunicar un mensaje, sobre todo aquellos que son de carácter masivo y utilizan para ello los medios masivos de comunicación, considerados también sujetos del Derecho de la Información.

El derecho a la información, como una facultad fundamental, envuelve también a los mensajes publicitarios, porque los destinatarios tienen derecho a ser informados de manera veraz, y por el extremo contrario los destinatarios tienen el derecho a la elección de no recibir información.

La información que contienen los mensajes publicitarios se pueden considerar delicados, porque es una comunicación que tiene una finalidad persuasiva a través de la producción y difusión de mensajes creativos que logren llamar la atención del público para lograr el convencimiento y el posicionamiento del producto o marca del anunciando.

La persuasión como un método para enviar un mensaje es aceptable siempre y cuando no trastoque otros derechos o libertades y sea veraz. No podemos pedir que sea objetiva porque al tratar de posicionar un producto, resulta obvio que sólo existirán datos positivos que demuestren los beneficios y ventajas.

Por otro lado, existe también la libertad de expresión y creación por parte de los receptores, quienes pueden ejercer su derecho a informar de manera creativa las ventajas de su producto. Sin embargo la libertad de expresión se limita cuando el derecho de ser informado verazmente se perturba por datos falsos.

La Constitución Española reconoce en su artículo 20.1 a) la libertad de expresión como el derecho a: “Expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

Y protege a la libertad de información en el artículo 20.1 d) al citar: “Comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión”.

Para México, en su Constitución se considera de igual manera en el artículo 6:

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado (...).

La publicidad, en su carácter de mensaje podemos considerarlo entonces como una manifestación de ideas con un sentido persuasivo. Santaella dice que “la publicidad y la información son manifestaciones de un mismo fenómeno, más amplio y más general: el proceso de comunicación social”, consideremos entonces a la publicidad como un derecho a la información que debe protegerse y podemos distinguirla por su técnica comunicativa creativa y persuasiva.

Dicho lo anterior, es claro que la publicidad no puede se puede definir desde la iusinformación si no se tiene en cuenta a los sujetos que participan en esta actividad. Los sujetos publicitarios serán aquellas personas físicas o morales que estén involucrados con la acción comunicativa del mensaje persuasivo: fabricante, anunciante, agencia, medio y destinatario.

Sin embargo, no todas las personas que participan en el desarrollo de una campaña publicitaria son susceptibles de ser considerados sujetos publicitarios. En el caso del fabricante o anunciante el responsable de la campaña será quien reciba dicho título.

El anunciante es responsable de la publicidad, quien será el que controle la ejecución de la campaña publicitaria y del contenido de sus mensajes, que es lo que nos atañe en esta investigación.

En el caso de la agencia de publicidad, en el caso de que el anunciante o fabricante contrate los servicios de ésta, son los encargados de crear, programar o ejecutar la campaña publicitaria, la cual se responsabilizará de los contenidos, con el previo visto bueno de la empresa para quien trabaja.

Los medios publicitarios los consideraremos como sujetos cuando dedican tiempo o espacio para la publicidad para hacer efectiva la publicidad a través de la comunicación al

público destinado. En los medios podemos tomar en cuenta a los medios masivos de comunicación o medios interpersonales.

Los destinatarios de la publicidad serán los sujetos a quienes se dirige el mensaje o los que están al alcance del mismo.

Los receptores del mensaje publicitario son sujetos con titularidad de derechos y obligaciones con respecto a las leyes que competen a la publicidad, de las que más adelante se harán mención.

Los mensajes informativos contienen datos referenciales sobre lo que se desea comunicar, en el caso específico de la publicidad es cognitiva al llevar un proceso de adquisición de conocimiento que incluyen factores como la percepción, memoria, razonamiento, atención y toma de decisión a través del pensamiento. Consecuentemente es conminativa, puesto son mensajes con una autoridad amenazante a través de información que puede incluir la creación de la necesidad del producto para persuadir la adquisición de un producto (González, 2012).

El derecho a la información del receptor, como sujeto, está contemplado en la LFPC desde el primer artículo. Así, el derecho a ser informado es una de las bases más importantes sobre las que el derecho del consumo se ha plantado.

La información es una herramienta de los consumidores para conocer la marca o el producto, para tener una orientación sobre la diversidad que pueda encontrar en el mercado.

La LFPC dispone que la información y la publicidad relativas a bienes o servicios que se difundan por cualquier medio o forma deban ser veraces, comprobables y exentas de descripciones que induzcan o puedan inducir al error o confusión, por engañosas o abusivas.

La Procuraduría Federal del Consumidor protege a los receptores de recibir información engañosa, sin embargo los contenidos de un mensaje publicitario suelen ser creativos para llamar la atención del público.

Es necesario que los anunciantes aclaren cuál es la función específica de la campaña, porque en el caso de posicionamiento, puede ser información escueta la que otorgue al receptor, como puede ser sólo el nombre de la marca o el logo. Pero existen campañas con la finalidad de persuadir a través de una serie de datos que sumados logran una información para el consumidor.

El derecho a la información que tiene el consumidor o el receptor del mensaje incluye, según Desantes en su obra *La información como derecho*, el derecho de recibir informaciones y opiniones y la posibilidad de negarse a recibirlas. La persona tiene derecho a seleccionar la información de manera positiva o negativa de los mensajes que recibe, a tener el derecho de opinar o elegir con lo que le proporciona el receptor.

El derecho a la información es el preámbulo a la libertad de elección para el consumidor.

La empresa que realice la publicidad tiene en sus manos la gran ventaja de proporcionar información al público sobre las ventajas y bondades de su producto. Así mismo las demás empresas que decidan usar esta herramienta comunicativa lo harán. Es por esto que la publicidad suele ser creativa, para lograr el posicionamiento sobre la demás información con la que competirá su anuncio para tener un lugar en la mente de los consumidores, y no sólo de información, sino de una percepción positiva o negativa de lo anunciado.

El derecho a la información de los consumidores y receptores de los mensajes se ha dispuesto y es momento de que él tome una decisión o un juicio con respecto a la información recibida.

3.2. Los mensajes publicitarios como objeto de estudio

El estudio de la publicidad comercial es siempre un fenómeno complejo y multidisciplinar que permite comprender que el mensaje comercial reconstruye valores, estilos de vida y aspiraciones sociales de la sociedad actual, yendo más allá de la pura venta.

El mensaje desde su naturaleza, es el objeto de la comunicación, que contiene una serie de signos que hacen referencia a la realidad que se percibe por los sentidos de la persona y se concibe a través del significado y el significante. Veamos que el significado, que es la forma material, visual o auditiva que toma el signo, cuando el significante es la imagen mental o el concepto que tenemos sobre el signo dependiendo de nuestra cultura, experiencias y conocimiento. En el significado, existen marcas semánticas que la publicidad hace uso para la persuasión del mensaje: denotación, connotación, contexto y circunstancia (González, 2012)

Las marcas semánticas en la publicidad abordan principalmente su columna vertebral: la percepción y persuasión. Desde la denotación, que es el significado en primer grado y se asocia directamente con el significante, mientras que la connotación actúa en la percepción del receptor dependiendo del contexto para ubicar las instrucciones de decodificación del mensaje. La circunstancia en la que se envía el mensaje, entendiendo por ella la situación exterior en la que se emite para cerrar en el mismo círculo la decodificación del mensaje con el objetivo perceptivo-persuasivo de la publicidad.

Entonces, como sabemos ahora, el contenido de los mensajes publicitarios tiene la finalidad de persuadir y posicionar la marca y el producto en los receptores. Para poder realizar estas dos finalidades se debe considerar que el contenido tiene que ser llamativo, creativo y contundente para el destinatario y lograr relacionar el producto con la necesidad que puede satisfacer.

En la teoría jurídica española sobre la creación publicitaria la extiende en un tratamiento iusinformativo y patrimonial. En los artículos 70 y 71 del Estatuto determina que la creación publicitaria tiene dos vertientes, la de la creación como tal y la de la idea publicitaria, sin marcar una distinción entre ellas, pero explica la protección por medio de la propiedad intelectual y la propiedad industrial.

Si se atienden a los dos términos, puede decirse que la creación publicitaria tiene dos fases que cubre el Estatuto. La idea con carácter de originalidad y producto único de la imaginación de su creador para persuadir y posicionar la marca o producto del mensaje

inventado. El segundo concepto se refiere a la producción y creación perceptible de la invención.

“Las categorías más próximas a las creaciones publicitarias vienen constituidas por las titularidades sobre derechos o sobre bienes incorporeales, es decir, las clásicas propiedades intelectual e industrial tratadas por civilistas y mercantilistas” (Santaella, 1982, 320). Así, la creación publicitaria, en sus dos facetas, está protegida por el Derecho de la Publicidad, a través del tratamiento patrimonial e iusinformativo.

La publicidad, como mensaje comercial compone parte de un instrumento eficaz y necesario para las empresas. La publicidad ayuda a los destinatarios al conocimiento de sus productos y es un motor para su comercialización.

Las empresas que tienen la necesidad de la publicidad y se convierten en anunciantes, tienen en claro su necesidad de posicionar su marca y/o producto en la mente de los destinatarios.

A pesar de que los anunciantes y publicistas tienen la libertad de expresión comercial, tienen la obligación de respetar a todas las personas expuestas al mensaje. Así que se utilizarán como referencia las consideraciones de la Ley General de Publicidad de España para la publicidad ilícita y el artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor que existe en México.

Las facultades que tiene el titular de la marca, anunciante y agencia publicitaria tienen responsabilidades jurídicas y éticas. El respeto se ve desde dos disyuntivas distintas, porque se exponen las limitaciones de la libertad de creación (con respecto a la creatividad de sus mensajes) y el momento en el que cada una de las regulaciones jurídicas mencionadas determina o califica a la publicidad como un acto ilícito.

