

Publicidad y libertad de expresión

Algunas reflexiones tras la sentencia del caso *Benetton* en Alemania

Mirem Gorrotxategi

I. El triunfo de la burguesía liberal y la evolución que convirtió a ésta en el poder dominante, permitieron que aquellos listados de derechos y libertades naturales que se emplearon como instrumento de cambio contra la monarquía despótica, se convirtieran en declaraciones universales de los derechos y libertades del hombre, contenido, aún hoy, indispensable en las Constituciones. En una filosofía jurídica en la que el positivismo era la nota dominante, el reconocimiento de estos derechos y su máxima protección por el ordenamiento jurídico cumplía, además, la función de dotar de respaldo moral legitimador al sistema que, por lo demás, negaba cualquier teoría sobre la justicia.

Así pues, respondiendo a las necesidades de expansión y consolidación de la burguesía hegemónica, es en el siglo XIX cuando surge, en sentido moderno, la libertad de expresión. Históricamente, la censura había actuado como instrumento de control social por parte de un poder que reprimía cualquier expresión pública que pudiera hacer peligrar el orden social y moral imperantes. Frente a ello, se propugnaba como derecho natural de la persona la libertad de pensamiento que, por exigencias operativas, derivó en libertad de expresión. Desde una concepción social puramente indivi-

dualista, el ejercicio de la libertad de expresión se consideraba en su individualidad; como acto espiritual de total libertad, innegable a la dignidad humana. A partir de su inclusión en Declaraciones y Constituciones, el derecho se especifica desdoblándose en libertad de prensa, imprenta, palabra,... hasta llegar, ya en el siglo XX, al derecho a la información.

Avanzando en el tiempo, la prensa y otros medios de comunicación que han ido apareciendo han ido ganando en importancia, y su uso, que llega a todas las capas sociales, es más amplio y extenso y de efectos más diversificados. En efecto, a partir de la Segunda Guerra Mundial, varios fenómenos se produjeron al mismo tiempo: el mayor desarrollo económico de la historia moderna, la más amplia revolución tecnológica, la superación del estado liberal burgués por el estado social, más intervencionista e identificado con la sociedad civil, un radical cambio en los valores éticos y la cultura social. La libertad de expresión, evoluciona hacia estos rumbos.

En la complejidad del mundo actual, la información que ofrecen los medios de comunicación es indispensable para su conocimiento. La información sobre lo que ocurre, la divulgación de las distintas ideologías, de las realidades sociales, nos acercan a la comprensión del mundo y contribuyen a la formación de la opinión de cada persona y de la colectividad. De esta forma, la libertad de expresión y su ejercicio por los medios de comunicación cumple una doble función: como en el liberalismo, desde el punto de vista individual, ésta es requisito de la realización moral e intelectual de la persona pero, además, en un nivel colectivo, de receptor, supone la autoafirmación personal y, gracias al intercambio de ideas y opiniones, contribuye al alcance de la *verdad* y a la posición de control y crítica al poder. La libertad de expresión, en su actual modo de comprender, sirve a ambos intereses –individual y colectivo–, y los dos deben compatibilizarse. La libertad de expresión, así entendida, contiene dos derechos fundamentales: la libertad individual para expresar públicamente los sentimientos y opiniones, así como el derecho colectivo a acceder a la información expresada por otros. En otras palabras, se recupera la posibilidad de censurar expresiones que, abusando de su uso individualista, tengan efectos disfuncionales inaceptables para la colectividad.

II. ¿Qué puesto ocupa en este contexto la publicidad? Al calor de los medios de comunicación, la publicidad se desarrolla vertiginosamente. Los avances técnicos y el desarrollo económico hacen de la publicidad el instrumento típico de unión entre la empresa y el mercado. La eficiencia comunicativa de la publicidad y su versatilidad llevan a su utilización fuera del estricto campo comercial. La magnitud del fenómeno se traduce en la existencia de multitud de intereses afectados por la actividad y la necesidad de un control sobre su actuación lícita.

En los comienzos de la actividad publicitaria se partió de la consideración de la publicidad como instrumento de actuación de la empresa en el mercado, con lo que los intereses tenidos en cuenta eran los de cada uno de los anunciantes y el único límite que debía observarse era el respeto por los demás competidores. Pronto y, según las características de nuestra actual sociedad, se cae en la cuenta del alcance colectivo de la publicidad; de que ésta se dirige a una masa plural de sujetos –los consumidores– que, indeterminada en principio, puede llegar a determinarse a través de sus asociaciones. Ellos son, en el campo de la publicidad, los principales protegidos. El interés de los consumidores, constitucionalmente reconocido, implica el derecho de éstos a la información sobre las verdaderas características de los productos o servicios que le son ofertados y la reparación de los daños que se le puedan causar. Así, en satisfacción del interés jurídico de mayor importancia que puede constituir el del consumidor, la publicidad perniciosa puede ser limitada, censurada.

