

Comercial

gs 63  
Industrial

Johnson  
w 62

v Papers

Political

# LA RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR LA DIVULGACIÓN DE PUBLICIDAD

LAUREANO GÓMEZ SERRANO  
PAULO JAVIER OCHOA SILVA  
RUBÉN DARÍO ACOSTA GONZÁLEZ  
IVÁN MAURICIO PINZÓN JIMÉNEZ  
ALAIN NIÑO RIAÑO

# LA RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR LA DIVULGACIÓN DE PUBLICIDAD

LAUREANO GÓMEZ SERRANO  
PAULO JAVIER OCHOA SILVA  
RUBÉN DARÍO ACOSTA GONZÁLEZ  
IVÁN MAURICIO PINZÓN JIMÉNEZ  
ALAIN NIÑO RIAÑO<sup>1</sup>

RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR LA DIVULGACIÓN DE PUBLICIDAD NEGATIVA

**AUTOR:** LAUREANO GÓMEZ SERRANO  
PAULO JAVIER OCHOA SILVA  
RUBÉN DARÍO ACOSTA GONZÁLEZ  
IVÁN MAURICIO PINZÓN JIMÉNEZ  
ALAIN NIÑO RIAÑO

**DIRECCIÓN:** lgomezsc@unah.edu.co  
**FECHA DE RECEPCIÓN:** 03/06/2003

**DESCRIPTORES:** Libertades públicas, Constitución Política, Publicidad negativa, Responsabilidad, Libertad de Expresión

**RESUMEN:** La Legislación colombiana y la jurisprudencia de la Corte constitucional, hacen una distinción entre lo que es la libertad de expresión, por lo demás siempre responsable y las extralimitaciones de la publicidad negativa

**KEY WORDS:** Public freedoms, Constitution, civil liability, negative publicite, freedom of speech

**ABSTRACT:** Colombian laws as well as the jurisprudence of the Constitutional Court distinguish between freedom of speech, by the way always responsible, and the abuses of negative publicity.

**MOTS CLEFS:** liberté, publices, constitution, responsabilité, publicité négative, liberté d'expression

**SYNTHESE:** Les lois de la Colombie et les arrêts de la Cour Constitutionnelle différencient entre la liberté d'expression, toujours responsable et les extra limitations de la publicité négative.

**I** Dentro del ejercicio de las libertades públicas consagradas por la Constitución Política de Colombia, y con el carácter de Derecho Fundamental, se halla la de expresar y difundir el pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación, como se establece en el artículo 20 de la Carta.

En el inciso segundo de la precitada norma constitucional se establece que los medios de comunicación son libres, pero con responsabilidad social, así como el derecho de rectificación de los ciudadanos en condiciones de equidad, y la proscripción de la censura.

<sup>1</sup> El presente trabajo es producto de la discusión colectiva de un grupo conformado para el estudio del tema de las responsabilidades de los medios de comunicación en la divulgación de publicidad negativa; las conclusiones aquí expuestas no vinculan a entidades en las cuales sus miembros se hallan vinculados y son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Nos ocupamos en el presente trabajo académico de dilucidar el tema de la responsabilidad de los medios de comunicación social, radioeléctricos, digitales, televisivos o periodísticos, cuando desarrollan actividades de "**Publicidad Negativa**", esto es, la emitida para realizar actividades de Publicidad contraria o contra publicidad, con el objeto de demeritar las cualidades de un producto o de un productor, y de esa manera generar conductas repulsivas en el mercado, en detrimento de un sujeto de derecho.

La Publicidad Negativa constituye una especie dentro del género de la publicidad ilícita, que comprende además la atentatoria, la engañosa, la desleal y la subliminal entre otras <sup>2</sup>, y ocasionan perjuicios patrimoniales y morales a la víctima, razón por la cual surge para el perjudicado el derecho a perseguir, en procura de indemnización y de manera solidaria, tanto al emisor de la publicidad como al medio de comunicación que la emite o divulga, por medio de acciones de carácter civil y penal.

La publicidad atentatoria es aquella que vulnera la dignidad de la persona humana, así como derechos constitucional y legalmente reconocidos; la engañosa es la que induce a error a los destinatarios, perjudicándoles patrimonialmente y puede generar perjuicios a los competidores; la desleal provoca descrédito, menosprecio del producto, sus marcas y signos distintivos, al empresario o a su origen, generando confusión y desorden en el mercado.

