Sentencia BVerfGE 102, 347 [*Benetton* - Publicidad ofensiva]

1. *La libertad de prensa de un editor de revistas puede ser conculcada cuando se le prohíba la publicación de anuncios publicitarios respecto de los cuales el anunciante goza de la libertad de expresión.*

2. *Sobre la valoración jurídico-constitucional de la publicidad a través de imágenes con temas de crítica social.*

Sentencia de la Primera Sala, del 12 de diciembre, 2000
–1 BvR 1762/95, 1 BvR 1787/95–

Fundamentos de la resolución:

A.

La recurrente –una compañía editorial– interpuso sendos recursos de amparo en contra de dos sentencias del Tribunal Supremo Federal, por las que se le prohíbe la publicación de anuncios publicitarios de la empresa Benetton, por transgredir las buenas costumbres (§1 de la Ley contra la Competencia Desleal,[1] 36 en lo sucesivo UWG).

I.

En la revista *Stern* –de la cual la recurrente es editora– se publicaron tres anuncios de la empresa Benetton, empresa dedicada a la venta de textiles en todo el mundo. Uno de los anuncios muestra a un pato impregnado en petróleo nadando sobre un manto de petróleo; otro de ellos muestra a niños de diversas edades realizando trabajos pesados en el tercer mundo; el tercero muestra el trasero de una persona desnuda, en el que aparece estampado un sello con las palabras vih-Positivo. Al margen de cada imagen hay una franja verde con la leyenda "United Colors of Benetton". Los primeros dos anuncios fueron objeto del recurso de amparo 1 BvR 1787/95; el recurso 1 BvR 1762/95 se refiere al tercer anuncio.

La Central para Prevenir y Perseguir la Competencia Desleal[2] exigió a la recurrente abstenerse de publicar dichos anuncios; cuando ésta se negó a dicha pretensión, aquélla acudió a los tribunales. El Tribunal Estatal dio entrada a ambas demandas. La recurrente interpuso sin éxito sendos recursos directos de casación ante el Tribunal Supremo Federal. La misma empresa Benetton recurrió también a los tribunales civiles para oponerse –sin éxito– a los requerimientos

---

[1] Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.

[2] Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.

correspondientes (cf. BGHZ 130, 196); sin embargo, dicha empresa ya no interpuso recurso de amparo alguno […]

B.

Los recursos de amparo son fundados. Las dos sentencias del Tribunal Supremo

Federal, atacadas por la recurrente, lesionan su derecho a la libertad de prensa garantizada por el Art. 5, párrafo 1, frase 2, alternativa 1 de la Ley Fundamental.

I.

1. El ámbito de protección de la libertad de prensa abarca el contenido de los órganos de prensa en su totalidad incluyendo también anuncios publicitarios (cf. BVerfGE 21, 271 [278 s.]; 64,108 [114]). En la medida en que la expresión de una opinión por parte de un tercero –la cual goza de la protección del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental– es publicada en algún órgano de prensa, la libertad de prensa abarca también dicha protección: a un órgano de prensa no se le puede prohibir la publicación de la expresión de una opinión de un extraño cuando a la persona que emite dicha opinión no se le pueda prohibir la manifestación y difusión de la misma. En esta medida, la compañía editorial puede invocar una violación a la libertad de opinión de terceros en caso de controversia judicial. Lo mismo cabe decir para el caso de una controversia

de carácter civil por la que se exija a una parte se abstenga de realizar cierta conducta con fundamento en el derecho de competencia.

La protección del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental (que en el presente

caso se encuentra injertada la protección de la libertad de prensa) se extiende también a la expresión de una opinión de carácter comercial, así como a la publicidad netamente comercial y de negocios, la cual tiene un contenido valorativo que influye la creación de opinión (cf. BVerfGE 71, 162 [175]). En la medida en que la expresión de una opinión –un punto de vista, un juicio de valor, una concepción o postura determinada– es expresada a través de una imagen, cae dentro del ámbito de protección del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental (cf. BverfGE 30, 336 [352]; 71, 162 [175]).

Las tres fotos controvertidas cumplen con estas exigencias. Éstas ponen de relieve situaciones generales de injusticia (contaminación ambiental, trabajo infantil, exclusión y discriminación de personas infectadas con el vih) y con ello encierran a su vez un juicio negativo de valor respecto de cuestiones social y políticamente relevantes. Constituyen imágenes parlantes, cuyo contenido sirve para la creación de opinión. Éste es también el punto de partida de las sentencias controvertidas, cuando en ellas se señala que los anuncios acusan la miseria del mundo. La expresión de opiniones que persigan este fin –y de este modo llamen la atención de los ciudadanos hacia problemas generales– gozan en especial medida de la protección del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 28, 191 [202]).

