

La Publicidad Ilícita Española Aplicada En Colombia

Jenni Alexandra Urquijo Marín

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Programa de Derecho

Bogotá

2014

## LA PUBLICIDAD ILÍCITA ESPAÑOLA APLICADA EN COLOMBIA

Jenni Alexandra Urquijo Marín

Universidad La Gran Colombia

### RESUMEN

El presente artículo pretende hacer una comparación entre la legislación Española y la Colombiana con respecto al tema de la publicidad ilícita, se inicia definiendo a la publicidad en términos generales, posteriormente se pasa a mencionar los presupuestos de ilicitud contemplados en las leyes españolas, y con forme a estos se va a hacer énfasis en la protección a la dignidad de la mujer en los anuncios publicitarios y en la protección de los menores frente a la publicidad.

**Palabras claves:** publicidad, publicidad ilícita, protección al consumidor, derecho a la dignidad, comercial, menor consumidor.

### ABSTRACT

This article aims to make a comparison between the Spanish and the Colombian legislation on the issue of illegal advertising, starts by defining advertising broadly subsequently goes on to mention illegality budgets referred to in Spanish law, and these forms is to emphasize the protection of

the dignity of women in advertising and the protection of minors against advertising.

**Key words:** advertising, consumer protection, the right to dignity, advert, consumer retail.

Durante el seminario internacional de Derecho Internacional público realizado en Portugal, y de Derecho de la competencia y de la propiedad industrial comunitario español, además de aprender sobre otras culturas y sus costumbres, también se aprendió sobre el sistema jurídico que es uniforme en toda Europa por pertenecer a la Unión Europea. Sin embargo, el tema más interesante tal vez porque en nuestro país no es muy conocido fue el de Derecho Mercantil sobre la publicidad ilícita que enseñó en la ciudad de Vigo España y es sobre el cual se va a hacer referencia en este artículo.

Para poder abordar el tema de estudio es pertinente iniciar definiendo la publicidad, se tomara como referente la legislación española que en Ley general de Publicidad LGP en el artículo 2 la define como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

España tiene una amplia legislación para reglamentar la publicidad, ya que se debe regir por Ley General de Publicidad- LGP o Ley 34/1988, por la Ley de Competencia Desleal- LDC o Ley 3/1991, y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias, como se evidencia es un tema que preocupa en este país desde ya hace muchos años y aunque la Ley

29/2009 a hecho reforma del régimen legal de la competencia desleal y la publicidad solo es una muestra de la relevancia que tiene en el ámbito jurídico, por el contrario en Colombia es un tema relativamente nuevo que se está regulando por parte del Estado con la Ley 1480 de 2011 de protección al consumidor en la que en su capítulo VI hace referencia a la publicidad y además existe el Código Colombiano de Autoregulación Publicitaria es una disposición de naturaleza ética y procede de la voluntad privada aplicable a las asociaciones afiliadas a la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria, CONARP.

En España existe un organismo privado que se llama autocontrol su vinculación es de carácter voluntario y es una institución que se encarga de vigilar las campañas publicitarias, para ello se efectúa el *copy advice* este puede ser entendido como una especie de filtro jurídico que se realiza al anuncio publicitario previo a la salida al aire en el medio de comunicación, del cual se desprende un concepto que es confidencial y no vinculante pero en el que se verifica que no se viole de ninguna forma el ordenamiento jurídico imperante. En Colombia Asociación Nacional de Anunciantes de Colombia asesora a sectores que intervienen en la actividad publicitaria nacional en áreas específicas de mercadeo y publicidad, sin embargo se podría implementar el *copy advice* para mejorar la calidad de la publicidad y asegurar los derechos de los consumidores.

Toda publicidad tiene que en principio respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente y adicionalmente debe ser acorde a los valores constitucionales como norma de normas dentro del ordenamiento interno, armonizando los supuestos de *Right of private* - Derecho a la intimidad y de *Right of publicity* – Derecho a la explotación comercial del nombre, la imagen y la voz, ya que en ciertas ocasiones pueden entrar en conflicto.