Pero también la censura tiene límites. En cualquier caso, debe ser una medida razonable en atención a la naturaleza de los bienes que han de ser protegidos. Hay que buscar la armonización y no el conflicto entre derechos.

Por lo que respecta a la publicidad, su utilización se hace a través de los medios de comunicación como la prensa, la radio, etc. naturales disfrutantes del derecho a la información. La relación entre los sujetos activos –comerciante transmitente– y pasivos –público receptor–, así como la idea de la funcionalización de la publicidad al servicio de sus destinatarios, ofrece un evidente paralelismo entre el derecho a la información y el derecho a la publicidad. Pero, son equiparables, desde un punto de vista constitucional, al mismo nivel de consideración?

Desde la disciplina del derecho de la publicidad se ha defendido la naturaleza *iustificativa* de la publicidad. Se ha destacado que, por encima de su carácter económico comercial, la publicidad es comunicación, lo que se hace trascender al mundo del derecho en forma de derecho a la información. Uno de los argumentos que, ya tradicionalmente, presiden esta defensa de la fundamentalidad de la publicidad es la conocida frase del informe de las Naciones Unidas: «advertising is informative in character and persuasive in intention».

Efectivamente, información y publicidad son comunicación social pero, ello, por sí sólo, no implica necesariamente que todo mensaje emitido sea ejercicio de un derecho fundamental. Me temo, además, a pesar de lo que se dice, que la subjetividad que caracteriza a la publicidad supone más una diferencia cualitativa, no meramente cuantitativa, con respecto al derecho fundamental a la información. Repasemos las estructuras subjetivas y finalistas que caracterizan a una y otra.

El derecho a la información nace como especificación de la libertad de expresión, como el derecho a hacer conocer la realidad circundante. El motivo por el que el Derecho decide otorgarle la máxima protección es de carácter doble: garantizar la dignidad humana, (dar respuesta al impulso de contar lo que sucede) permitiendo el libre desarrollo de la personalidad y, dotar a la colectividad del conocimiento acerca de los hechos que le rodean, con el fin de que conforme su opinión y esté en posición de controlar y criticar al poder.

La información que ofrece la publicidad comercial –en sentido tradicional, describiendo el producto que se vende–, no tiene nada que ver con la información que describo arriba. No es información acerca de este mundo complejo que intentamos comprender, no es la información que permite al individuo acercarse a la *verdad* de los hechos, no se trata del conocimiento que permite enjuiciar acontecimientos y decisiones políticas, sociales o jurídicas. La protección del consumidor es arma de defensa contra el engaño de los excesos del privado, pero no elemento de conocimiento. En cuanto al anunciante, la publicidad es el medio de hacerse conocer en el mercado pero, no creo que con ello esté en juego la dignidad humana. Las caracterís-

ticas que hacen del derecho a la información un derecho fundamental, protegido por el ordenamiento al máximo nivel, no se dan, en general, en el derecho a la publicidad.

Por los mismos motivos, tampoco puede decirse, con carácter general, que la publicidad sea ejercicio de la libertad de expresión. Con la libertad de expresión se quiere garantizar, al máximo nivel de protección jurídica, la capacidad de expresar sus sentimientos a las personas y facilitar la existencia de un flujo corriente de distintas ideas, enriquecedoras para la madurez intelectual de la colectividad. Como la mentira o una manifestación cualquiera de un estado emocional no tiene necesariamente carácter de derecho fundamental, tampoco la publicidad, como medio de expresión-comunicación, se sitúa, siempre, en este nivel.

Sin embargo, el derecho no puede estar de espaldas a la realidad social y, si observamos ésta, se comprueba que en la publicidad comercial hay aspectos que refieren no sólo productos y servicios sino también ideas, creencias, sentimientos que, por medio de la técnica publicitaria, calan en el sentir social. Incluso más. Existe un modo de hacer publicidad, a medio camino entre la publicidad comercial y la propaganda ideológica, en la que la información sobre el producto que se intenta vender se produce no directamente sino, simplemente, a través de una referencia al empresario. En estos casos, lo que se muestra es pura ideología, sentimiento, subjetividad. En este modelo de publicidad, el fin último de vender un producto es innegable pero, podría decirse que, además, es un ejercicio de la actividad publicitaria cualificado, en cuanto es, también, ejercicio de la libertad de expresión.