El hecho de que la empresa Benetton trate estos temas en el marco de una campaña

destinada exclusivamente a destacar su imagen, que prescinda de cualquier comentario y se dé a conocer en exclusiva a través del logotipo de la empresa, no cambia nada de lo dicho anteriormente. A través de ello pudiera, ciertamente, crearse la impresión de que a la empresa anunciante no le interesa en absoluto contribuir a la creación de opinión, sino que únicamente le interesa llamar la atención. Una interpretación de este tipo, por la que se ponga en entredicho la relación subjetiva del emisor respecto del contenido de la expresión, no es la única interpretación posible; es una entre muchas y ni siquiera se trata de la interpretación más cercana. En la apreciación del público los mensajes que se desprenden de los anuncios son atribuidos a la empresa Benetton como propios; en este sentido tampoco los tribunales han externado duda alguna […]

2. La prohibición hecha a la revista *Stern*, confirmada en las dos sentencias recurridas, de volver a reproducir los controvertidos anuncios de la empresa Benetton en dicha revista, restringe a la recurrente en su libertad de prensa […]

3. Esta prohibición no se justifica desde el punto de vista constitucional.

a) El Tribunal Supremo Federal alemán fundamenta la prohibición de publicación

con base en el § 1 de la UWG, el cual constituye una ley de carácter general en el sentido

del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 62, 230 [245]; 85, 248

[263]). Esta disposición busca la protección de los competidores, los consumidores y de los otros actores involucrados en el mercado, así como de la colectividad. La libertad de ocupación económica no debe conducir a que sujetos en particular obtengan ventajas respecto de sus competidores por medio de prácticas inamisibles. Dichos fines se encuentran en concordancia con el orden valorativo axiológico de la Ley Fundamental (cf. BVerfGE 32, 311 [316]).

b) En la medida en que la recurrente aduce que el § 1 de la UWG no es suficientemente concreto o que de entrada no admita una interpretación del mismo para casos como los aquí presentes, no puede ser admitida [...]

d) Sin embargo, la recurrente invoca con éxito que el Tribunal Supremo Federal al hacer el examen de los anuncios publicitarios bajo la perspectiva del derecho de competencia no haya tomado en cuenta el significado y los alcances de la libertad de opinión.

aa) Si una resolución de carácter civil incide en la libertad de opinión, el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental, exige que los tribunales consideren adecuadamente la importancia de este derecho fundamental a la hora de interpretar y de aplicar el derecho privado (cf. BVerfGE 7, 198 [206 ff.]; 86, 122 [128 f.]; jurisprudencia reiterada).

Las sentencias controvertidas se apoyan sobre el § 1 de la UWG, es decir sobre una disposición del derecho civil. Su interpretación y aplicación al caso concreto es tarea de los

tribunales civiles. El Tribunal Constitucional puede intervenir únicamente cuando se aprecian errores derivados de una concepción fundamentalmente equivocada acerca del significado de un derecho fundamental, especialmente aquellas que descansan sobre una extensión de su ámbito de protección y que en su significado desde el punto de vista material tengan cierta relevancia para el caso jurídico concreto (cf. BVerfGE 18,85 [92 f.]; jurisprudencia reiterada). Esto es lo que sucede en el presente caso.

bb) El Tribunal Supremo Federal reconoció acertadamente que los anuncios publicitarios constituyen la expresión de una opinión, que tiene por contenido problemas de carácter económico, político, social y cultural, y por lo tanto, gozan de manera especial de la protección del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. La interpretación del § 1 de la UWG –y para el caso del tercer anuncio (vih-Positivo), en la aplicación de esta norma– las sentencias recurridas no cumplen satisfactoriamente con el significado y extensión de este derecho fundamental.

En un orden estatal libre y democrático el derecho a la libre expresión de las ideas tiene carácter constitutivo (cf. BVerfGE 20, 56 [97], jurisprudencia reiterada); restricciones a este derecho requieren fundamentalmente estar justificadas a través de exigencias del bien común de cierta importancia o de la protección de derechos e intereses legítimos de terceros. Lo anterior tiene especial vigencia tratándose de la expresión de opiniones críticas sobre cuestiones sociales o políticas. Las sentencias recurridas no aportan indicios para justificar dichas restricciones. Tampoco se encuentra evidencia alguna en este sentido.

aaa) En la opinión del Tribunal Supremo Federal, el § 1 de la UWG prohíbe aquellas

conductas publicitarias que despiertan sentimientos de compasión mediante la representación de sufrimientos graves de personas y animales y explotan dichos sentimientos –sin que exista un motivo objetivo– para fines de competencia comercial, presentándose con ello el anunciante como persona igualmente afectada, logrando con ello que el consumidor se solidarice con el nombre y actividad comercial del anunciante.