Es importante para la publicidad tener claridad en el tipo de mensajes publicitarios que se transmiten y tener identificado el público al que se va a dirigir, pues estos no pueden ser analizados con apoyo en criterios puramente gramaticales o literales. Por el contrario, lo jurídicamente relevante de un mensaje publicitario es el significado que posee éste para el público de los consumidores. De tal modo que lo primero que debe averiguarse es cómo interpreta el mensaje publicitario el público al que se dirige o alcanza, pues cada tipo de receptor puede dar una interpretación diferente al mismo según su nivel educativo y capacidad cognoscitiva; y luego deberá indagarse si el mensaje publicitario, tal y como ha sido interpretado por el público de los consumidores, se corresponde o no con la realidad, antes de proceder a su análisis y de poder determinar su licitud.

En la LGP Española en su Artículo 3 se define como publicidad ilícita aquella en la cual se cumple los siguientes supuestos:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución (1978), especialmente a los que se refieren sus artículos: N°14 que hace referencia al derecho a la igualdad, N°18 que habla sobre el honor e intimidad personal y N°20 en su apartado 4 que trata sobre el derecho a la comunicación e información siempre y cuando se respeten el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior **los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende 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 (2004), de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

b) **La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores.** No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

c) La publicidad subliminal. *“La publicidad 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”.*

d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. En esta se hace referencia a productos como el alcohol pues se prohíbe publicitar las bebidas embriagantes con más de 20 grados de alcohol.

e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal, estas se mencionan en la ley pero no serán objeto de estudio, sin embargo se puede entender por publicidad engañosa *“cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aún siendo veraz, por su contenido, o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”* (Artículo 5 LCD, 1991); Publicidad Desleal *“ la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento*

*económico con el debido conocimiento de causa. Igual consideración tendrá la transmisión de esta información de manera poco clara, ininteligible, ambigua, o en un momento en que no sea el adecuado, o cuando no se dé a conocer el propósito comercial de la conducta en cuestión, en caso de que no resulte evidente por el contexto” (artículo 7 LCD, 1991); y la publicidad agresiva a aquella que “sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico” (Artículo 8 LCD, 1991)*

En nuestro país no se habla de publicidad ilícita, pero el Estatuto del Consumidor ley 1480 de 2011 contempla en sus artículos 30 y 31 prohibiciones como la publicidad engañosa y establece que el anunciante será responsable de los perjuicios que cause derivados de esta, y regula la publicidad de productos que por su naturaleza o componentes sean nocivos para la salud, pues se debe advertir claramente al público acerca de su nocividad y de la necesidad de consultar las condiciones o indicaciones para su uso correcto, así como las contraindicaciones del caso para no afectar la salud y proteger la vida de la población.

Las campañas publicitarias están presentes en todos los medios de comunicación y aunque existen órganos que regulan y protegen a los consumidores no abarcan todos los supuestos de ilicitud que trata la legislación española nos falta profundizar en la dignidad de la mujer y la protección al menor, por eso se van a tocar mas a profundidad en este articulo estos items.

***Dignidad de la mujer en los anuncios publicitarios***

Si se hace un paralelo con literal a) del artículo 3 de la LGP y la normatividad colombiana la constitución del 91 también se defiende como fundamentales los derechos de dignidad, igualdad, intimidad y el derecho a la comunicación e información aunque estos últimos sub editados al cumplimiento de los primeros, sin embargo, no se encontró durante esta investigación ningún aparte específico en la legislación que hiciera relación a prohibir que en **los anuncios se presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar.**

Este vacío normativo ha permitido que sea recurrente el uso de mujeres ligeras de ropa en la promoción de todo tipo de productos que no tienen nada que ver con el objeto o servicio que preste atentando contra su dignidad pues se toman como una cosa y no como un ser humano merecedor de respeto, en Colombia se usan chicas en bikini para promocionar casi todo desde chicles, bebidas y etc. En general productos que no guardan relación directa con el cuerpo de la mujer y no guarda relación lógica entre el producto objeto de promoción y el cuerpo de la mujer como objeto de deseo y morbo, no queda claro porque es necesario que las señoritas deben estar con poca ropa, lo cual podría ser un acto claro de discriminación y vejatorio en contra de la mujer. En España no se permite que las mujeres exhiban partes de su cuerpo si no están directamente vinculados con el producto, es decir el cuerpo de la mujer no puede ser utilizado como un objeto para vender y atraer la atención de los hombres para que consuman un producto. No por esto está prohibido que las mujeres sean parte de un comercial de televisión o que se exhiban en ropa interior, solo se exige que la publicidad se relacione directamente con el uso del cuerpo de la mujer, así las cosas sería lícito que aparezca una mujer con poca ropa en la



promoción de productos de belleza que se utilice en las zonas que se exhiban o de vestidos de baño o similares, siempre y cuando no se involucren actos de violencia física o psicológica.