Para el efecto de determinar las responsabilidades de los medios de comunicación en la divulgación de "Publicidad Negativa", lo primero que hay que señalar es que en el ámbito constitucional, la libertad de expresión, permite a todo ciudadano difundir su pensamiento y opiniones a través de cualquier medio de comunicación, pero que ella misma atribuye al emisor las responsabilidades tanto civiles como penales por el daño que pueda ocasionar a terceros con las mismas, como acontece en el evento en que la opinión sea calumniosa o injuriosa, y que el medio queda ligado a cumplir con la obligación de rectificar en condiciones de equidad.

En segundo término, es preciso distinguir claramente entre la libertad de expresión del pensamiento y opiniones, de lo que constituye "publicidad", a efecto de precisar la responsabilidad que surge, cuando esta es ilícita, tanto para el emisor, como para el medio de comunicación que la emite.

No obstante que en Colombia el tema no se halla una ley expresa, sino expuesto en un acuerdo de autorregulación de los medios radioeléctricos y televisivos, por

cuanto los medios impresos no se han comprometido con su suscripción, consideramos que las normas genéricas de responsabilidad civil y penal que se articulan con las normas constitucionales permiten derivar acciones de indemnización no sólo contra el responsable de la divulgación sino contra el medio que sirve de instrumento necesario.

Para el efecto, nos apoyamos conceptualmente en la Ley General de Publicidad Española (Ley 34 de 1998-LGP), que define la publicidad "como toda comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en 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."

Dilucidado el concepto de publicidad, surge meridianamente su distinción con la libre expresión del pensamiento y de la opinión; mientras la primera es parte de una actividad mercantil o productiva, ligada por el "ánimo de lucro", tanto del emisor como del medio, la segunda es producto de una actividad intelectual, ejercicio de la mera liberalidad, tanto en el emisor como en el medio.

En efecto, en las actividades publicitarias el medio se liga y se vincula necesariamente al emisor y obviamente a las responsabilidades que surjan de los contenidos emitidos por medio de una retribución o pago, en ejercicio de su actividad mercantil, esto es, signada por el "ánimo de lucro", sin que pueda excusarse válidamente en el argumento de que la libertad de expresión le impide calificar previamente el contenido o el alcance dañino de la publicidad que emite incentivado por el pago que hace el emisor.

Así, entonces, si en la divulgación del pensamiento y de las opiniones la obligación del medio es brindar a la víctima el derecho a la rectificación en condiciones de equidad en materia de publicidad, cuando el medio se ha convertido por un precio o remuneración en instrumento necesario de la acción dañina, la simple rectificación no satisface los intereses jurídicos del perjudicado y entonces la indemnización debe ser plena, conforme al artículo 1613 del Código Civil Colombiano, y comprenderá el DAÑO EMERGENTE, el LUCRO CESANTE y los PERJUICIOS MORALES.

<sup>2</sup> Sentencia T-512 de 1992.

**II.-** Las referidas responsabilidades se potencian cuando se trata de "Publicidad Negativa", esto es, cuando el contenido publicitario del mensaje del emisor no se dirige a promover un producto o servicio sino a desacreditar el producto o servicio de un tercero con el objeto de suscitar ante los consumidores conductas de repulsión o de rechazo que impidan la adquisición de los bienes o servicios ofrecidos por este.

Igualmente es preciso señalar que tratándose de bienes o servicios que tienen un tratamiento especial y específico por la legislación dada su naturaleza, su importancia socioeconómica y su impacto en la economía nacional, y se hallan sujetos a disposiciones reguladoras de las autoridades administrativas del Estado, las responsabilidades tanto del emisor como del medio, a través del cual se emite la publicidad ilícita o la publicidad negativa se potencian, llegando a constituir verdaderos hechos punibles.

Es el caso particular de los procesos de oferta pública de venta de acciones, la cual es necesariamente autorizada por la Superintendencia de Valores que es el ente encargado de vigilar y calificar previamente su legalidad así como los contenidos económicos, financieros, jurídicos y publicitarios de la totalidad del proceso.

Así, entonces, ante el evento de hechos constitutivos de "Publicidad Negativa", por medio de la cual se denigra o demerita la empresa o su producto para el mercado de valores "las acciones" a través de información falsa o inexacta, lo que en esencia se realiza es una interferencia ilegal a una operación legítima del mercado público de valores y, por tanto, los autores deberán, en primera instancia, responder por la comisión del delito de Pánico Económico, conforme a lo establecido en el Código Penal Colombiano:

**"ARTÍCULO 302- Pánico Económico.** El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación público información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un Fondo de Valores, o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En las mismas penas incurrirá el que utilice iguales medios con el fin de provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios. La pena se aumentará hasta en la mitad, si como consecuencia de las conductas

anteriores se produjere alguno de los resultados previstos."