Este juicio sobre conductas contrarias a las buenas costumbres fue formulado por el Tribunal Federal Supremo en interpretación del § 1 de la UWG y como regla moral del decoro es absolutamente digna de aprobación, y bien puede ser aceptada por amplios sectores de la población. Detrás de esta norma se encuentra el deseo de vivir en una sociedad en la que se reaccione con empatía y con medidas de apoyo frente al sufrimiento –es decir, en forma dirigida primariamente a ese sufrimiento– y no con el afán insensible de obtener ganancias. Determinar si con ellos se protegen a la par tanto los intereses públicos como privados relevantes en forma suficiente no puede afirmarse sin más.

bbb) Que de los anuncios pueda derivarse una molestia considerable para el público –como hizo valer el actor en el proceso inicial– no convenció al Tribunal Federal Supremo. El Tribunal Federal Supremo no considera que las lesiones al “buen gusto” o a la configuración

chocante de anuncios como contrarias a las buenas costumbres en el sentido del § 1 de la UWG. Lo anterior no ofrece objeción alguna desde el punto de vista constitucional. Para que exista un efecto molesto –que pudiera justificar una regulación restrictiva de los derechos fundamentales– no basta con que el público se vea confrontado por medio de imágenes con realidades desagradables o que susciten compasión –también o incluso fuera del espacio redaccional de los medios. Lo anterior tiene también validez aun cuando haya que asumir la posibilidad de un aumento general de este tipo de publicidad por un efecto de imitación, como señala la Asociación Alemana para la Protección de la Propiedad Industrial y los Derechos de Autor. El ánimo de los ciudadanos –despreocupados por la miseria del mundo– no constituye un asunto para cuya protección el Estado deba restringir la posición jurídica en lo referente a los derechos fundamentales de otros. Habría que juzgar de modo distinto si se tratara de la presentación de imágenes que pusieran en peligro a la juventud, inspiraran miedo o suscitaran asco.

En la medida en que el actor en el juicio de origen catalogó los anuncios publicitarios como intrusivos y molestos porque apelan con fuerza sugestiva –que nada tienen que ver con los productos de la empresa anunciante o con su actividad de negocios– a los sentimientos de los consumidores, no resulta convincente. Gran parte de la publicidad actual está caracterizada por el afán de estimular, atraer la atención y ganar simpatía mediante motivos emocionales. La publicidad comercial con imágenes con fuerza sugestiva que conjuran o evocan el deseo de libertad e independencia o que prometen el esplendor de la prominencia social se encuentra en todos lados. Bien puede ser cierto que el consumidor se encuentra más curtido frente a esta clase de motivos, como sustenta el actor en el proceso de origen. Sin embargo, el efecto de este acostumbramiento no justifica considerar que una interpelación a los sentimientos de compasión de las personas –sentimientos menos gastados y explotados– tenga efectos importunantes molestos para los consumidores.

eee) En el presente caso no se lesionan intereses de la colectividad […] Que la publicidad comercial que denuncia situaciones inhumanas (trabajo infantil, discriminación o etiquetamiento de personas infectadas con el vih, etc.) pueda fomentar las tendencias de insensibilización o embrutecimiento, o resultar perjudicial para una cultura de solidaridad ante el sufrimiento del resto de la humanidad, no puede determinarse –al menos en relación con los anuncios controvertidos.

cc) En conjunto, el principio formulado por el Tribunal Federal Supremo (considerado como parte integrante de las buenas costumbres del comerciante), según el cual la compasión hacia el sufrimiento grave no debe ser suscitada ni explotada con fines comerciales o publicitarios, no es suficiente para fundamentar la pretensión del actor que exige que las revistas se abstengan de publicar dichos anuncios, todo ello a la luz del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Como se demostró anteriormente, no se afectan intereses de la colectividad ni intereses particulares que sean dignos de ser protegidos.

Por otro lado, en el presente caso existe un severo menoscabo de la libertad de opinión. Los anuncios publicitarios hacen referencia a temas social y políticamente relevantes, y son además idóneos para llamar la atención del público hacia dichos temas.

La protección especial que confiere el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental a este tipo de expresiones no disminuye por el hecho de que no aporten nada sustancial a la discusión sobre la miseria mostrada, como lo sostuvo el Tribunal Superior Federal.