Sobre de violencia de género hay que hacer unas aclaraciones y reconocer que la normatividad Colombiana se preocupa por proteger a los derechos de mujer y prevenir la violencia de género, y que no se puede interpretar que la mera reproducción de una escena violenta para adultos constituye un hecho ilícito, siempre y cuando el consumidor medio es decir aquel razonablemente informado, perspicaz y atento pueda comprender que se trata de una broma o exageración de tipo sarcástico o humorístico y no como un hecho que incite a la comisión de actos violentos.

A su vez en España no se permite la utilización de la imagen de la mujer asociada a comportamientos estereotipados, como aquellos que permitan asociar a la mujer como lo que llamaríamos “bruta” en otras palabras una persona fácil de influenciar, sin criterio u objetividad para seleccionar un producto o dejarse atraer por el mero hecho de su uso, lo cual además de diferir con la realidad es una falta de respeto y atenta contra la dignidad de la mujer ya que pone en tela de juicio las capacidades físicas y mentales rebajándola del nivel del hombre violando el derecho a la igualdad contemplado en ambas normatividades como fundamental, en Colombia tampoco se hace énfasis en la normatividad contra este tipo de publicidad.

### ***Protección de los menores frente a la publicidad***

Ya se habló que la publicidad es una forma comunicación en la que se promueve un producto o servicio y los niños están inmersos en ese mundo, es su derecho no se pueden excluir pero por sus cualidades particulares se debe tener especial cuidado, teniendo en cuenta esto es relevante mencionar que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño,

reconoce la importancia de la función que desempeñan los medios de comunicación y les impone a los Estados Parte, entre otros, los deberes de: “(i) velar por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales; (ii) propender por que la información y el material al que accedan los niños tengan por finalidad contribuir con su bienestar social, espiritual, moral y su salud física y mental; y (iii) promover la elaboración de directrices apropiadas para la protección de los niños contra la información y materiales que puedan ser perjudiciales para su adecuado desarrollo” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989).

Con respecto a la publicidad dirigida a los niños la normatividad española contiene un interesante referente para nuestro país pues es mucho más restrictiva, ya que prohíbe la publicidad para menores, es decir aquella que incite directamente a los niños a actuar como consumidores, para esto el artículo 3 de la LGP contiene prohibiciones como: la de incitar directamente a los niños a la compra de un producto o servicio porque es la moda o crear la falsa necesidad para encajar en un ambiente determinado; además en la publicidad no pueden aparecer los niños persuadiendo a los padres para que le compren un bien o servicio; tampoco se pueden presentar a los niños en situaciones peligrosas; y la publicidad no puede inducir a error sobre las características de los productos o servicios, sobre su seguridad, o sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o para terceros, por el tipo de público al que se dirige inexperto y credulidad no se deben presentar en los comerciales juguetes con movimiento autónomo, se debe evitar la utilización excesiva de imágenes de ficción e informar obligatoriamente que se debe consultar con los padres, la edad para el uso del producto y que no incluye el producto.

En nuestro país los niños están expuestos a mucha publicidad y pasan mucho tiempo frente al televisor la mayoría de veces sin supervisión de un adulto, por esto es vital que se vigile el contenido de la publicidad y que se verifique que su contenido es apto para los menores, para asegurarse que el anunciante no se va aprovechar de la inexperiencia infantil para explotar su potencial de consumidor con el dinero de sus padres, por eso es obligatorio que la publicidad sea clara y que se advierta que debe accederse únicamente con la aprobación de los padres pero sin hacer que la publicidad sea agresiva y que genere en los niños ansias de obtener el producto y hagan lo que se conoce popularmente como berrinches para que los pares lo compren.

