

## 5

# Aplicación del “análisis jurisprudencial” a las decisiones de instancias deontológicas publicitarias.

*Javier Andrés Meléndez Ordóñez (Universidad Complutense de Madrid)*

### 1. Introducción

La Constitución Política de Colombia de 1991, la más reciente que ha regido nuestro país, dispone en su artículo 230 que: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

La anterior norma define el carácter del derecho colombiano, el cual, como lo expresa Carlos Bernal Pulido (2008) a propósito del sistema de fuentes de derecho, desde la llegada de la República se estructuró como un sistema de derecho continental con dos pilares: 1) la ley como principal fuente de derecho y 2) la jurisprudencia como un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Sobre el particular nos dice Bernal Pulido, a partir del *Código Civil*:

A diferencia de la ley, la jurisprudencia no vincula al juez. Acaso sólo lo orienta para decidir casos cuya solución no aparezca con claridad en la ley. Por consiguiente, la jurisprudencia debería ser sólo una fuente supletoria, cuya eficacia debería estar condicionada a la existencia de problemas hermenéuticos de oscuridad de la disposición legal, falta de coherencia entre disposiciones de igual jerarquía o falta de plenitud del orden normativo. Según esta línea argumentativa, si el juez desconoce la jurisprudencia, puede que no aplique al caso la mejor interpretación jurídica, pero falla dentro del derecho (p. 84).

Haría falta mucho espacio para narrar en detalle las profundas discusiones que se han dado en el país desde 1991, “en torno al papel de la jurisprudencia y de la judicatura” (López, 2006, p. 5). Sin embargo, para lo que aquí nos convoca, baste con afirmar que el papel protagónico de la Ley en Colombia ha ido cediendo paulatinamente terreno a una mejor valoración del dicho del juez, en parte, por los debates y metodologías propuestos en la obra del Profesor de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia) el Dr. Diego López Medina, sobre análisis del precedente judicial.

### **1.1. El derecho de los jueces**

En palabras del propio autor de la obra, el libro *El derecho de los jueces* en su segunda edición, se ocupa de varios temas:

Hace una reconstrucción de la discusión jurídica que el país había tenido sobre la obligatoriedad del precedente constitucional (...) propone técnicas de lectura y análisis de sentencias individualmente consideradas (análisis estático) y de líneas jurisprudenciales (es decir, de la interrelación entre varias sentencias o análisis dinámico). (López, 2006, p. 139)

Y en este punto, “propone una metodología de análisis jurisprudencial” que fue usada en su momento, precisamente para reconstruir los fallos de las altas cortes del país que desarrollaban la fuerza del precedente, y de tal forma impulsar su reconocimiento.

## **1.2. El sistema de autorregulación publicitaria en Colombia**

Entre 1960 y el año 2020, al menos 51 países del mundo crearon autoridades de autorregulación publicitaria (SRO por sus siglas en inglés, o ARP en español) y Colombia no fue la excepción, creando en 1989 la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria CONARP; la cual fue reemplazada en el año 2020 por la Asociación Colombiana para la Autorregulación

de la Comunicación Comercial AUTOCONTROL Colombia, considerada como uno de los más recientes mecanismos de estas características.

Al cabo de 30 años de funcionamiento, la CONARP dejó cerca de 118 decisiones, que cubren temas diversos relacionados con el ejercicio ético de la publicidad en el país, siempre en la modalidad adversarial (empresa vs. empresa) que la caracterizaba. Publicidad engañosa, denigratoria y comparativa; promociones y ofertas; afirmaciones objetivas y subjetivas; responsabilidad social de la publicidad, entre otros temas. Este corpus, no obstante su importancia a nivel histórico, conceptual y práctico, no ha sido estudiado ni está organizado, razón por la cual el aprovechamiento de su valor relativo es en el mejor de los casos, esquivo.

## **2. Objetivos**

El objetivo general (meta objetivo) de esta propuesta, que se inscribe en una aproximación apenas inicial de mi trabajo para acceder al título de Doctor en Comunicación Audiovisual, Publicidad y Relaciones Públicas, por la Universidad Complutense, será llenar el vacío sobre la cuestión del valor del precedente en el campo de las decisiones de las instancias éticas publicitarias, proponiendo la incorporación de una herramienta metodológica para la creación, interpretación y desarrollo de la función normativa de las reglas de decisión que ordinariamente

fundamentan los fallos expedidos por estas autoridades. Con este propósito se atenderán los siguientes objetivos específicos, tomando como caso de estudio la Comisión Nacional de Autorregulación Publicitaria de Colombia CONARP:

En primer lugar, se procederá a analizar las decisiones producidas por la CONARP con el apoyo de la metodología de análisis dinámico de precedentes. En este sentido se espera construir líneas de precedente que den cuenta de los conceptos relativos al ejercicio de la profesión publicitaria en su estado original, detectar su desarrollo y variaciones conceptuales a lo largo de los años, y precisar sus modernos límites.