También la simple fustigación de una situación de injusticia social puede constituir una aportación significativa para la libre discusión intelectual. Que la expresión de una opinión lleve a algo más o, por el contrario, se abstenga de aportar una propuesta de solución, en principio no influye en absoluto a la protección del derecho fundamental contenido en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Esta protección subsiste independientemente de que la expresión de una opinión sea racional o emocional, fundada o carezca de fundamento, o que ésta sea considerada por otros como útil o perjudicial, valiosa o carente de valor (cf. BVerfGE 30, 336 [347]; 93,266 [289] con más referencias).

El contexto publicitario de los anuncios no pone en tela de juicio el efecto fustigador y de crítica social de los mismos. Ciertamente, tematizar problemas sociales en anuncios publicitarios es poco común y puede, de hecho, parecer extraño en relación con el giro empresarial de la firma Benetton. Sin embargo, ello tampoco pone en tela de juicio la seriedad del mensaje a los ojos de un espectador imparcial. De otro modo, no suscitaría en él ningún tipo de compasión. dd) Después de todo lo dicho anteriormente, se concluye que el Tribunal Supremo Federal, con la norma de rectitud que puso como fundamento de su sentencia, interpretó el § 1 de la UWG en un sentido que no resiste un examen a la luz de la libertad de opinión. Por ese solo hecho, esa norma –con esa interpretación– no puede ser tomada para fundamentar una injerencia en la libertad de prensa de la quejosa. Por tanto, se revoca la sentencia dictada en el juicio 1 BvR 1787/95 (pato impregnado en petróleo, trabajo infantil), que se basa exclusivamente en la interpretación del § 1 de la UWG en el sentido de la regla señalada.

El asunto debe ser turnado nuevamente al Tribunal Federal Superior.

ee) La sentencia dictada en el juicio 1 BvR 1762/95 no se apoya exclusivamente en la interpretación del § 1 de la UWG arriba señalada. El Tribunal Federal Supremo, en dicho procedimiento considera que el anuncio publicitario (vih-Positivo) que dio origen al proceso, constituye además una práctica de competencia desleal debido a que infringe en forma burda los principios de defensa de la dignidad humana, en cuanto que presenta a los enfermos de sida como personas etiquetadas y, por tanto, como excluidos de la sociedad humana.

aaa) En principio, esta fundamentación merece aceptación. Una interpretación del § 1 de la UWG –en el sentido de que la publicidad por medio de imágenes que lesiona la dignidad de las personas retratadas es contraria a las buenas costumbres– no ofrece objeción alguna desde el

punto de vista constitucional. De este modo da un trato justo, correcto a un bien jurídico protegido, lo que justifica restricciones a la libertad de opinión –también el insensible terreno de la crítica política y social. El Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental obliga al Estado a proteger a todos los individuos contra atentados opuestos a la dignidad humana, tales como denigración, estigmatización, persecución, proscripción, etcétera (cf. BVerfGE 1, 97 [104]). Por tanto, anuncios publicitarios que den a personas en particular o a grupos de personas un trato discriminatorio que lesione la dignidad humana, los traten con desprecio, los ridiculicen o de cualquier otro modo denigren, pueden en principio ser prohibidos con base en motivos de competencia desleal, aun cuando en sí mismos gocen de la protección de los derechos fundamentales de comunicación contemplados por el Art. 5 de la Ley Fundamental o de la protección de algún otro derecho fundamental.

bbb) Sin embargo, la aplicación de estos principios al anuncio en cuestión (vih- Positivo) no resiste un análisis según el criterio de juicio del Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. En principio, la interpretación de expresiones que se encuentran protegidas por el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental puede ser revisada por el Tribunal Constitucional únicamente en la medida en que éste debe garantizar el respeto a los parámetros exigidos por el derecho constitucional. No es tarea del Tribunal Constitucional determinar en forma concluyente el significado de una expresión controvertida, como tampoco lo es sustituir una interpretación llevada a cabo tomando en consideración las exigencias impuestas por los derechos fundamentales por otra que considere más acertada. En cambio, las exigencias impuestas por los derechos fundamentales implican que la expresión de una opinión sea interpretada tomando en consideración su contexto, y que no se le atribuya un significado que objetivamente no tenga.

Tratándose de expresiones equívocas –que admiten diversos significados–, los tribunales deben analizar las diversas posibilidades de interpretación (teniendo presente la diversidad de significados) y deben aportar una argumentación lógica de los motivos que le llevaron adoptar determinada solución (cf. BVerfGE 94, I [10 s.]).