En Colombia si bien el estatuto del consumidor exigió mayor protección al menor como receptor de la publicidad, y los reconoce como sujetos que tienen "*Derecho a la información de los niños, niñas y adolescentes*". El Gobierno Nacional reglamentará, en el término de un año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, los casos, el contenido y la forma en que deba ser presentada la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores, en desarrollo del derecho de información consagrado en el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006" (Ley 1480 artículo 28, 2011) dicha reglamentación se dio apenas este año en mayo con la expedición del decreto número 975 del Ministerio de comercio, industria y turismo "Por el cual se reglamentan los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores"

Nuestra legislación no habla precisamente publicidad ilícita sino que más bien delimita los deberes del anunciante respecto de la información y publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes. Ya que contempla que está debe ser respetuosa de sus condiciones de desarrollo mental, madurez y comprensión propias de los menores. Por lo tanto se debe "Evitar el uso de

imágenes, textos, expresiones visuales o auditivas o representaciones que no correspondan a la realidad del producto en lo relacionado con su funcionamiento o características” (Decreto número 975 artículo 4, 2014). Al igual que como lo exige la ley española se debe mostrar al niño el producto tal y como va a funcionar para no crear falsas expectativas en la mente del niño, como por ejemplo que el juguete puede volar sin ayuda sino que se debe dejar claro al menor que debe ser manipulado por él para que funcione.

Para evitar la publicidad engañosa ante el menor se prohíbe en este mismo decreto expresamente “Indicar o representar una edad diferente de la requerida para que el niño, ensamble las piezas u opere el producto; Exagerar el verdadero tamaño, naturaleza, durabilidad y usos del producto; No informar que las baterías o accesorios que se muestran en el anuncio no están incluidos en el empaque del producto o que se venden por separado; No informar que para el funcionamiento de un producto se requiere de baterías o algún elemento complementario” (Decreto número 975 artículo 4, 2014).

Una protección común en la normatividad de ambos países es que la publicidad que se dirija a los niños no incite a adquirir o usar un producto, por el mero temor al rechazo social o falta de aceptación por parte de un grupo, a su vez los legisladores buscan que la publicidad contribuya en la labor social de difundir y enseñar los valores y principios éticos –morales necesarios para la convivencia pacífica, de esta forma ambos países prohíben que el mensaje que se difunda en los medios de comunicación contenga algún tipo de imágenes o información de contenido sexual, violento, discriminatorio o que promueva conductas de esta clase en los menores, adicionalmente tampoco se puede incitar a la comisión de conductas ilegales o que atenten contra la salud del menor como las relacionadas con el consumo de estupefacientes y/o bebidas alcohólicas.

Lo novedoso de nuestra legislación es que regula algunos avances de la publicidad impulsado por el desarrollo tecnológico como por ejemplo cuando se o anuncie un bien o servicio para cuya adquisición se deban realizar llamadas o enviar mensajes de texto o multimedia que supongan un costo para el consumidor, en tal caso se deberá informar expresamente su valor y advertir al niño, que antes debe solicitar autorización de sus padres.

La protección de los derechos de los menores frente a la publicidad es muy reciente e innovadora en nuestro país y era necesaria para cubrir el vacío normativo existente, sin embargo se refleja la falta de voluntad del legislador pues después de tres años hasta ahora se regula este tema, y aun no se ha realizado campaña para difundir e informativa a los padres y que ellos como tutores de los menores hagan primar los derechos de los niños tal como dispuso la constitución (1991), y exigir que cuando consideren un comercial o mensaje publicitario afecte los derechos de los niños el comercial sea retirado del aire.

Aunque la legislación Colombiana ha avanzado aun falta implementar prohibiciones importantes como la de mostrar a los niños en situaciones peligrosas pues por su capacidad intelectual se les dificulta diferenciar lo real de la ficción, su inmadurez no le permite identificar los riesgos y evitar los peligros existentes en su entorno, razón por la cual podrían sin saberlo estar atentando contra su salud e incluso su vida lo cual es impermisible. Adicionalmente se debe prohibir el uso de los niños para que los padres compren un producto, es decir los niños no pueden ser el canal para obligar a los padres a consumir, se sabe que los padres pueden ser fácilmente influenciados por sus hijos pero no por esto se puede dirigir la publicidad al niño para que incite a los padres a la compra de un producto, en España hasta el uso indiscriminado en la publicidad de la imagen tierna e inocente de los bebés es regulado pues tiene den a aprovechar el amor familiar para promover la compra del bien (PLAZA, 2014).