Este ejercicio permitirá el acercamiento al segundo objetivo, tal cual es identificar las normas de decisión construidas por CONARP Colombia. Además de los conceptos y su desarrollo, es posible identificar las reglas y subreglas mediante las cuales se llegaba a la solución de cada caso, o cada línea de casos, siendo evidente, en este contexto, su desarrollo y estado actual.

Por último, con base en los aprendizajes extraídos de este esfuerzo, el tercero de los objetivos será adaptar la metodología del análisis dinámico de precedentes judiciales a los “precedentes deontológicos”. Esto, a partir del ajuste de la metodología original, que permita a otros sistemas éticos que presten el servicio de resolución de controversias publicitarias organizar su propio

precedente y conocer las reglas de decisión que han creado en el ejercicio de su labor de aplicación normativa de postulados éticos.

### **3. Metodología**

El punto de partida será una reflexión sobre las decisiones y conceptos publicados por la CONARP Colombia desde el año 1989 hasta su fecha de extinción. En este sentido, se realizará un proceso de categorización y estructuración a través del análisis dinámico de precedentes; y de teorización sobre las categorías emergentes y las relaciones entre ellas. La principal ruta metodológica del proyecto será de análisis documental. En este caso, a partir de la creación de líneas jurisprudenciales.

De acuerdo con López Medina (2006), el derecho de origen jurisprudencial, digamos, el compuesto por sentencias, fallos o resoluciones emitidas por individuos o cuerpos colegiados con jurisdicción, tiene una característica sobresaliente: “su desarrollo se logra de manera lenta y progresiva por cuanto es necesario, para lograr la identificación de la subregla vigente en un momento dado, (...) hacer un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí”. Este tipo de análisis llamado dinámico es preferible al denominado estático, donde la interpretación se realiza a partir del contenido de cada fallo de manera aislada, porque, como apunta Félix Cohen, citado por López, “las sentencias particulares son significativas [solo] en el

contexto de las sentencias sistemáticamente relacionadas” donde pueden encontrarse “uniformidades y relaciones sistemáticas”. (2006, p. 139)

En este sentido “la determinación de la subregla jurisprudencial [o en nuestro caso deontológica] sólo será posible, entonces, si el intérprete reconstruye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes”. (López, 2006, p. 140)

Para llevar a cabo el ejercicio propuesto, es fundamental tener en cuenta la triada de pasos propuesta por López Medina (2006). En primer lugar, es necesario delimitar con precisión el patrón fáctico concreto que se discutirá, lo cual se logra planteando una pregunta que permita establecer los límites del escenario de análisis. En segundo lugar, se debe identificar las sentencias judiciales más relevantes mediante un proceso de “ingeniería inversa”, en el que se parte del fallo más reciente sobre el tema y se analizan sus referencias y conexiones para construir el “nicho citacional”, que es el conjunto de fallos relevantes para el tema en cuestión. Por último, se lleva a cabo el análisis de la relación entre los distintos pronunciamientos, construyendo un relato sólido y comprehensivo que permita entender el estado actual de la jurisprudencia sobre el tema en cuestión. De esta forma, al seguir esta metodología, se podrá realizar un análisis

riguroso y exhaustivo que permita comprender en profundidad el tema en cuestión (p. 139 a 184).

Cabe destacar que el primer componente de la tríada implica formular una pregunta que delimita el campo de análisis. Esto suele crear un escenario bipolar en el que se sitúan dos posiciones extremas, mientras que en medio aparecen una serie de matices que surgen de la evolución gradual de los conceptos. En algunos casos, estos matices son el resultado de la aparición de un fallo destacado que se conoce como "sentencia hito".

Sobre el componente número dos es posible agregar que, aquella sentencia que se identifica como la más reciente relacionada con el tema es nombrada como "arquimédica", en oposición a la más antigua que recibe el nombre de "fundacional".