Para Rosa Méndez y Esther Vilalta en su obra titulada "La publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras", se consideran como ilícita (Méndez & Vilalta, 1999):

- La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.
- La publicidad engañosa.
- La publicidad desleal.
- La publicidad subliminal.
- La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Los requisitos de autorización y, en su caso, registro de la publicidad, cuando haya sido sometida al régimen de autorización administrativamente previa.

El ejercicio del derecho a brindar información, específicamente a través de los informes comerciales, está condicionado por el respeto a los derechos personalísimos de las personas físicas, quienes a su vez tienen el derecho a la intimidad, que es irrenunciable, en palabras de Ruíz Martínez (1997), sin embargo no quita la facultad de prestar su conformidad para que se dé a conocer una información de carácter íntimo, por ese motivo se podrá revocar en cualquier momento.

El reconocimiento de la libertad de expresión y creación garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la libre circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática. (Contreras, 2012)

Todo derecho de la comunicación se construye jurídicamente sobre dos elementos basilares y de rango constitucional como son el derecho a la libertad de expresión y de manera más específica, la libertad de información (...) Es importante señalar que, en buena medida, esta doctrina de la libertad de información se ha hecho tomando como punto de referencia al periodista y los medios de comunicación clásicos, es decir, prensa, radio y televisión. (Guichot, 2011)

Sin necesidad de desmontar las premisas sobre las que se ha sustentado el tratamiento constitucional de la libertad de información en nuestro país, es probable que la jurisprudencia vaya dando respuesta a las nuevas cuestiones que plantea el nuevo universo

de las libertades comunicativas, algo que, en buena medida, podemos vaticinar que pasará por acuñar un concepto más amplio de informador, y ante todo de medio de comunicación, lo cual no necesariamente requiere abandonar los dos requisitos, o límites internos, sobre los que se ha construido el concepto de libertad de información que son la veracidad y la relevancia pública y es que son ambos requisitos los que dan sentido pleno a la amplia protección de la que este derecho disfruta dentro de un sistema democrático. (Guichot, 2011: 25)

El artículo 20 de la Constitución Española consagra como derechos fundamentales una serie de libertades, concretamente: la libertad de expresión, la libertad de creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra, y finalmente la libertad de información. Cada uno de estos derechos posee un contenido autónomo o diferenciado. No obstante todos ellos pueden reconducirse a un sustrato común o como distintas manifestaciones de una genérica libertad de comunicar el producto de una recia tarea intelectual, lo que en buena medida justifica la decisión tomada por el constituyente de agrupar estos derechos en el mismo número del mismo artículo. No obstante, es fácil darse cuenta desde un principio que, de entre los derechos que acabamos de señalar, la libertad de expresión y la libertad de información poseen mayores similitudes y ello no sólo si tomamos en consideración el ámbito de libertad protegido por ambos, sino también la importancia de estas libertades, en tanto constituyen una condición necesaria para la existencia de una opinión pública libre dentro de un Estado democrático. (Guichot, 2011: 27)

La principal diferencia entre la libertad de expresión y de información la encontramos en el objeto protegido por ambas. Así, si el derecho a la libertad de expresión tiene como objeto la protección de la libertad del individuo para exteriorizar o transmitir sus pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor; por su parte, el derecho a la libertad de información ampara la transmisión de hechos veraces (...) Tan amparada está por la libertad de expresión un juicio de valor u opinión razonado y brillante, como otro carente de buena lógica. Por el contrario, como el objeto de la libertad de información –que son los hechos veraces y noticiables- sí es susceptible de comprobación, la libertad de información va estar condicionada a la constatación de que efectivamente los hechos que se transmiten

son veraces y relevantes públicamente. Por este motivo, la transmisión de cualquier información que no cumpla con estos requisitos no estará amparada jurídicamente como una manifestación de este derecho a la libertad de información. (Guichot, 2011: 28).

Tanto la libertad de expresión como la libertad de e información son derechos que contribuyen de una forma particular al proceso de formación de la opinión pública dentro del Estado. Son, podríamos decir, los derechos básicos sobre los que se sustenta una comunicación pública libre dentro de la sociedad, la cual, a su vez, constituye un presupuesto del ejercicio de otros derechos de participación política y del propio principio democrático dentro del Estado. (Guichot, 2011: 29)

Los periodistas no son los únicos titulares del derecho a la libertad de información y de expresión. El poder comunicarnos libremente constituye una expresión básica de nuestra autonomía personal y que está, en este sentido, directamente vinculado con el libre desarrollo de nuestra personalidad. Por este motivo, la libertad de información no puede comprenderse como un derecho cuya titularidad esté restringida a favor de los periodistas, sino que son todas las personas quienes pueden ampararse en este derecho fundamental.

Desde la perspectiva del contenido de la información sobre los productos y servicios publicitados, la veracidad es un valor de relevancia constitucional que impide ciertas formas de publicidad que se consideran ilícitas cuando vulneran o desconocen el derecho a la información de los destinatarios. Así son formas prohibidas:

La publicidad engañosa, que es la que contiene información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación puede inducir a error a los destinatarios. También prohíbe por engañosa la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adquiera un producto o servicio con el debido conocimiento de sus elementos esenciales.

La publicidad encubierta, que consiste en hacer comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor que se trata de un contenido publicitario.

La publicidad subliminal considerando como tal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

La publicidad comparativa, que sólo se permite cuando los bienes o servicios objeto de comparación tienen o satisfacen las mismas finalidades y la comparación se realiza de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios (entre ellas, el precio). En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen, indicación geográfica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. También se prohíbe que puedan presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.

La publicidad engañosa echa mano de conceptos jurídicos indeterminados, acarreando incertidumbre jurídica que debería estar proscrita en el derecho sancionador. (Puig: 2001)

Ahora bien, la publicidad se basa en los mensajes publicitarios colmados de creatividad, que puede ser la delgada línea entre lo atractivo y el engaño, por esto debemos tener claro de qué hablamos cuando nos referimos a un mensaje creativo.

La creatividad es uno de los elementos más importantes de la publicidad para captar la atención de los receptores y una vez anclados en ella, dar la información precisa. La teoría dice eso, la realidad es que muchos de los anuncios sólo se quedan en la creatividad o abusan de ella para persuadir y posicionar sus productos, marcas o servicios pero no dan la información valiosa para el consumidor.

Existe un ejemplo significativo en la mercadotecnia y la creación de mensajes publicitarios, que la marca automovilística “Volvo” impuso como estándar para la percepción del consumidor como un producto seguro y fiable, a través de mensajes cínicos y realistas (Dupont, 2004: 25):

“Quizá, al cabo de once años, usted no quiera tener su Volvo, pero, si lo mantiene nadie se dará cuenta”.

Ubica la publicidad de esta marca, una solidez y resistencia, sin el temor de quedar endeble ante la percepción del consumidor por asumir una realidad.

Ariel Bianchi definió la creatividad como “el proceso que compromete la totalidad del comportamiento psicológico de un sujeto y su correlación con el mundo, para concluir en un cierto producto, que puede ser considerado nuevo, valioso y adecuado a un contexto de realidad, ficción o idealidad” (Longoria, 2008). Si nos basamos en esta premisa, la creatividad no tiene por qué ser una herramienta de la publicidad para engañar a las personas, por el contrario, es un proceso previo al mensaje para hacerlo atractivo y llamar la atención de los receptores para conocer el producto.

Ahora bien, la creatividad en un mensaje, puede ser original. La originalidad motiva a la imaginación y la inteligencia de quien actúa como emisor tanto como del receptor. Creemos que puede mejorar la calidad del mensaje y crear una verdadera competencia entre los anuncios que se publiciten en los medios de comunicación.

Debemos tomar en cuenta que un mensaje creativo y veraz es necesario pasar por una decisión propositiva de quienes están involucrados en su creación. Utilizar la información arbitraria para lograr darle un elemento entretenido y persuasivo al mensaje.

El uso de la creatividad es una acción atrevida y optimista para los publicistas, para obtener un logro que se deriva de esfuerzos para salir de lo convencional y llegar a la innovación de la construcción de un mensaje que los haga diferente y únicos en su mundo competitivo.

Para Longoria, la creatividad se divide en tipos: plástica, que se relaciona con las formas, colores, texturas, proporciones, volúmenes, que la encontramos, entre otras, en las artes visuales; la fluente, que es la de los sentimientos, afectos, actitudes y valores; la filosófica que nos emerge de nuestra interpretación del mundo; la científica, que aplica el talento en la investigación de nuevos conocimientos; la inventiva que es la aplicación de innovación de ideas; por último la social, que es la creatividad en las relaciones humanas.

Dicho lo anterior, para la creación de un mensaje publicitario, por lo general se usan dos o más de estos tipos de creatividad para llegar a la meta de un mensaje que sea eficaz para la empresa y comunique lo que sea necesario para ella.

Sin embargo, los publicistas deben de conocer y familiarizarse con el producto a quien les elaboraran el mensaje para poder desarrollar la creatividad con base en la información que tengan generada las empresas contratantes. La acumulación de datos que se convierte en un momento posterior en la información, debe ser veraz y comprobable para poder realizar el mensaje que se comunicará en los medios masivos.

El objeto de la actividad publicitaria es el proceso de la comunicación o información persuasiva. El mensaje contiene distintos elementos que se deben analizar para evitar los problemas relacionados con la iusinformación como una actividad informativa persuasiva.

3.3. Derecho a la información de los consumidores

El derecho a la información es considerado en el art.1 fracc. III de la LFPC como un derecho que cita:

La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que represente.