## CONCLUSIONES

La legislación colombiana debe dar mayor importancia a la protección al consumidor frente a la publicidad ilícita, pues si bien se han expedido leyes para regular este tema, aún no se ha difundido al público y la ciudadanía no es consciente que si el mensaje o la representación grafica de este atenta contra la dignidad humana, la moral y las buenas costumbres, pueden exigir al Estado la protección de sus derechos.

Si bien la iniciativa privada de la organización nacional de anunciantes colombianos es muestra de buena fe por parte de los anunciantes al incorporar en su código interno más restricciones a la publicidad que las contempladas en las leyes incluso desde mucho tiempo antes, es una falencia del ordenamiento jurídico el no incluir como supuesto de ilicitud o prohibir el uso indiscriminado en todo tipo de campañas o anuncios publicitarios el cuerpo de la mujer como un objeto de deseo denigrando el papel de la mujer en la sociedad.

Los derechos de los niños como está contemplado en al artículo 44 de la constitución política colombiana priman sobre cualquier otro derecho, razón por la cual los comerciales dirigidos a ellos deben ser examinados por una organización privado como ocurre en el caso español, donde se sometan antes de salir al publico a un control legal donde se verifique no se viola la ley, o se induce al error, o se engaña aprovechando de la inocencia e ingenuidad propia de su edad. Adicionalmente se realice un estudio que certifique que el material es apto para el grado de conocimiento y madurez del niño, y le permite comprender lo que el anunciante pretende ofrecer sin llevarlo a atentar contra su vida por que se cree un súper héroe o a cometer

actos ilícitos que al verlos en la televisión o escucharlos en una cuña radial cree que son correctos.

Una publicidad adecuada es decir aquella que no cumpla con ninguno de los supuestos de ilicitud y proteja los derechos humanos fundamentales, puede contribuir a impulsar la pequeña y mediana empresa, e incrementar el desarrollo económico de un país, y le permite al consumidor estar lo suficientemente informado para tomar una decisión racional al momento de adquirir un producto o servicio en el mercado.

### BIBLIOGRAFIA

Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial [AUTOCONTROL]. (1996) “*código de conducta publicitaria*” Recuperado de [www.autocontrol.es](http://www.autocontrol.es)

Colombia (1997), constitución Política, Bogotá, Legis.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2005, 29 de Junio), “Ley 1480 del 12 de Octubre de 2011, Por medio de la cual se expide el estatuto del consumidor y se dictan otras disposiciones”. 12 de Octubre de 2011, Bogotá.

Colombia, Ministerio de comercio, industria y comercio (2014, 28 de Mayo), “Decreto número 975 del 28 de Mayo de 2014, Por el cual se reglamentan los casos, el contenido y la forma en que se debe presentar la información y la publicidad dirigida a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores”, 28 de Mayo de 2014, Bogotá.

Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria [CONARP] (1980). Código Colombiano De Autorregulación Publicitaria. Primera edición: octubre de 2013. Impreso en Colombia.

España, Parlamento Europeo Y Del Consejo (2005, 11 de mayo) “DIRECTIVA 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»)”. Diario Oficial de la Unión Europea 11.6.2005, 11 de mayo de 2005. Madrid.

España, (1978), La Constitución española. [www.congreso.es/consti/](http://www.congreso.es/consti/)

España, Jefatura del Estado (1991, 11 de enero), “Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal” Boletín Oficial Del Estado BOE-A-1991-628, 10 de enero de 1991, Madrid.

España, Jefatura del Estado (1988, 15 de noviembre), “Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad” Boletín Oficial Del Estado BOE-A-1988-26156, 11 de noviembre de 1988, Madrid.

Plaza, Anxo Tato. (2003). En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia comunitaria. *Revista Base de Datos sobre Regulación Publicitaria*, publicada por, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial [AUTOCONTROL]

Plaza, Anxo Tato. (Enero de 1999). La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad. *Autocontrol de la Publicidad*, núm. 27, págs. 16 y sigs.

Plaza, Anxo Tato. (Julio 2014). *LA PUBLICIDAD ILÍCITA*. [Diapositivas de PowerPoint]. Catedrático de Derecho Mercantil Universidad de Vigo. S.G.Técnico Autocontrol.



Presentadas durante el seminario internacional de derecho de la competencia y de la propiedad industrial comunitario y español.