Como se puede apreciar, las ideas abstractas de "línea jurisprudencial" y "análisis dinámico" solo cobran sentido cuando se ilustran con ejemplos concretos. En este sentido, la representación gráfica de la pregunta que define la búsqueda de subreglas, el escenario bipolar de respuestas, la posición de los fallos hito, arquimédicos y fundacionales, y su evolución a lo largo del tiempo, permiten al académico tener una idea concreta del proceso seguido por un juez o tribunal al abordar un tema determinado. Esta representación gráfica proporciona la claridad conceptual necesaria para llevar a cabo el tercer componente de la tríada.



## Figura 1. La línea jurisprudencial graficada con sus principales elementos

*Fuente: elaboración propia.*

Extremo 1	Pregunta que establece los límites del escenario de discusión	Extremo 2
Descripción del extremo uno	<p><b>* Sentencia fundacional</b></p> <p>* Sentencia 1</p> <p style="padding-left: 40px;">*Sentencia 2</p> <p style="padding-left: 80px;">*Sentencia 3 (hito)</p> <p>*Sentencia 4 (ubicadas según su cercanía con el extremo que corresponda)</p> <p style="padding-left: 120px;">*Sentencia 5</p> <p><b>*Sentencia arquimédica</b></p> <p>(Todas estas constituyen el nicho citacional)</p>	Descripción del extremo 2

## 5. Discusión y conclusiones

La confianza parece ser la materia prima de los sistemas de autorregulación publicitaria, más allá de la voluntad de la industria. De esto dan cuenta documentos de los más altos referentes del sector como son la Cámara de Comercio Internacional y el Consejo Internacional para la Autorregulación de la Publicidad (ICC e ICAS por sus siglas en inglés, respectivamente).

El *Código de Publicidad y de Comunicaciones de Mercadeo de la ICC* nos dice en su introducción a la edición en español de 2018 que “El valor fundamental de la autorregulación radica en su capacidad de crear, mejorar y mantener la confianza del consumidor en

las comunidades empresariales en las que la autorregulación opera, y por ende en el propio mercado” (2018, p. 2); por su parte el sitio web de ICAS nos habla de los beneficios de la autorregulación apuntando que a menudo se estima que entre un tercio y la mitad del valor de mercado de una empresa está representada por la reputación de su marca, por lo que la confianza del consumidor en ella es crucial para el éxito empresarial (ICAS, 2021).

En el régimen jurídico colombiano, la confianza mana desde diferentes veneros hacia el usuario del sistema. El principio de buena fe y confianza legítima; el principio de legalidad; el principio de seguridad jurídica; el derecho a la igualdad; la lealtad procesal y la predictibilidad de los fallos son apenas algunos ejemplos de estas fuentes.

Sobre la buena fe y confianza legítima, la Corte Constitucional Colombiana, máximo intérprete de la constitución y órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en el país, en la Sentencia de tutela número 453 del año 2018 recoge lo dicho y expresa que el principio de la buena fe “se trata de un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, que orienta las relaciones entre particulares y entre éstos y la administración, buscando que [estas relaciones] se desarrollen en términos de confianza y estabilidad”.

De igual forma agrega que el principio de buena fe puede entenderse como un mandato de

Honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que acompaña la palabra comprometida (...) permite a las partes presumir la seriedad en los actos de los demás, dota de (...) estabilidad al tránsito jurídico y obliga a las autoridades a mantener cierto grado de coherencia en su proceder a través del tiempo.

Dice además que el objetivo del principio de buena fe es “erradicar actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas” pues pretende “que las actuaciones del Estado y los particulares se ciñan a un considerable nivel de certeza y previsibilidad, en lugar de dirigirse por impulsos caprichosos, arbitrarios e intempestivos.”

Por último, puede apuntarse que la corte considera que del principio de la buena fe se desprende el de confianza legítima, y que este pretende que la Administración se abstenga de modificar “situaciones jurídicas originadas en actuaciones precedentes que generan expectativas justificadas (y en ese sentido legítimas) en los ciudadanos, con base en la seriedad que -se presume- informa las actuaciones de las autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe y de la inadmisibilidad de conductas arbitrarias, que caracteriza al estado constitucional de derecho”. (Corte Constitucional Colombiana, 2018, numerales 29 a 33)

Lo anterior, no obstante, aplica en Colombia solamente al derecho judicial. En las discusiones de otros cuerpos colegiados o jurados publicitarios y éticos, por sustracción de materia, estas discusiones no se dan, o solo ocurren en la medida que la formación y

experiencia de los profesionales dedicados a la resolución de controversias lo permita. Cada caso se juzga dentro de los precisos límites de sus actores, hechos, pretensiones y pruebas, creando el derecho cada vez, a la medida de cada par de adversarios, y cada par de intereses.