La información y la publicidad relativas a bienes o servicios que se difundan por cualquier medio deberán ser veraces, comprobables y exentas de descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión, por engañosas o abusivas (Ovalle Favela, 2008)

Bajo la rúbrica “el derecho a realizar comunicaciones comerciales (arts. 13-18) la LGCA regula el régimen básico de la publicidad y la televenta en radio y televisión. Reconoce el derecho de los prestadores a emitir junto a los contenidos cualquier modalidad legal de publicidad, así como a crear canales dedicados exclusivamente a la emisión de mensajes de publicidad y de venta por televisión (Guichot, 2011: 175)

La historia nos dice que la figura del consumidor es bastante reciente, en el siglo XIX se hace un término más frecuente pero circunscrito a dos parcelas las muy concretas, la del consumidor de conducta aislada que aparece como sujeto del utilitarismo económico en su intento de hacer relevante la utilidad frente al valor-trabajo. En este contexto va a surgir el concepto de soberanía del consumidor, que hace referencia a que todos los procesos económicos están dirigidos en último término a satisfacer las necesidades del consumidor final; en la versión normativa, el concepto soberanía del consumidor mantiene que los resultados de una economía cualquiera deben valorarse atendiendo el grado en que dicha economía satisface los deseos de los consumidores” (Morente Mejías, 2009).

La información es una herramienta de los consumidores para conocer la marca o el producto, para tener una orientación sobre la diversidad que pueda encontrar en el mercado.

La Procuraduría Federal del Consumidor protege a la audiencia de recibir información engañosa, sin embargo los contenidos de un mensaje publicitario suelen ser creativos para llamar la atención del público.

La creatividad es uno de los elementos más importantes de la publicidad para captar la atención de los receptores y una vez anclados en ella, dar la información precisa. La teoría dice eso, la realidad es que muchos de los anuncios sólo se quedan en la creatividad o abusan de ella para persuadir y posicionar sus productos, marcas o servicios pero no dan información valiosa para el consumidor.

Es necesario que los anunciantes aclaren cuál es la función específica de la campaña, porque en el caso de posicionamiento, puede ser información escueta la que otorgue al receptor, como puede ser sólo el nombre de la marca o el logo. Pero existen campañas con la finalidad de persuadir a través de una serie de datos que sumados logran una información para el consumidor.

El derecho a la información que tiene el consumidor o el receptor del mensaje incluye, según Desantes en su obra “La información como derecho”, el derecho de recibir informaciones y opiniones y la posibilidad de negarse a recibirlas. La persona tiene derecho

a seleccionar la información de manera positiva o negativa de los mensajes que recibe, a tener el derecho de opinar o elegir con lo que le proporciona el receptor.

El derecho a la información es el preámbulo a la libertad de elección para el consumidor.

La empresa que realice la publicidad tiene en sus manos la gran ventaja de proporcionar información al público sobre las ventajas y bondades de su producto. Así mismo las demás empresas que decidan usar esta herramienta comunicativa lo harán. Es por esto que la publicidad suele ser creativa, para lograr el posicionamiento sobre la demás información con la que competirá su anuncio para tener un lugar en la mente de los consumidores, y no sólo de información, sino de una percepción positiva o negativa de lo anunciado.

Desde la experiencia del ámbito jurídico, Guillermo Orozco puntualiza que “habiendo nacido como instrumento de información al consumidor sobre las características propiedades de un producto, la publicidad se ha convertido en estrategia comercial para captar clientes sin que la experiencia de la información sea el elemento esencial” (Orozco, 2013).

El derecho a la información de los consumidores y receptores de los mensajes se ha dispuesto y es momento de que él tome una decisión o un juicio con respecto a la información recibida. Por lo que es necesario explicar quiénes son los responsables de que se haga efectivo el derecho a la información de los consumidores.

La protección de la seguridad de adquirir información veraz de los consumidores debe tener una participación activa y responsable de los empresarios, entre lo que tomamos en cuenta a los productores, fabricantes y distribuidores, que son quienes proporcionan la información a los publicistas para la elaboración de los mensajes.

Llamamos emisores de datos a quienes presentan desde el producto hasta el diseño del mismo, como son el nombre, la marca o signos distintivos que dan una condición al producto para ser vendido con una imagen para posicionarla posteriormente.

Los creadores de los datos que se convertirán en información, deben tener en cuenta los riesgos que implica dar datos no comprobables para la creación de un mensaje que posteriormente se transmitirá a la comunidad.

Los productores deberán mantener bajo control los productos sometidos a los datos que se han proporcionado para evitar una información falsa o errónea, absteniéndose de dar datos dudosos e improbables para su venta.

Entre las protecciones que deben tener los consumidores con el derecho a la información podemos mencionar los siguientes (Pulido, 2010):

- Contra riesgos que puedan afectar la salud o seguridad.
- A los intereses económicos y sociales frente a las prácticas comerciales desleales o inclusión de cláusulas abusivas.
- Indemnización de daños y su reparación.
- Información correcta sobre los bienes o servicios, así como la educación y divulgación para facilitar el conocimiento para su uso.
- Participación en el procedimiento de disposiciones que afecten directamente la representación de sus intereses, a través de asociaciones que estén legalmente constituidas.
- Protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces para su defensa.

Con base en lo anterior, podemos llegar a la importancia del derecho a la información de los consumidores.

Una información falsa o errónea puede conllevar a casos de afecten la seguridad o salud de los consumidores, como puede ser los productos milagros, en los que no sólo involucran a instancias como la PROFECO, sino a la Secretaría de Salud y la COFEPRIS.

A continuación presentaremos un caso explícito de un riesgo contra la salud y su análisis iusinformativo para ejemplificar lo anterior.

PRESENTACIÓN DEL CASO SUAVE Y FÁCIL, S.A. DE C.V. (PUBLICIDAD EN TELEVISIÓN Y PÁGINA DE INTERNET DEL PRODUCTO TENIS STEP GYM). ⁷

(Oficio: SPS/DGP/0362/2010; expediente: PFC B.B. 13/0001/2010; Suave Y Fácil, S.A. DE C.V.)

El 16 de diciembre de 2010, la Dirección de Publicidad y Normas adscrita a la Dirección de Procedimientos de la Subprocuraduría de Servicios de la Procuraduría Federal de Consumidor, realizó fichas de monitoreo en relación con la página de internet www.cvdirectomexico.com y en un comercial de televisión difundido el 20 de agosto de 2010 en el canal 203 de “Cablevisión”, respecto al producto denominado “Step Gym” de la empresa Suave y Fácil S.A. de C.V.

El 4 de marzo de 2011 ya no se encontraba la información en la página de internet mencionada, por lo que se pidió un requerimiento y se analizaron las frases engañosas contenidas en los dos tipos de medios de comunicación, 10 frases en la página de internet, 10 frases en el comercial televisivo y en ese mismo 12 referencias audiovisuales con leyendas que inducen al error o engaño. En los que se aseguraba que mejoraba la salud física, bajar de peso, postura, entre otros relacionados al bienestar y mejora del cuerpo humano.

La conducta de Suave y Fácil, S.A. de C.V. se considera grave por la trascendencia de las normas que se violaron, así como por la falta de probanza a favor del infractor que acredite que la publicidad que difundió sobre los beneficios al adquirir los tenis “Step Gym” fuera veraz y cumpliera con lo establecido en la LFPC, en lo específico a los artículos 32 y 48.

Se considera que Suave y Fácil, S.A. de C.V. cuenta con las posibilidades económicas para responder a la sanción que se le impone, ello en razón de que se trata de una persona moral debidamente constituida con un capital social de un millón de pesos en

⁷ Véase anexo caso video 2.

Moneda Nacional, representado por cien acciones, y realiza toda la maquila y servicios de sus productos y lo referente a ellos.

Suave y Fácil, S.A. de C.V., infringió lo dispuesto en los artículos 32 y 48 de la LFPC. Se impone una multa de \$2'000,000.00 (Dos millones de pesos 00/100 M.M.) a cubrir en un plazo de 45 días siguientes que haya surtido efectos su notificación.

ANÁLISIS DEL CASO

Las frases e imágenes que atentan al derecho de los consumidores en la página web son las siguientes:

1. “A diferencia de un zapato regular, STEP GYM con su suela curva y ergonómica de avanzada tecnología, exige que tus músculos se ejerciten intensamente al caminar. Tienen una base curva acolchada en los puntos estratégicos para hacer que su cuerpo no sienta el impacto al caminar y evita los dolores de rodilla, tobillos, espalda o de columna.”
2. “STEP GYM” te obliga a caminar en posición recta, corrigiendo tu postura y aliviando dolores de espalda y musculares”
3. “Con STEP GYM quemas calorías, pierdes peso y obtendrás un vientre plano, porque la suela curva hace que tu cuerpo realice un movimiento que le permitirá quemar calorías sin hacer un esfuerzo adicional.”
4. Prepárate para levantar, fortalecer y definir tus glúteos rápidamente!!! El Músculo que la avanzada suela de STEP GYM más trabaja!!!”
5. “La suela especial de STP GYM hace que los músculos de las piernas se ejerciten intensamente al caminar, trayendo pronto resultados de piernas delgadas firmes y definidas.”
6. “La suela curva, blanda y ergonómica de STEP GYM reduce el impacto al caminar protegiendo tus tendones y ligamentos; aliviando los dolores de rodilla.”
7. “STEP GYM incrementa la tensión y resistencia en los músculos de la pantorrilla, define y da forma a tus pantorrillas.”

8. “Con STEP GYM no sólo levantas tus glúteos, tonificas tus piernas y moldeas tu cuerpo, sino que también ganas en salud!”
9. “Su plantilla suave y ergonómica reduce el impacto al caminar, corrigiendo tu postura y aliviando dolores musculares, de espalda y de rodillas.”
10. Con STEP GYM además de ganar belleza, mejoras tu salud.”

En el mensaje publicitario televisivo se señala:

11. “Si quieres bajar de peso, levantar glúteos, moldear tus piernas y lograr una figura esbelta, sólo camina, sí sólo camina con Step Gym”.
12. “Con Step Gym logras un movimiento continuo frontal, lateral y circular, multiplicas el efecto calórico de los músculos, quemas más calorías, bajas de peso.”
13. “Step Gym diseño científico con la curvatura, el peso y la altura exactos para lograr verdaderos resultados.”
14. “Único con doble sistema elastoshock. La tecnología patentada de absorción de impacto que duplica el efecto.”
15. “Elastoshock de Step Gym suaviza el golpe para mayor resistencia con mejores resultados.”
16. “... trabajan todos los músculos del cuerpo; las abdominales, la cola, las piernas.”
17. “Step Gym, mayor recorrido de tu pisada para favorecer pantorrillas, glúteos, columna, abdomen, busto.”
18. “Step Gym hace la diferencia, bajé 14 libras en tan sólo un mes.”
19. “Hoy los Step Gym cuestan menos que los zapatos comunes.”
20. “Según estudios realizados, sólo con Step Gym quemas un 42% más de calorías que con cualquier otro zapato del mercado”.