El Tribunal Federal Supremo interpretó el anuncio "vih-Positivo" en el sentido de que con ello se marcaba a los enfermos de sida, se les etiquetaba y, con ello, se les presentaba como excluidos de la sociedad humana. En otro pasaje se dice que el anuncio estigmatiza a los enfermos de sida y su sufrimiento y los excluye de la sociedad humana. Una incipiente mentalidad del "etiquetamiento" por parte de algunos integrantes de la sociedad debería ser contrarrestada. Al menos por parte de las personas infectadas con vih el anuncio debía ser considerado como burdamente escandalizante y lesivo de la dignidad humana. Sin embargo, tampoco otros espectadores pueden ignorar un efecto como éste.

Sin embargo, dicho anuncio no admite una interpretación unívoca en este sentido.

El anuncio muestra –sin hacer comentario alguno– a una persona que aparece marcada

como infectada por el vih. Decir que con dichos anuncios se fortalezca, impulse o banalice la discriminación social y la segregación de personas infectadas con el vih –actos ciertamente escandalosos pero no ajenos a la realidad– no se concluye con certeza. Al menos igual de cercana resulta la interpretación de que: hace falta llamar la atención –adoptando una tendencia acusadora– respecto de una situación criticable, como lo es la segregación de personas infectadas con el vih. Como señala acertadamente la quejosa, la fotografía podría utilizarse también para promocionar un congreso sobre sida.

El lenguaje de las imágenes es ciertamente sensacionalista y, en sentido convencional, inapropiado. De la persona retratada se alcanza a ver únicamente la mitad superior de un glúteo desnudo, en el cual se encuentra escrito con mayúsculas en color negro la abreviatura "v.i.h." y debajo de ella aparece puesta en diagonal la palabra "Positivo", a manera de un sello. Esa simple imagen no permite inferir una tendencia afirmativa ni una actitud de cinismo. La representación está orientada a cautivar la atención del espectador, como corresponde al medio de los anuncios publicitarios.

Tampoco puede ponerse en entredicho tal interpretación del anuncio en el sentido de un llamamiento crítico atendiendo al contexto publicitario en que se encuentra. Que una empresa del ramo textil realice publicidad de imagen a través de temas políticos sociales serios resulta poco común y aparece en notorio contraste con la manera en que los competidores se presentan a sí mismos, la cual es frecuente en el ramo. Esto pudiera alimentar dudas respecto de la seriedad de la intención crítica del anunciante y ser considerada como escandalizante en el sentido del *deber de corrección* formulado por el Tribunal Federal Supremo. Sin embargo, por virtud del contexto publicitario tampoco se genera la impresión de que el anuncio, por su parte, estigmatice o segregue a las personas infectadas con vih. Su tendencia crítica, su efecto sacudidor no pueden ser ignorados. Quizá habría que juzgar en forma distinta si el anuncio hiciera publicidad para un producto determinado. En relación con ciertos objetos de uso o ciertos servicios pudiera generarse un efecto banalizador o ridiculizante. La franja con la leyenda "United Colors of Benetton" en sí misma no suscita ningún efecto como el señalado. Frente a esto, la interpretación hecha por el Tribunal Federal Supremo en el sentido de que el anuncio lesione la dignidad humana de las personas enfermas de sida aparece bastante menos plausible; en todo caso, no es ésta la única posible. Ello se muestra también con la declaración del fotógrafo Oliviero Toscani acerca de esta publicidad: "Con este anuncio espectacular quise dar entender que la empresa Benetton sigue aferrada a su disposición de mezclarse con otros, mostrando nuestro compromiso en contra de la discriminación de enfermos de sida con la misma fuerza con que nos oponemos al racismo"

[...]

ff) La sentencia dictada en el juicio 1 BvR 1762/95 (vih-Positivo) recurrida en el presente juicio de amparo, no cumple con las exigencias constitucionales establecidas para la

protección de la libertad de opinión en relación con la interpretación de la expresión de una opinión. El Tribunal Federal Supremo ignoró la posibilidad –bastante posible– de que con los anuncios se buscase llamar la atención del público en forma crítica hacia una discriminación y segregación –que de hecho pueden ser constatadas– de los enfermos de sida. En esta interpretación no existe lesión a la dignidad humana de los enfermos de sida. Cuando el Tribunal Federal Supremo vuelva analizar el asunto, deberá considerar la interpretación alternativa expuesta anteriormente.[3]

[3] Finalmente la publicidad fue retirada a solicitud de cámaras de comercio e industria, organismos de autorregulación y por presiones de la sociedad civil. [N. del t.]