La presente propuesta no quiere otra cosa diferente a insuflar, en los sistemas de autorregulación alrededor del mundo, y empezando por casa, el respeto por las garantías básicas del ciudadano que el sistema judicial colombiano ha construido en tres décadas de “herejías constitucionales”, como las nombraba irónicamente el siempre respetado, ahora ausente, Magistrado y académico Carlos Gaviria Díaz.

La implementación del modelo presentado en este estudio tendría implicaciones significativas para la industria de la publicidad, a razón de una mayor transparencia, ética y responsabilidad en las prácticas publicitarias, lo que beneficiaría a los consumidores y al mercado en general. Además, la participación en mecanismos de autorregulación publicitaria puede ser una herramienta efectiva de relaciones públicas para las empresas, generando confianza en la marca y mejorando su reputación.

La comunicación efectiva de los valores y principios de la organización, así como una experiencia de marca positiva, contribuyen a establecer una relación basada en la confianza con los consumidores. Para fomentar la lealtad a largo plazo, es esencial que los profesionales del marketing construyan esta relación a través de la experiencia de

marca y comuniquen de manera efectiva las iniciativas de autorregulación que la marca adopte.

La relación entre transparencia, autorregulación publicitaria y confianza se puede observar empíricamente a través del análisis de indicadores disponibles en el *2021 Global SRO Database* del Consejo Internacional para la Autorregulación de la Publicidad (disponible en <https://icas.global/srodatabase>).

Se observa, por ejemplo, que los SRO que emiten decisiones públicas (variable *publicidad de las decisiones*) tienden a recibir un mayor número de quejas tanto de competidores como del público en comparación con aquellos que no hacen públicas sus decisiones. Por ejemplo, SRO como Ad Standards, The Advertising Standards Authority for Ireland y The Advertising Standards Council of India registran un número significativo de quejas de consumidores y competidores.

Esto nos permite afirmar que las SRO que operan con mayor transparencia, publicando sus decisiones de manera accesible y comprensible para el público, generan un mayor nivel de confianza en los consumidores y en la industria publicitaria en general. Esta mayor confianza se refleja en el hecho de que estas SRO reciben una proporción más alta de quejas en comparación con aquellas que no tienen una divulgación pública de sus decisiones.

En línea con lo anterior, en países como Australia, Canadá y el Reino Unido, las SRO basan sus códigos nacionales de ética publicitaria (variable *estandarización de normas*) en el Código Internacional de la Cámara de Comercio (ICC). Estas SRO emiten decisiones públicas y ofrecen programas de capacitación para la industria y otras partes interesadas (variable *formación y capacitación*), lo que contribuye a generar confianza en sus procesos de autorregulación.

Los datos recopilados muestran una relación positiva entre la transparencia, la emisión de decisiones públicas y el número de quejas presentadas.

En resumen, la confianza es una materia prima clave en los sistemas de autorregulación publicitaria, y su importancia ha sido destacada tanto por documentos relevantes como por la jurisprudencia colombiana. Por esta razón, se sugiere que los sistemas de autorregulación publicitaria consideren estas fuentes de confianza en sus discusiones y decisiones. Asimismo, podrían beneficiarse al fomentar una mayor coherencia y predictibilidad en sus decisiones, lo que contribuiría a mejorar la reputación de las marcas y a generar un mercado más justo y transparente. En este sentido, es fundamental que los sistemas de autorregulación publicitaria trabajen en colaboración con las autoridades y los ciudadanos para fortalecer la confianza en el mercado y garantizar la protección de los derechos de los consumidores.

## **6. Referencias bibliográficas**

Bernal, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 21, 81–94.  
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest>

Cámara de comercio internacional. (2018). *Código de publicidad y de comunicaciones de mercadeo de la ICC* (1.ª ed.). International Chamber of Commerce (ICC).  
<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/10/icc-advertising-and-marketing-communications-code-spa.pdf>

Corte Constitucional Colombiana. (s. f.). *Sentencia T-453 de 2018*. Recuperado 30 de noviembre de 2021, de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-453-18.htm>

ICAS. (s. f.). *The International Council for Advertising Self-Regulation*. Recuperado 30 de noviembre de 2021, de <https://icas.global/>

López, D. E. (2006). *El derecho de los jueces* (2.ª ed.). Legis Editores S.A.

## 6

### A metodología MIME e a teoría de los atributos morales (MTF) para el estudio del cambio climático