El mensaje publicitario del producto Step Gym, por sus características atenta en repetidas ocasiones contra el Derecho de la Información, en el derecho a la información correcta, completa, veraz y comprobable, así como el derecho a la vida, ya que atenta a la salud de quienes adquieran el producto con algunas condiciones físicas particulares.

La LFPC en su artículo 32, toda información debe ser comprobable y evitar a la inducción al error o confusión para evitar el engaño o abuso por parte de la empresa que se publicita.

La información que se maneja no sólo es excesiva y en su mayoría falsa, sino incita al engaño por parte de los consumidores con respecto a las características y beneficios que maneja el producto.

Las aseveraciones que hace no cuentan con un sustento que las avale. El engaño se da a través de personajes llamados “expertos” que simulan ser entrenadores y recomiendan el producto y actúan como si el cuerpo atlético que muestran a cuadro fuera por el uso de los tenis.

El comercial tiene algunas inserciones de entrevistas a personas que supuestamente han utilizado los Step Gym, incluso complementan con imágenes de “antes y después” de utilizar los tenis para incitar a los receptores del mensaje a comprarlos.

La creatividad que puede tener el mensaje publicitario y la exageración, ante la mercadotecnia no está fundamentada ni justificada porque la información no es comprobable, sin embargo al hacer uso de imágenes que aparentan ser “científicas” por el uso de gráficas y recomendaciones de expertos, abiertamente inducen al error de los consumidores a través de información falsa.

Los testimonios hacen parecer real las características del producto, incluso es una de las estrategias más recurrentes de la mercadotecnia para atraer mercado para que el público encuentre una identificación con los personajes entrevistados y proyecte sus expectativas en esos testimonios que aseguran, no sólo lo que espera el receptor del producto, sino beneficios extras, llamados “plus” en la mercadotecnia, para la persuasión y posicionamiento de un producto a través de conceptos y solución de necesidades diversas, que sorprendentemente pueden adquirir en un solo producto, esto hará que el costo-beneficio sea bajo porque las expectativas del beneficio crece con todas las características ofrecidas; por lo tanto el costo, sin especificarlo a lo largo del mensaje será “justo” para el receptor, induciéndolo a un error por toda la información falsa que maneja.

Como podemos leer en el análisis del laboratorio que realizó PROFECO, ninguna de las características que asegura tener en el cuerpo de quienes los utilizan son reales, incluso se corre el riesgo de empeorar lesiones de la columna vertebral en personas con afecciones de este tipo, y no como lo asegura el mensaje publicitario, al decir que es un beneficio y complemento terapéutico.

La Declaración de Derechos Humanos, en su artículo 1, se asegura de que todos los humanos nacen con libertad e igualdad en dignidad, sin embargo se pone en duda la dignidad de las personas que ven el mensaje publicitario, porque de una manera abierta son engañadas con información falsa, predispuestos a vender un producto que trae consigo innumerables beneficios, con el conocimiento previo de estar engañando a los receptores de los mensajes, atentando contra la dignidad de la persona a través de la información transmitida.

El tercer artículo da el derecho a la vida y seguridad de su persona, por lo mencionado anteriormente, el mensaje contiene información que puede perjudicar a la salud de las personas, quienes al creer los datos que exhiben en los medios masivos de comunicación son verdaderos, adquieren el producto para solventar necesidades de salud o aliviar condiciones de la columna vertebral.

El artículo 19 aclara la libertad de opinión y expresión. Desde el punto de vista del emisor, tiene la libertad de expresar y opinar a través de cualquier medio la información que cree pertinente, sin embargo es falsa y errónea e induce al error al consumidor, así que induce al error al consumidor del producto o por lo menos a los receptores del mensaje, porque a pesar de no adquirirlo, el receptor logra ser posicionado por la imagen, marca o características emitidas por el emisor; protege el derecho de investigación. La información recibida puede y debe ser investigada, en el caso de una transacción comercial a causa de la persuasión por un mensaje difundido por un medio masivo de comunicación, el receptor tiene el derecho y obligación, de investigar si la información que le proporciona el emisor es correcta y verdadera.

El artículo 20 protege al emisor de pertenecer a una asociación de autorregulación de publicidad, con la finalidad de garantizar con una perspectiva ética los derechos de los

consumidores. Las asociaciones de autorregulación piden un código de ética para llevar tener más controlados los mensajes que se publiciten, sin embargo en la investigación realizada no se encontró ningún código de ética por parte de la empresa Suave y Fácil que publicita el producto Step Gym.

En el mensaje publicitario de Step Gym, no comprueba ninguna de sus aseveraciones contundentes que hace y como se ha mencionado en párrafos anteriores se hace uso de información falsa y errónea. Así que la LFPC sí actuó de manera correcta al multar y quitar del aire el anuncio televisivo, sin embargo el producto sigue en el mercado posterior a esto y la audiencia del comercial en su momento quedó posicionada con el mensaje y sus características y beneficios que planteaba la pauta comercial.

La LFRyT en su artículo 67 en su fracción primera, dice que debe mantenerse un equilibrio prudente entre programación y anuncio comercial, sin embargo el comercial completo excede los seis minutos y con base en este se realizan ediciones de un minuto para realizar la publicidad entre programación a partir de las cuatro de la tarde en indistintos canales.

El equilibrio de información comercial se pierde en la programación al duplicar o incluso triplicar el tiempo de duración del mensaje con respecto a los demás, así como el volumen se incrementa desde el master del comercial para captar la atención de los televidentes.

Con respecto a la Ley General de Salud, la información que maneja contrapone al artículo 300 por no presentar la autorización de la Secretaría de Salud al pertenecer un producto que refiere a la salud, deporte y bienestar para el receptor del mensaje y no se hizo nada al respecto, ya que como aclara el artículo 9 del reglamento de la LGS, en su fracción primera, tercero y cuarto: induce al error, exagera las características y propiedades del producto y sugiere que son factores determinantes de las características de los personajes sin pruebas fehacientes.

De esta manera podemos constatar el peligro de una información errónea, o peor aún, falsa, que atenta contra la salud de las personas.

La responsabilidad de los datos que se dan a los publicistas para la creación de la información que serán utilizados para la creación del mensaje debe estar regulada.

El derecho de los consumidores a la información veraz tiene una gran dificultad por la diversidad de productos que se manejan en el mercado, porque pudimos mencionar uno de los casos que han sido muy llamativos en el área de los mercadólogos, ya que inmediato a esto se realizaron acciones de campañas de divulgación por parte de los publicistas para evitar los engaños al público con productos “milagro”, que por lo general son conocidos aquellos que resuelven y hacen la vida más fácil a los consumidores, y no sólo los productos de belleza o que tienen que ver directamente con la salud, sino con cualquier producto que por su funcionalidad nos dan una practicidad y solución a problemas, que algunos de ellos se crean para hacer necesaria la compra del producto.

La teoría de la conducta del consumidor dice que “es el conjunto de la experiencia generalizada sobre las reacciones del consumidor ante el mercado de bienes y servicios” (Reardon, 1991), así podemos decir que el receptor del mensaje toma en cuenta la identificación con la necesidad y su solución que plantea un anuncio publicitario.

Existen comerciales que afectan al derecho a la información del consumidor al vender productos o servicios que ofrecen características que se buscan en el mercado: precio y calidad. Estas dos variables son usadas con demasiada frecuencia y ocasiona una evaluación del producto para su adquisición.

A continuación se ejemplificará con otro caso que se llevó a la PROFECO:

PRESENTACIÓN DEL CASO: MEGA CABLE, S.A. DE C.V. (PUBLICIDAD DEL PRODUCTO “YOO” EN TELEVISIÓN).⁸

⁸ Véase anexo video 3.

(SPS/DGP/0501/2011; expediente: PFC.B.B. 13/000031/2009 y otros; Mega Cable, S.A. de C.V.)

El 13 de noviembre de 2009 se admite a trámite la denuncia en mención, por presunta publicidad engañosa. Se notifica el 18 de diciembre de 2009, previo citatorio.

Mediante escrito presentado el 24 de julio de 2009 en la oficialía de partes de la Dirección General de Procedimientos adscrita a la Subprocuraduría de Servicios de la Procuraduría Federal del Consumidor, Teléfonos de México, S.A.B. de C.V., por presunta publicidad engañosa difundida en televisión e internet.

Se consideran 10 frases engañosas con publicidad comparativa con otras empresas, sobre los servicios que ofrece “YOO”, así como en los costos por sus precios, ya que pueden inducir al error o confusión al consumidor y se contraponen a lo dispuesto por el artículo 32 de la LFPC, así como las imágenes que se difunden en los canales de señal abierta y en el sistema de cable que ofrece la empresa Mega Cable, S.A. de C.V.).

Se tiene que al difundir Mega Cable, S.A. de C.V., en materia del inicio del procedimiento por infracciones a la ley que se resuelve, las imágenes y las expresiones de referencia, es evidente que su publicidad es engañosa e induce a error o confusión al consumidor, ya que tales afirmaciones no sólo generan el descrédito y la denigración en contra de su competidora lo cual influye en el ánimo de contratación del servicio por parte de los consumidores y por ende, afecta su decisión de adquirirlo.

Se consideró la conducta de Mega Cable, S.A. de C.V., intencional y estuvo dirigida a producir consecuencias negativas, en razón de que aún estando prohibido difundir frases engañosas, inexactas, parciales, exageradas, artificiosas o tendenciosas, lo hizo, lo cual pudo producir error o confusión a la población consumidora e incidir en el ánimo de contratación del servicio de quien en su momento estuvo interesado en adquirirlo.