Se ha dicho que, la publicidad es *el arte de caer bien*. En este empeño se entregan todas las campañas publicitarias mostrando aspectos subjetivos, personales del anunciante que puedan inducir un sentimiento de simpatía por parte del público. En el tipo de publicidad a la que ahora me refiero, la implicación subjetiva del anunciante es tan grande y unívoca que puede llevar, incluso, a un sentimiento de antipatía por parte de sectores de la población con una inclinación ideológica distinta. En este caso, el anunciante opina, define su postura, sumándose a una ideología y separándose de otra. El anunciante quiere dar respuesta a su inquietud de mostrar sus sentimien-

tos frente a lo que le rodea, de sumarse a los que igualmente opinan, de reivindicar lo que corresponda, de denunciar, de proponer soluciones y contribuir a la formación de otras opiniones. Quiere *caer bien* pero, a costa también de *caer mal* (depende de a quién).

En este caso, la actividad es publicitaria comercial pero, desde el punto de vista que nos ocupa, es, sin duda, una manifestación de sentimiento u opinión, en oportunidad con la técnica publicitaria, subsumible en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Ahora bien, ¿se debe exigir en todo caso y en todo momento a la publicidad, para considerarla lícita, la información sobre el producto? O, ¿pierde la libertad de expresión su fundamentalidad cuando se manifiesta a través de una actividad típicamente lucrativa? Y, suponiendo que la respuesta sea siempre negativa, ¿cómo se conjugaría tal libertad de expresión con los intereses de los competidores y consumidores?

III. El recordatorio histórico y las reflexiones precedentes, así como las que siguen, encuentran su fundamento en una sentencia producida recientemente en Alemania contra tres carteles publicitarios de la firma Benetton¹. Reproduzco aquí parte del texto publicado por *La Gaceta de los Negocios*:

El Tribunal Federal de justicia alemán confirmó ayer la prohibición de tres campañas publicitarias del grupo de confección italiano Benetton al considerar que suponen un atentado contra el buen gusto, que provocan violentos sentimientos de compasión en el consumidor y que no tienen relación con los productos que se quieren promocionar. La corte ha confirmado así una decisión previa de un tribunal de apelación de Francfort, sentencia que había sido recurrida por el grupo italiano alegando que iba en contra de la libertad de expresión. La prohibición afecta a tres anuncios en los que se muestra un cuerpo humano tatuado con la leyenda seropositivo, otro en el

1. La sentencia es tan reciente que no he podido tener acceso a ella (más bien a la traducción de sus fundamentos). La información sobre su existencia y todo lo que se refiera a ella, parte de las escuetas alusiones que los medios de comunicación, el día 6 y 7 de julio de 1995, publicaron. No obstante, si bien lo que se diga aquí en referencia a la sentencia no tendría plena confirmación hasta conocerla en su totalidad, lo cierto es que el resto de la reflexión puede servir en la cuestión que le da el título.

que aparecen niños latinoamericanos realizando duros trabajos y un tercero en el que aparece una ave moribunda apresada en el petróleo.

La publicidad de Benetton siempre se ha caracterizado por la inclusión de componentes fuertemente ideológicos. Su conocido lema: *United Colors of Benetton* y las imágenes que lo acompañan muestran siempre una conjunción de razas y culturas distintas posando en armonía. Sus protagonistas son jóvenes, sanos y hermosos, que retan pacíficamente algunas de las convenciones y creencias sociales: la rigidez en el vestir y la desconfianza entre las razas. Los jóvenes de las imágenes muestran su actitud ante la vida y su gusto por la armonía en la diversidad.

Las últimas campañas publicitarias de Benetton alcanzan otros temas de conflictividad social y ofrecen imágenes más duras, más radicales. Las tres imágenes censuradas son buena prueba de ello. En ellas, se toman en consideración los acontecimientos generadores de insolidaridad y egoísmo, típicas en nuestro tiempo: el sida, el medio ambiente y la pobreza en un mundo de desarrollo cruelmente desigual. Se denuncia, en imágenes, las consecuencias de la despreocupación: un hombre cuya humanidad se obvia, marginado por su enfermedad; un ambiente destrozado en el que la vida se apaga; la miseria de unos niños cuya infancia no se respeta, cuya dignidad y desarrollo personal no son tomadas en cuenta. Reclama solidaridad a través de imágenes impactantes. Se muestra contrario a la marginación y al estigma acusador sobre los enfermos, contrario a una explotación de los recursos naturales mediante actividades económicas desenfrenadas, contrario a la indiferencia de los países ricos para con sus vecinos, los países pobres. Y pretende ilustrar, con la manifestación de su aflicción, el sentimiento de los demás, influir en sus opiniones y comportamientos.