Con respecto a la capacidad económica del infractor, cuenta con las posibilidades económicas para responder a la sanción que se le impone. Y se reconoció como prueba la

información generada o comunicada que consta en medios electrónicos, ópticos o en cualquiera otra tecnología, entre los cuales está el internet, de donde se tomaron las pruebas.

La PROFECO, al gozar del arbitrio para fijar el monto de las multas que procede imponer en la especie, ya que el artículo 127 de la LFPC, determinó lo siguiente:

La resolución fue al infringirse lo dispuesto en los arts. 7bis, 32 y 38 de la LFPC, se impone a Mega Cable, S.A. de C.V. una multa como sanción, en cantidad total de \$2,000,000.00 (dos millones de pesos 00/100 M.N.) a cubrir multa en un plazo de 45 días siguientes que haya surtido efectos su notificación.

ANÁLISIS DEL CASO

Las diez frases que considera la PROFECO son engañosas y hacen referencia a la competencia, clasificada como publicidad comparativa pueden inducir al error del consumidor, son:

1. “Internet inalámbrico con más velocidad que el paquete similar de la vieja y cara compañía”.
2. “Llamadas locales ilimitadas”
3. “...navego el doble de velocidad que con infinitum...”
4. “... con más velocidad que la otra compañía”
5. “Yoo por eso tengo MEGACABLE que me ofrece Internet más rápido que el del perrito...”
6. “Cámbiate ya 01 800 Pide Yoo. El precio mensual no incluye impuestos...”
7. “... Aplican restricciones...”
8. “... las tarifas de la compañía de teléfonos son de las más caras de todo el mundo...”
9. “... Cámbiate a YOO y disfruta de los mejores canales de televisión de paga, teléfono con llamadas locales ilimitadas...”
10. “... y el internet más rápido y estable...”

Por lo dicho en el artículo 32 de la LFPC, toda información debe ser comprobable y evitar a la inducción al error o confusión para evitar el engaño o abuso por parte de la empresa que se publicita.

Las características de la información del mensaje publicitario tienen una finalidad persuasiva, a través de frases que comparan sus servicios con la compañía con la que compete: “Telmex”, quien ofrece los mismos servicios con tarifas similares.

La publicidad comparativa ante la LFPC, no la considera en su capítulo tercero dedicado a la información y a la publicidad. Sólo hace referencia en su artículo 35 que asegura que al utilizar comparación no se convierte en publicidad engañosa o abusiva.

La publicidad comparativa, ante el derecho a la información, es un beneficio para el consumidor porque tiene la oportunidad de comparar las características de los servicios, en el caso de YOO. Sin embargo lo que hace la empresa en los mensajes informativos es desleal.

La publicidad se considera desleal, desde la perspectiva del Derecho de la Información, al denigrar a la competencia a través de las imágenes que muestra en el mensaje visual del comercial televisivo.

Hace aseveraciones sin sustento. La publicidad desleal sí afecta a los receptores del mensaje, puede inducir al error y afecta la decisión final del consumidor. Yoo le produce un engaño a los receptores, por hacer uso excesivo de mensajes que tienden sólo a la persuasión, pero no sustentan que sea veraz la información de difunden. La referencia que hacen de Telmex tiende a denigrar a la mencionada marca y las comparaciones realizadas son realizadas sin pruebas.

Ante la Declaración de Derechos Humanos, el artículo 19 aclara la libertad de opinión y expresión. Desde el punto de vista del emisor, tiene la libertad de expresar y opinar a través de cualquier medio la información que cree pertinente, en este caso inserciones en canales de televisión de manera indiscriminada en el sistema de cable.

Desde la perspectiva del sujeto universal, el artículo 19 protege el derecho de investigación. La información recibida puede y debe ser investigada, en el caso de una transacción comercial a causa de la persuasión por un mensaje difundido por un medio masivo de comunicación, el receptor tiene el derecho y obligación, de investigar si la información que le proporciona el emisor es correcta y verdadera.

Es sabido que la investigación que la mayoría de los receptores es poco utilizado porque la confianza que le depositan al emisor de un medio masivo de comunicación. Por esta causa la recomendación de divulgación de este derecho para lograr una información correcta, completa y veraz.

El artículo 20 protege al emisor de pertenecer a una asociación de autorregulación de publicidad, con la finalidad de garantizar con una perspectiva ética los derechos de los consumidores y la lealtad entre las empresas, que resulta en un beneficio para todos los involucrados en este sistema comunicacional.

La Constitución Mexicana sí protege directamente a la empresa con quien se compara Yoo, en el momento que dice que la manifestación de ideas puede realizarse sin atacar a la moral o los derechos a terceros. La información que emite la empresa Yoo denigra a la competencia con el modo de comparación que hace a través de los signos de referencia, visuales y lingüísticos. Con información que no se comprueba ni se tienen pruebas fehacientes de ella.

La publicidad vertida por Yoo se convierte en desleal, sin embargo no se contempla así en las leyes mexicanas.

El artículo sexto también protege al sujeto universal, porque garantiza el Estado el derecho a la información. Sin aclarar qué tipo de información puede volverse flexible este artículo y tendiendo a proteger a los consumidores puede decirse que se tiene el derecho a la información verdadera, correcta y comprobable para evitar el error o la confusión al sujeto universal del mensaje publicitario, y así evitar tome decisiones incorrectas o basadas en la información falsa, incorrecta o errónea por parte del emisor.

La LFPC en su capítulo dedicado a la información y publicidad (32) exige al emisor que los mensajes que se difundan sean veraces, comprobables, exentos de códigos que induzcan a error o confusión.

En el mensaje publicitario de Yoo, no comprueba ninguna de sus aseveraciones contundentes que hace. Utiliza la frase “... aplican restricciones” como protección a su información incorrecta e incompleta para lograr la atención y persuasión del público que le recibe, con el conocimiento previo la empresa que el sujeto universal tiene una costumbre casi nula de realizar una investigación de los mensajes a los que está expuesto, y menos si lo realiza a través de un medio masivo de comunicación, por la confianza que se le da a los portavoces mediáticos sin ponerlos en tela de juicio.

En el primer párrafo se excluye el término “completo” como otra característica de información de los mensajes publicitarios. Causa de esto, puede quedar protegida la empresa en dar el nombre de la compañía a quien hace competencia, en decir la cifra total a pagar, a qué se refiere con los calificativos que utiliza para hacer su comparación, qué restricciones son las que aplica o las características del producto como cuántos Megabytes de publicidad son la diferencia con la compañía competidor.

El segundo párrafo reafirma que no debe inducir al error por formas inexactas, falsas, exageradas, parciales, artificiosas o tendenciosas. Los datos que contiene el mensaje publicitario inducen al error del receptor por la parcialidad, inexactitud y una tendencia marcada a cambiar de compañía. La finalidad del mensaje no es informar de las características del servicio que ofrece Yoo, sino de persuadir dejar la compañía con quien compete.

El párrafo tercero aclara que no por ser comparativa es desleal, pero deja el vacío de cuándo puede considerarse desleal y por lo tanto ilícita. La información vertida en ese mensaje pretende persuadir a los receptores y mantener consumidores cautivos, que incluso no tienen en consideración realizar el cambio de compañía. Yoo tiene la intención, con este mensaje publicitario, de que los consumidores que tiene la otra compañía trasladarlos a la suya, a través de datos que denigran y comparan sin fundamentos los servicios que se

ofrecen. Yoo no busca un mercado nuevo, intenta persuadir al mercado de la competencia atraerlos como consumidores del mismo servicio en su compañía.

La publicidad desleal aplica en este caso por no mostrar las características de los dos productos, es parcial la información y los adjetivos calificativos utilizados como datos para realizar las comparaciones, dejan el mensaje inconcluso y desemboca en un posible engaño y abuso al público en general, no sólo para tomar una decisión de compra, sino para el prestigio de la otra compañía y la duda de la capacidad de servicio que pueda ofrecer.

El artículo 23 del Reglamento de la LFPC aclara que la publicidad comparativa es la que coteja, confronta o compara dos productos similares o idénticos, sin mayores especificaciones, lo que deja abierta la posibilidad de mencionar o no las características completas del producto, bien o servicio o un equilibrio entre los datos de las dos compañías.

La interpretación de la publicidad no sólo la realiza el consumidor potencial sino el público en general. La publicidad busca un posicionamiento en el mercado de la marca que difunde, y posteriormente la persuasión.

El mensaje publicitario de Yoo hace énfasis a los consumidores que se encuentran en la compañía con quien compite, sin embargo, al estar expuesto en un medio masivo de comunicación tiene una relevancia con todos los receptores televisivos y tienen un logro en la primera función de la publicidad: posicionamiento.

El posicionamiento lo logra desde varias perspectivas: posicionamiento de la marca (nombre, contacto, servicio que ofrece, signos y códigos de identificación icónicos, lingüísticos y auditivos). El posicionamiento de comparación de servicios, sin mencionar abiertamente la otra marca, sin embargo deja con información imparcial sobre la diferencia de características técnicas y económicas con la competencia.

Con respecto a la LFRyT, en su artículo 67, coincide con las teorías de la mercadotecnia, ya que la ley en su fracción primera pide el equilibrio entre anuncio y programación, una de las premisas de la mercadotecnia para que la publicidad logre el posicionamiento y la persuasión al nicho correcto.

El comercial televisivo de Yoo, cuenta con dos personajes: una mujer que actúa como madre de familia y un niño como su hijo. Puede justificarse con estos dos personajes que la clasificación de este mensaje es para todo público por su contenido, pero está dirigido a personas adultas con poder adquisitivo y titulares del servicio para poder tomar la decisión de realizar el cambio de compañía de servicio.

La ley deja de lado la responsabilidad del medio masivo de comunicación que transmite los mensajes. En el caso particular de esta empresa, Yoo cuenta con los privilegios de realizar inserciones publicitarias por ser también una compañía de televisión de cable, por lo que de manera indiscriminada pauta la publicidad de sus servicios sobre los avisos comerciales de otras compañías.

Las pautas que son sustituidas con la publicidad de Yoo, pierden su libertad de expresión, además de haber pagado por el servicio que inicialmente se contrató por parte de la empresa que se publicita con la televisora en la que decidió hacer la pauta. Esto no se encuentra estipulado ni en la LFRyT ni en la LFPC y deja desprotegida legalmente a las empresas involucradas. De aquí la necesidad de hacer contratos que especifiquen que la empresa de cable respete la pauta publicitaria que contraten las empresas con las televisoras.

Así podemos ver que las motivaciones son las que hacen que la gente realice una compra, pues el producto satisface las necesidades (reales o impuestas) que se tienen.

Las motivaciones no son estables, cambian con las circunstancias en que viven las personas (Dunn, 1980) y en el caso de que las empresas crean productos para solucionar problemas que son inexistentes o irrelevantes.

Entre las necesidades que se convierten en motivos para realizar una compra Hattwick enlista: alimentación, comodidad, libertad de temor y peligro, ser superior, compañía, sexo, bienestar de los seres queridos, aprobación social y vivir más.

Los publicistas utilizan los datos que las empresas les proporcionan para emitir mensajes con información que les dará alguna de estas motivaciones para la adquisición de sus productos. Sin embargo puede ser engañoso el mensaje en el momento de forzar al producto en alguna de estas motivaciones.

Los destinatarios finales de los bienes y servicios son el objeto de la actividad de los empresarios, y sus acciones u omisiones que produzcan riesgos o daños efectivos para la salud o seguridad moral, física o económica, que puede ser de manera consciente o deliberada, es una consecuencia de un mal manejo de información.

Así el derecho a la información de los consumidores es fundamental, como bien lo planteó Desantes en su obra “La información como derecho”: “La comunicación no sólo es de personas, sino de personas y de bienes...la idea del derecho a emitir y difundir mensajes publicitarios”.

En efecto, las empresas gozan del derecho de publicitarse a través de mensajes pero con la responsabilidad de emitir mensajes comprobables y verdaderos para hacer válido el derecho a la información de los destinatarios.

Con estos dos casos y los ejemplos que hemos mencionado a lo largo de la investigación podemos asegurar que la publicidad debe ofrecer al anunciante respuestas integrales que garanticen la información y sus mensajes.

CONCLUSIONES

Para que la publicidad sea pertinente desde el punto de vista legal, sólo funciona en el contexto de un plan de mercadotecnia bien organizado y con una ética exigente de los emisores del mensaje. Tenemos ahora clara la diferencia de publicidad y mercadotecnia, donde la primera es un instrumento de mercadotecnia para la comunicación con la audiencia sobre las características y propiedades del producto o marca.

Queda claro que la publicidad es uno de tantos instrumentos de ventas que tiene una empresa, en la que el publicista es un comunicador de mercadotecnia que es capaz de usar los elementos de la comunicación para lograr una retroalimentación esperada por parte de los receptores a quien se envía el mensaje.

La publicidad pasa por una serie de etapas, una de las importantes y que nos ocupó en esta investigación es la función de hacer que los consumidores conozcan el producto y crear una necesidad sobre éste.

La actividad publicitaria está pasando por un periodo de transición al ser objeto de una reevaluación para responder mejor a las necesidades de los clientes como ciudadanos al darse cuenta que tienen derechos no sólo como consumidores una vez que adquieren el producto, sino desde el momento del conocimiento de su existencia a través de la publicidad. El engaño a la audiencia se hace efectivo desde el momento que la publicidad no nos plasma como consumidores, sino como beneficiarios del producto. Los significantes que se manejan hacen crear una percepción específica del producto.

Los anunciantes encuentran en la creatividad una libertad para dar a conocer sus mensajes de una manera estratégica en el mundo competitivo mercantil.

Con respecto a la hipótesis que teníamos en el principio de la investigación, suponemos que los problemas legales de los mensajes persuasivos comerciales serán erradicados existiendo una legislación para la publicidad, ya que se ataca desde la raíz. Se evitarán los problemas posteriores de empresas con consumidores y así la ventaja real será para las empresas.

Ahora podemos tener la certeza de que sí sería incluso una medida preventiva para evitar problemas entre los anunciantes y audiencia, ya que las empresas emisoras responsables del mensaje pueden tener una ventaja competitiva real.

Incluso al tener una información veraz y regulada, los emisores de los mensajes asegurarían una buena reputación y percepción de la audiencia. Es sabido que cuando se difunde publicidad falsa o equívoca, se induce indebidamente a los clientes a comprar productos deficientes y causar problemas en su relación comercial y moral.

Es importante que los consumidores puedan confiar en que el contenido de los mensajes publicitarios sea veraz y presente información completa y razonable de su uso, independientemente de la creatividad que se pueda usar para atraer la atención de los receptores.

A pesar de que existen leyes que protegen al consumidor y asociaciones civiles que funcionan con autorregulación para la publicidad, tienen el problema de que su autocontrol es carente y otra gran problemática es que incluso para poder pertenecer a ellas, el requisito principal es ser una agencia de publicidad, y sabemos que existen empresas que se dedican a la producción, distribución o comercialización de los productos y ellas mismas realizan sus campañas publicitarias con sus respectivas estrategias de mercadotecnia previas sin tener conocimiento de las previsiones legales a las que deben acatarse para proteger los derechos de los ciudadanos como receptores de los mensajes enviados.

No son suficientes las Asociaciones Civiles que existen para regular la ética de la publicidad, ya que éstas no garantizan la libertad de expresión comercial. Una legislación mexicana para la publicidad beneficiaría a las empresas, no sólo mercadológicas sino productoras de bienes y servicios, para informar a los consumidores sobre las mejores alternativas de productos con información no sólo ética sino verdadera y más creativa.

En caso de legislar la publicidad en México, la publicidad ilícita se dejará de confundir con la publicidad engañosa que contempla el artículo 32 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, ya que la engañosa es parte de una publicidad ilícita (término que no contempla la legislación mexicana en su concepto integral).

La única reglamentación completa que encontramos sobre la publicidad fue la Ley General de Salud con su reglamento, en el que se especifican los requisitos de los contenidos publicitarios. Sin embargo debemos tomar en cuenta para la reflexión que la publicidad no sólo se encarga de la venta de productos destinados a la salud, sino a cualquier tipo de bienes o servicios que pueden ocasionar problemas a los ciudadanos y deja desprotegido el bienestar de las personas receptoras.

Las empresas, sobre todo mercadológicas, pueden apostar a su libertad de creación, sin embargo el grosor de la población no contempla el Derecho de la Información como un respaldo de las actividades comunicativas publicitarias.

Una regulación más precisa en la materia, procederá en una construcción publicitaria socialmente más pertinente. Otra problemática que encontramos en la legislación mexicana sobre la materia de publicidad es la falta de un solo documento donde exista la compilación de todo lo relacionado a ella, como lo hizo a bien España con su Ley General de Publicidad posterior al Estatuto de la Publicidad de 1964.

España, al tomar con la seriedad necesaria el tema, conceptualizó al Derecho de la Publicidad como una ciencia jurídica en el que puso de relieve a la publicidad como objeto del Derecho de la Información y complementando estas nuevas dos ciencias para la protección de todos los sujetos involucrados en la actividad publicitaria.

Regresando al tema en México, estamos en un contexto distinto al que tuvimos al inicio y progreso de esta tesis, estamos en tiempos de reformas legislativas, y una que nos incumbe y por cuestiones temporales ya no fue posible adicionarla a la investigación, es la que se hizo con base en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión publicada el 14 de julio del 2014; en su artículo 3, fracción XXVI, define al mensaje comercial como “una mención dirigida al público o a un segmento del mismo durante corte programático, con el propósito de informar sobre la existencia o características de un producto, servicio o actividad para inducir su comercialización y venta, en las estaciones de radiodifusión con concesión comercial y canales de televisión y audio restringidos”. Y al patrocinio en el mismo artículo en su fracción XL como “un pago en efectivo o en especie para la mención o presentación de la persona o marca que realiza el pago del espacio”.

Hasta ahora es una de las concepciones más acercadas a la teoría de la publicidad, sin embargo en la práctica retira derechos fundamentales relativos a los contenidos y al monopolio de la información al facilitarle a las grandes televisoras las barreras de los nuevos competidores para un pluralismo informativo.

En materia de publicidad, la reforma en Telecomunicaciones le otorga un 2% más de mensajes comerciales por tener producción independiente, cuando no debe ser un regalo ni compensación sino una obligación de las televisoras para facilitar el derecho a la información de los mexicanos.

La ley permite en sus artículos 88 y 89 tener como fuente de ingresos adicionales para las concesiones la venta de productos televisivos publicitarios y patrocinios exclusivamente para las de uso comunitarios e indígenas.

Las empresas que se pueden publicitar tienen preferencia por las grandes televisoras en las que tengan un alcance mayor y poder tener un posicionamiento de sus marcas anunciadas en la una población más amplia.

Con respecto a las retransmisiones, el artículo 164 aclara que los concesionarios que presten servicios de televisión radiodifundida están obligados a permitir a los concesionarios de televisión restringida la retransmisión de su señal, de manera gratuita y no discriminatoria, dentro de la misma zona de cobertura geográfica, en forma íntegra, simultánea y sin modificaciones, incluyendo la publicidad y con la misma calidad de la señal que se radiodifunde.

La ley contempla una sección dedicada a la publicidad, en la que no destaca sobre los contenidos de los mensajes, sino las observaciones para las concesionarias de radiodifusión y televisión, en las que piden equilibrio entre la publicidad y el conjunto de programación transmitida con una serie de reglas que les da el 18% de tiempo de publicidad comercial a las televisoras por el total de programación, sin tomar en cuenta los anuncios y patrocinios pagados que se incluyen dentro de los programas, como insertos de los guiones.