Descrito así, se trata, desde luego, de la manifestación de un pensamiento, del ejercicio de la libertad de expresión² Ahora bien, ¿es posible que la

2. Comparémosla, por ejemplo, con la definición que da el Tribunal Constitucional alemán: la libertad de expresión consiste en una influencia espiritual sobre el ambiente circundante, en una capacidad de persuasión y de formación de las opiniones de los demás y de sus inclinaciones.

libertad de expresión, ejercida mediante la publicidad comercial, pierda su carácter de derecho fundamental viciada por el egoísmo que supone la pretensión de la riqueza? Si atendemos a los textos constitucionales:

-Art. 20 de la Constitución española:

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción..

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión.

La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

-Artículo 5º de la norma fundamental alemana:

1. Cada uno tendrá derecho a expresar y difundir su opinión por la palabra, el escrito y la imagen, y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantiza la libertad de prensa y la libertad de información a través de la radiofonía y del cinematógrafo. No se podrá establecer la censura.

2. Estos derechos no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de los menores y el derecho al honor personal, no parece deducirse de ellos tal consecuencia. Por tanto, y teniendo en cuenta la teoría general de los derechos fundamentales en virtud de la cual los límites a los derechos deben ser interpretados restrictivamente, no puede decirse, en términos de principio, que la libertad de expresión ejercida por medio de la publicidad deje de ser un derecho fundamental.

Pero, ¿y si la que resulta ilícita es la publicidad misma, al no referirse al producto y no servir, por tanto, a los objetivos que funcionalizan la publicidad a favor de los consumidores? Aceptar tal propuesta, sin más, supondría atender únicamente al interés de los consumidores y, tratar al anunciante

solamente a la luz del derecho común de la publicidad, apartando radicalmente cualquier consideración del derecho fundamental a la libertad de expresión.

No cabe, por tanto, con carácter general, ninguna de las exclusiones anteriores. Lo que sí procede, en cualquier caso, es tener en cuenta las exigencias que llegan desde el derecho de la publicidad para ponderar correctamente todos los intereses en juego. Aceptada la publicidad del caso como ejercicio de la libertad de expresión, el problema se sitúa en la conjugación de la libertad con los intereses que se interfieren. Merece, llegados a este punto, recordar lo que supone en la actualidad, la libertad de expresión para el derecho.

Todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución pretenden salvaguardar la dignidad humana. Pero, de entre todos ellos, la libertad de expresión ocupa un lugar cardinal. Siendo el derecho por el cual cada persona puede desarrollar su autonomía moral así como controlar y censurar al poder, la libertad de expresión es el derecho paradigmático de una sociedad democrática. El estado de la libertad de expresión se considera el mejor indicador de su salud democrática. Los estados más libres e igualitarios son los que más reconocen y estimulan a sus ciudadanos tanto a pensar por sí mismos como a expresar sus sentimientos e ideas.

Pero, como exponía más arriba, existen otros valores, también constitucionalmente relevantes, que pueden contraponerse a esta libertad, limitándola. En cualquier caso, y valga para ayudar a enjuiciar la solución del caso *Benetton*, las Constituciones (entre ella la española, por clara influencia de la alemana) suelen introducir garantías en contra del abuso de la limitación. Se recoge, en este sentido, la imposibilidad de superar con límites lo que se llama el *contenido esencial* del derecho. Ciertamente que la Constitución no señala cuál es ese contenido —lo cual permite adaptar el concepto a los cambios sociales—, pero, en cualquier caso, es un concepto jurídico realizable, en cuya depuración técnica se esfuerzan doctrina y jurisprudencia.

El Tribunal Constitucional español, siguiendo el modelo ofrecido por el alemán, intenta delimitar este concepto identificándolo como: «posibilidades de actuación que lo hacen reconocible como pertinente al tipo descrito

sin las cuales, quedaría desnaturalizado» y que «queda rebasado cuando se somete a limitaciones que lo hacen impracticable o la despojan de la necesaria protección.»