Será interesante que veamos cómo se actuará en cuestión del artículo 238, que cita: “Con la finalidad de evitar la transmisión de publicidad engañosa, sin afectar la libertad de expresión y de difusión, se prohíbe la transmisión de publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa”. Puesto que conocemos la técnica de las dos grandes televisoras que insertan en sus notas recomendaciones de lugares o productos como parte de su contenido informativo.

Como hemos estudiado a lo largo de esta tesis, la publicidad engañosa se encuentra en distintas presentaciones, no sólo como noticias en programas informativos, sino en los mismos comerciales. Sin embargo podemos ver el lado positivo, que es el incluir este término en la legislación, con todos los bemoles que puede contener.

En cuestión de contenido de los mensajes, lo que sí deja muy en claro y es de rescatarse es sobre la publicidad destinada al público infantil, lo mismo que debería aplicarse al receptor en general para evitar persuasiones de mala voluntad por parte del emisor.

Así vemos que, a pesar de que existen leyes que protegen al consumidor, el problema no está solucionado desde la raíz. Después de esta investigación podemos asegurar que en México existe una escasa y vaga regulación jurídica sobre la información que contienen los mensajes publicitarios comerciales. Este factor propicia que tales mensajes se construyan con base en una función conminativa, sin importar la pertinencia ética del contenido.

Esta investigación resalta, pues, la falta de legislación en México y revela, al mismo tiempo, la necesidad de un mayor control con respecto a la publicidad.

FUENTES INFORMATIVAS

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS (DERECHO)

Alcaín, E. M. (1992). *Filosofía del deber moral y jurídico*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot.

Bogado, F. (2010). *Derecho al honor*. En E. Villanueva, *Diccionario de Derecho de la Información* (Vol. 2, pág. 424). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Contreras Navidad, S. (2012). *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*. Pamplona: Aranzadi.

Correas, Ó. (2000). *Introducción a la crítica de derecho moderno (esbozo)*. 23. México: Fontamara.

Daher, J. (2010). Publicidad ilícita. En E. Villanueva, *Diccionario de Derecho de la información* (3ra. ed., Vol. 2, pág. 458). México: Jus.

Desantes Guanter, J. M. (1974). *La información como derecho*. Madrid: Editora Nacional.

Desantes Guanter, J. M. (1977). *Fundamentos del Derecho de la Información*. Madrid: Confederación Española de Cajas de Ahorros

Devesa, L. (1995). *La publicidad engañosa en el moderno Derecho español*. Madrid: La Ley.

Gallardo, P. G. (2006). *Filosofía del derecho*. México: IURE Editores.

García Sanz, A. (2009). *Facultades conferidas al titular de la marca: límites a su uso en contexto publicitario*. En Á. Martínez Gutiérrez, *Marca y publicidad comercial* (1 ed., págs. 350-351). Madrid: La Ley.

López Ayllón, S. (1984). *El derecho a la información*. México: Miguel Angel Porrúa..

Luna Pla, I. (14 de marzo de 2012). *Combatir publicidad engañosa*. México, México: La silla rota.

Méndez, R., & Vilalta, E. (1999). *La publicidad ilícita: engañosa, desleal, subliminal y otras*. Barcelona: Bosch.

Méndiz, A. (2003). *La publicidad*. En Bel Mallen, *Derecho de la Información* (pág. 458). Barcelona, España: Ariel.

Pulido, J. G. (2010). *Derechos de los consumidores y usuarios*. Valladolid, España: Lex Nova.

Velasco, J. W. (2002). *Metodología jurídica*. México: McGraw Hill.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS (PUBLICIDAD)

Agustin, J. (1990). *Tragicomedia mexicana, la vida en México de 1940 a 1970*. México: Planeta.

Assael, H. (1999). *Comportamiento del consumidor*. México: Thomson.

Bailén, A. H. (2002). *La audiencia investigada*. Barcelona: Gedisa.

Bassat, L. (2010). *El libro rojo de la publicidad*. Barcelona: Debolsillo.

Berenyi, L. (1992). *Variables psicológicas de la mercadotecnia*. México: Trillas.

Berlo, D. K. (2001). *Proceso de la comunicación*. Buenos Aires: El Ateneo.

Checa Godoy, A. (2007). *Historia de la publicidad*. La Coruña: Netbiblio.

De Moragas, M. (1981). *Teorías de la Comunicación*. Madrid: GG Mass Media.

Dunn, W. (1980). *Publicidad*. México: Uthea.

Dupont, L. (2004). *1001 trucos publicitarios*. (J. C. Delgado, Trad.) México: Lectorum.

Eguizábal, R. (2010). *Teoría de la publicidad* (2da. ed.). Madrid: Cátedra.

- Escudero, A. (1995). *Marketing inmobiliario*. Valencia: CISS.
- Ferrer, E. (1985). *El publicista*. México: Trillas.
- Fisher, L., & Espejo, J. (2008). *Casos de mercadotecnia* (2da. ed.). México: McGraw Hill.
- Gil, I., Palacio, D., & Rueda, C. (2000). *Marketing y tecnologías de la información*. Valencia: CFP- Universidad Politécnica de Valencia.
- Guichot, E. (2011). *Derecho de la Comunicación*. Madrid: Iustel.
- Habermas, J. (1998). *Historia y crítica de la opinión pública*. Madrid: Paidós.
- Homs, R. (1995). *El fin de la era publicitaria*. México: Ariel.
- Laporta, F. (1993). *Entre el derecho y la moral*. México: Fontamara.
- Linde Paniagua, E., Vidal Beltrán, J. M., & Medina González, S. (2013). *Derecho audiovisual* (5ta. ed.). Madrid: Colex.
- Longoria Ramírez, R. (2008). *Pensamiento creativo* (14 ed.). México: Patria.
- Maciá, F., & Gosende, J. (2011). *Marketing con las redes sociales*. Madrid: Anaya Multimedia.
- Matilla, E. G. (2009). *Subliminal: escrito en nuestro cerebro*. Madrid: Bitácora.
- Miller, M. (2011). *Marketing con YouTube*. Madrid: Anaya Multimedia.
- Montero Rodríguez, F. (2005). *Marketing de periódicos y revistas*. Madrid: Pirámide.
- Morente Mejías, F. (2009). *Visiones del consumo desde la perspectiva sociológica*. En Á. Martínez Gutiérrez, *Marca y publicidad comercial* (págs. 62-63). Madrid: La ley.
- Ongallo, C. (2007). *Manual de comunicación*. Madrid: Dykinson.
- Ovalle Favela, J. (2008). *Derechos de los consumidores*. México: Oxford.

- Puig, A. R. (2001). *Publicidad y libertad de expresión*. Pamplona: Aranzadi.
- Reardon, K. (1991). *La persuasión en la comunicación*. Barcelona: Paidós.
- Ricarte, J. (1999). *Creatividad y comunicación persuasiva*. Zaragoza: Universidad de Barcelona, Universitat Jaume I, Universitat Pompeu Fabra. Universitat de Valencia.
- Ries, A., & Trout, J. (1993). *Las 22 leyes inmutables de la mercadotecnia*. México: McGraw Hill.
- Russell, T., & Lane, R. (1989). *Publicidad*. México: Prentice hall.
- Russell, T., & Lane, R. (2001). *Kleppner publicidad*. México: Pearson.
- Santaella, M. (1982). *Introducción al Derecho de la Publicidad*. Madrid: Civitas.
- Schiffman, L., & Lazar, L. (2010). *Comportamiento del consumidor*. México: McGraw Hill.
- Treviño, R. (2000). *Lo que la publicidad puede y no puede hacer*. México: McGraw Hill.
- Vidal, J. C. (12 de Marzo de 2012). *Mensajes informativos*. Morelia, Michoacán, México: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.
- Watson, D. (1980). *Publicidad*. México: Uthea.

FUENTES ELECTRÓNICAS (DERECHO)

- González Méndez, J. (5 de febrero de 2005). Débil defensa del consumidor. Obtenido de La Jornada: <http://www.jornada.unam.mx/2005/02/07/003n1sec.html>
- Ovalle, J. F. (3 de octubre de 2011). *La nueva Ley Federal de Protección al Consumidor*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/957/23.pdf>

Pérez Vaquero, C. (1 de abril de 2001). *Noticias jurídicas*. Obtenido de Noticias jurídicas: <http://noticias.juridicas.com/articulos.com/articulos/00-Generalidades/200104-gazeta-boe.html>

FUENTES ELECTRÓNICAS (PUBLICIDAD)

Historia de publicidad automotriz. (6 de noviembre de 2012). Obtenido de http://www.carrosyclassicos.com/historia/1479/cadillac_1941-1947

La historia de la publicidad. (7 de marzo de 2007). Obtenido de <http://www.historiadelapublicidad.com/principio.php?Codnot=103>

Méndez, J. G. (5 de febrero de 2005). *La Jornada*. Obtenido de *Débil defensa del consumidor*: <http://jornada.unam.mx/2005/02/07/003n1sec.html>

Ovalle Favela, J. (2009). Biblioteca investigaciones jurídicas UNAM. Obtenido de UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/957/23.pdf>

QuiHist. (5 de junio de 2013). Obtenido de www.quihist.com/papiro-de-shem-primer-anuncio-escrito-de-la-historia/

Ragin, C. (2007). *La construcción de la investigación social*. (C. Morales, Trad.) Bogotá: Sage publications.

Senise Barrio, O. (2009). *Los enfoques de gestión comercial y las decisiones sobre marca y comunicación*. En Á. Martínez Gutiérrez, *Marca y publicidad comercial* (pág. 288). Madrid: La ley.

Tardan Sombreros. (2012). Obtenido de <http://www.tardan.com.mx/historia/>

FUENTES LEGISLATIVAS

Código Civil Federal (1928). México.

Constitución Española (1978). España.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). México.

Estatuto de Publicidad (1964). España.

Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (). México.

Ley Federal de Protección al Consumidor (1993). México.

Ley Federal de Radio y Televisión (1973). México.

Ley General de Publicidad (1988). España.

Ley General de Salud (1984). México.

ONU. (10 de Diciembre de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Publicidad. (1988). México.

Tesis 1a. CLXV/2004, 176552 (Novena época, Primera Sala Enero de 2005).

Tesis 2a. CXCLIII/2005, 175832 (Novena época. Segunda Sala Febrero de 2006).

ENTREVISTA

Prado, G. O. (24 de Junio de 2013). *Entrevista sobre derecho y publicidad*. (E. A. Zepeda, Entrevistador) Granada, España.

ANEXOS

IMAGEN 1



El papiro de Shem, encontrado en el Antiguo Egipto en la Ciudad de Tebas que se fecha en torno al 3000 a. de C. que fue escrito por Hapu ofreciendo una moneda de oro a quien capturara y devolviera a su esclavo. En la actualidad se encuentra expuesto en el Museo Británico en la ciudad de Londres. (QuiHist: 2013)

IMAGEN 2



Estos dos hallazgos son importantes para conocer la historia de la publicidad. Se desenterraron en Pompeya y según las investigaciones es el inicio de la información comercial gráfica, en el que anuncia: “Tenemos comida: pollo, pescado, jamón y caza”. (La historia de la publicidad: 2007)

IMAGEN 3

Now - a Cadillac FOR \$1345*




**PRICE LOWERED HUNDREDS OF DOLLARS
... AND A FINER CAR IN EVERY WAY!**

This is news ... In a world of rising prices, Cadillac builds a finer motor car—and takes hundreds of dollars off the price! It's the value sensation of the season! ... And here you'll meet it when you see it! Here is outstanding evidence to the contrary. Here are features so rich that you'll scarcely credit your ears. Here is performance without a counterpart. And all this is combined with economy challenging that of cars built especially for thrift ... These are just the highlights of the industry's greatest offering for 1941. So get your hopes high when you visit your Cadillac dealer. You're going to see something!

SIX GREAT NEW SERIES OF CADILLAC CARS FOR 1941

Just as outstanding in their respective price fields as the renowned Sixty-One, are the five other series of cars which Cadillac presents for 1941. These include two entirely new creations—the sleek, smart Cadillac Sixty-Two and the elegant Cadillac Sixty-Six. There are also completely redesigned and improved versions of the well-known Cadillac Sixty-Two, the dynamic Cadillac Fleetwood Sixty Special—and the great Cadillac Fleetwood Sixty-Five. Together, the six new series comprise the finest and most complete series of motor cars ever presented for sale today at a given time. See them today—at your Cadillac dealer's!



*For the Cadillac Fleetwood Sixty Passenger Coupe, the lowest price shown is \$1345. Price includes tax and license. Dealer's price may vary. Actual dealer's price may vary. Actual dealer's price may vary. Actual dealer's price may vary.

PRESENTING THE SENSATIONAL NEW

CADILLAC *Sixty* SPECIAL

THE NEWEST CAR IN THE WORLD



THERE HAS NEVER BEEN another car like the new Cadillac Sixty Special . . . a car with such definite modernity of line, yet so obviously right in taste . . . a precedent-breaking car prophetic of motor cars not yet on other drawing boards, yet a car wholly devoid of freakish trappings.

THERE HAS NEVER BEEN anything like the vivid, spirited performance of this car . . . with its indomitable vitality, its eager-flowing power, its quiet, obedient responsiveness! There has never been anything like its inviting, all-embracing comfort . . . day-report seats, with extra width and extra depth. There has never been anything like the vision with which you drive the Cadillac Sixty

Special . . . there is more outward vision than in any closed car ever built heretofore.

THERE ARE BOLD STROKES OF INSPIRED DESIGN in the Sixty Special. There are no running boards—you step right in, through doors of generous width. From every angle—the Cadillac Sixty Special is, beyond dispute, the newest car in the world!

IF YOU ARE TIRED OF THE COMMONPLACE—if you want the only really different car of the year—then by all means accept our invitation to drive this matchless Cadillac Sixty Special. Its performance . . . in your own hands . . . will make the most extravagant description seem faint praise indeed!

There is also a new Cadillac Sixty in more conventional mold, and selling at a price we believe represents the greatest value in the mass car market. It differs from the Special in appearance and appointments—it is one with the Special in quality and performance. See it!

Publicidad Cadillac del año de 1940.

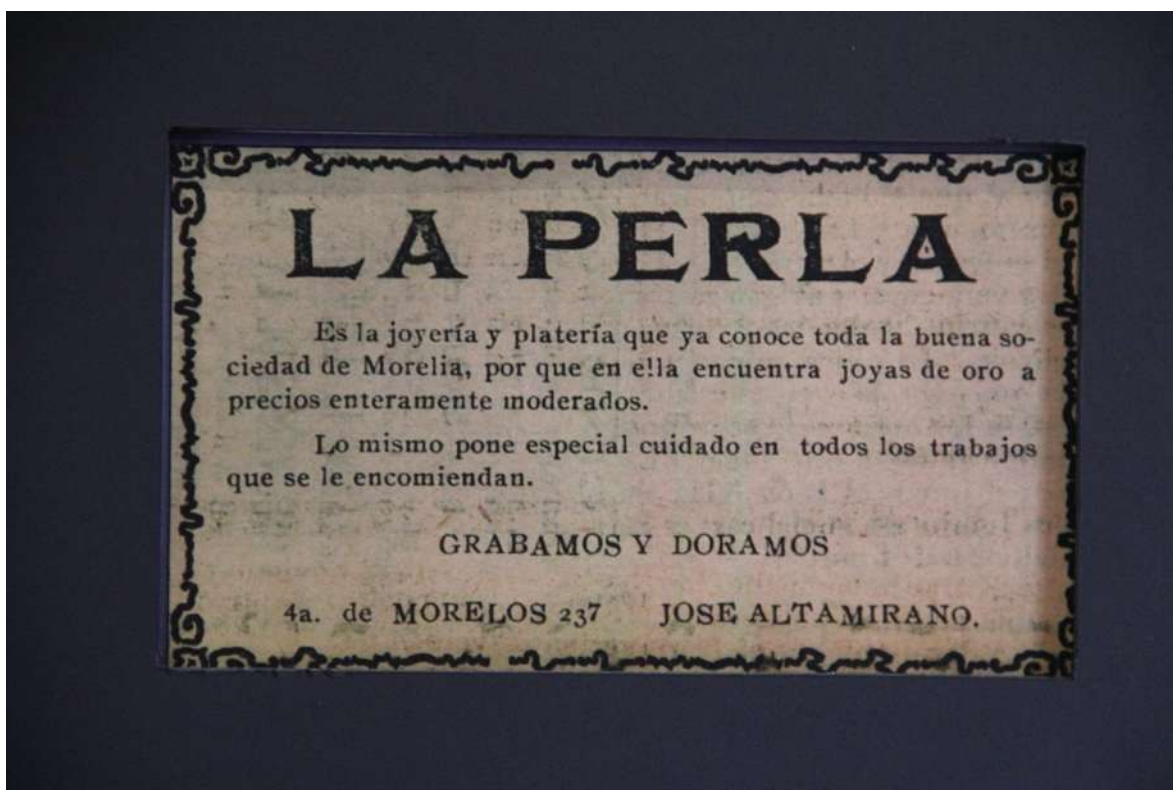
IMAGEN 4



La marca mexicana de sombreros “Tardan” ha utilizado el mismo slogan desde la creación del mismo por la gran efectividad que le ha resultado. (Tardan Sombreros, 2012)

IMÁGENES 5

Anuncios publicitarios de periódicos morelianos (1901-1950) expuestos en el archivo del Poder Judicial del Estado de Michoacán en mayo del 2011.



LOS DIGNOS CANDIDATOS DEL PUEBLO

Hombres de
Acción
y
de
Pensamiento



GRAL. ALVARO OBREGON.

Demócratas
Sinceros
Enamorados
del
Republicanism



GRAL. FRANCISCO J. MUGICA.

Vote Ud. por ellos en las elecciones próximas si quiere hacer algo en favor de su Patria en general y del Estado en particular.

Las Boletas Mugiquistas serán AZULES, rodeadas de Círculos Roji-Negros.

LA OFICINA

**CANTINA
SIEMPRE ADELANTE**

Porque no omite gasto para dejar satisfecha a su escogida y delicada clientela, con tenerles vinos LEGITIMOS puros de superior calidad a precios módicos, así como los apetitosos Lunches, y amenizarlos con orquesta diaria de 12 a 3 p. m. y de 7 10 a. m.

J. Carmona.
Morelia, Michoacán

PASE USTED
A Convencerse.

4ª calle de Morelos Números 231 y 237. T. C. 219. E. Telefónica 199.



Morelia Mich.

SEA UN HOMBRE NUEVO, EMPIECE EL AÑO HACIENDO EJERCICIO CON PESAS, NOSOTROS TENEMOS EL SECRETO PARA HACER DE USTED UN HOMBRE NUEVO. CONCURRA AL GIMNASIO "YORK", UBICADO EN PROLONGACION DE VICENTE STA. MARIA No. 42 "A", CON EQUIPO DE PESAS, BOX, AGUA CALIENTE Y ENTRENADOR; APROVECHE LA OFERTA DE AÑO NUEVO: INSCRIBA DOS PERSONAS Y LE REGALAMOS UN MES.

SU AMIGO: TEOFILO AYALA.



yo tomo
Chocolate

MOLTEZUMA

JABON
MEDICINAL
DEL
TIO NACHO
Por sus propiedades antisépticas es el mejor
DESINFECTANTE
 de la PIEL y del CUERO CABELLUDO
Alivia el prurito. Alivia la picazón. Alivia la molestia.
 San Juan, P.R. N.Y.C. N.Y.C.



¡ah, qué vida tan bonita!



con
Corona
Coronita