Así, pues, el contenido esencial y los principios *favor libertatis*, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de los límites, son las armas que protegen todo derecho fundamental en la ponderación con otros intereses relevantes.

IV. En nuestro caso concreto, la otra parte, la que se enfrenta a la libertad de expresión del señor Luciano Benetton, es la masa de consumidores. Los aspectos dañados son, a todas luces, dos: uno tiene que ver con la moral, el otro con la libre competencia.

Por lo que respecta a la moral, la sentencia –lo que dicen los medios que dice la sentencia–, habla de las buenas costumbres afectadas, del atentado al buen gusto, de los violentos sentimientos de compasión que provocan en el consumidor. Pero, ¿hasta qué punto puede la moral limitar la libertad de expresión? El mismo concepto de la libertad se resiste a ello, el principio de la democracia tambalea ante su presencia. Nadie duda, en nuestros días, en tomarla en cuenta. Así, parece justo el contenido del artículo 20 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que prohíbe la propaganda en favor de la guerra y la apología del odio entre los hombres; la dignidad humana está en juego. Pero, ¿y en nuestro caso?. ¿Cuál es el criterio delimitador, la justa medida? Como recuerda el Tribunal de Justicia de Derechos Humanos, la libertad de expresión no sólo es válida para las ideas que son favorablemente consideradas como inofensivas o indiferentes sino, también, para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al estado o a una fracción cualquiera de la población. De lo cual deduce que toda sanción o limitación impuesta sólo es aceptable si es proporcionada al fin legítimo que persigue y si existe una necesidad social imperiosa.

Las imágenes prohibidas –por ejemplo, la del ave moribunda–, podrían encontrarse en cualquier documento informativo, incluso educativo. ¿Tiene el pueblo alemán una moral tan delicada y perturbable que el estado, en calidad de guardián, se vea imperiosamente obligado a eliminarlas, en carteles, de su presencia? ¿Puede considerarse una acción necesaria y proporcionada?

Enfrentar así interés individual y colectivo parece buscar la imposición de límites al derecho individual más allá de lo admisible constitucionalmente. Además, es un error pensar que reconocer un espacio inviolable de libertad al individuo responda a una visión individualista de la sociedad pues, al contrario, el reconocimiento de espacios inviolables contribuye al interés político que subyace a la idea de la democracia plural.

El segundo de los argumentos de la sentencia defiende que la publicidad de *Benetton* que se enjuicia va en contra de las normas de competitividad, que las imágenes no guardan relación con el producto. En contra de esta argumentación, no creo que las imágenes prohibidas comprometan el deber de respeto al consumidor. La protección del consumidor y las exigencias que ésta envía al mercado y a la publicidad se basan en evitar el engaño lo que, en nuestro caso, no se produce. En cuanto a la información sobre el producto, a la que tienen derecho y no se plasma en la publicidad, ésta no es un dato oculto dolosamente por el fabricante; puede comprobarse con facilidad en otras publicidades y en su etiquetación.

Por mucho que la actividad publicitaria pudiera acosar al contenido esencial de la libertad de expresión, no me parece que la ponderación –en realidad, la ausencia de ponderación–, haya sido correcta. Sus daños en el mercado no parece que vayan más allá de causar disgusto en las preferencias estéticas o morales ¿culpables? de una parte de la población sedienta de quietud. Podrían juzgarse reprobables las imágenes difundidas pero prohibirlas, censurarlas, me parece un acto de intervencionismo paternalista exagerado que no tiene en cuenta el contenido esencial de lo que es, a mi juicio, ejercicio de la libertad de expresión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILERA, A. (1990): *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información*, Granada, Comares .
- ANSUATEGUI, F.J. (1994): *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Madrid, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado.
- SAAVEDRA, M. (1987): *La libertad de expresión en el estado de derecho*, Barcelona, Ariel .
- SALVADOR, P. (1993): *El derecho de libertad*, Madrid, CEC.
- SANTAELLA, M. (1981): *El delito publicitario*, Madrid, Reus.
- SANTAELLA, M. (1982): *Introducción al derecho de la publicidad*, Madrid, Civitas.
- SANTAELLA, M. (1989): *El nuevo derecho de la publicidad*, Madrid, Civitas.
- VILLAVERDE I. (1994): *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Asturias, .
- VV. AA. (1986): *Libertà di pensiero e mezzi di diffusione*, Padova, Cedam.
- VV. AA. (1994): *Derecho de la Información II*, Madrid, Colex.