Adicionalmente, y de acuerdo con la forma en que sean presentadas las citadas informaciones, se estará incurriendo en los siguientes delitos previstos en el Código Penal:

**"Artículo 220.-Injuria.** El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

**"Artículo 221.- Calumnia.** El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

**"Artículo 222.-Injuria y Calumnia indirectas.** A las penas previstas en los artículos anteriores quedará sometido quien publicare, reproducire, repitiere injuria o calumnia imputada por otro o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones se dice, se asegura, u otra semejante."

Igualmente, es preciso tener en cuenta las disposiciones del mismo código penal sobre coautoría y coparticipación, en los artículos 29 y 30 del estatuto punitivo.

**III.-** Así, entonces, cuando se trata de "Publicidad Negativa" realizada por medio de las afirmaciones injuriosas y calumniosas, no se está ejerciendo el derecho a la libertad de expresión, sino que se está utilizando como mecanismo una "cuña publicitaria" para realizar una acción a todas luces ilegal, la cual es punible conforme a la legislación penal colombiana.

La legislación colombiana y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, distinguen plenamente lo que es el ejercicio de la libertad de expresión, por lo demás siempre responsable ante la ley cuando se extralimita, del ejercicio de la PUBLICIDAD NEGATIVA, tendiente a deteriorar la imagen, el patrimonio moral y la fama de conducta de las empresas o personas naturales.

Como en ella se señala, no puede confundirse el ámbito de la LIBERTAD DE EXPRESIÓN y el de la PUBLICIDAD, más cuando ella se torna en PUBLICIDAD NEGATIVA, a través de mensajes de "cuña publicitaria" o "remitidos pagos", que se utilizan para divulgar mensajes injuriosos, calumniosos, o con información falsa o inexacta y que pretende ser contraria a las cuñas que en sentido positivo paga el anunciante.

De tal manera se hace necesario precisar que una cosa es el ejercicio legítimo de una libertad fundamental, protegida por la Constitución, como es la libertad de expresión, cuyo núcleo esencial es la facultad que tiene toda persona en Colombia para expresar, difundir y poner en conocimiento del público o de un grupo especial de personas una o más ideas, sin que encuentre en ello una restricción de la autoridad o de un particular, y otra muy distinta denigrar de un producto ofrecido comercialmente.

La libertad de expresión así como la libertad de información generalmente son ejercidas por periodistas, ciudadanos y comentaristas, cuya labor está protegida en la Carta, pero con las limitaciones propias respecto de los derechos de otras personas comentaristas, por medio de crónica periodística o por comentarios, cuyo derecho a la expresión de una libre opinión propia o de la de un grupo de particulares, es protegible sin duda alguna, mediante acción de tutela.

Pero, caso diametralmente distinto es el de la "Publicidad Negativa", en el cual por medio de una cuña o aviso pagado, adoptando la forma de publicidad comercial, se pretende ejercer una divulgación contraria, una contra promoción de un producto o servicio, con el ánimo de generar una actitud de rechazo por parte de los potenciales consumidores o adquirentes.

Si bien el derecho a realizar propaganda comercial se deriva del ejercicio de los derechos a la libre empresa, y tiene especial protección por la ley, esta debe realizarse sin abuso del derecho, dado que esta proscrita no sólo la propaganda desleal, sino la publicidad engañosa, y con mayor intensidad la calumniosa e injuriosa.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la propaganda comercial no es un tema que se ubique dentro del espectro de la "libertad de expresión", sino más bien, dentro del núcleo del derecho de empresa (Artículo 333 de la Carta)<sup>3</sup>:

Para la Corte **"(...) Esto significa que la actividad publicitaria es, en general, más un desarrollo de la libertad económica que un componente de la libertad de expresión, por lo cual la propaganda comercial se encuentra sometida a la regulación de la "Constitución económica".** Más adelante, la Corte dice **"(...) la propaganda comercial no tiene el mismo valor constitucional que otros contenidos protegidos por la libertad de expresión, conclusión que se confirma si recordamos, además, que una**

**de las razones por las cuales la libertad de expresión ocupa una posición prevalente en nuestro ordenamiento constitucional es su importancia para un funcionamiento adecuado de la democracia constitucional, en la medida en que constituye una garantía para la existencia de una opinión pública libre .... Ahora bien, es obvio que la publicidad comercial, en la medida en que simplemente se orienta a estimular ciertas transacciones económicas, no contribuye decisivamente a la formación de una opinión pública libre, ni a la participación democrática, ni al control del abuso del poder de los gobernantes"**<sup>4</sup>.

**IV.-** Los medios de comunicación no están obligados a emitir todas las cuñas publicitarias que los ciudadanos les presenten, menos aquellas de carácter ilícito como aquellas que contienen "Publicidad Negativa", a través de informaciones ajenas a la verdad, calumniosas, injuriosas, con información inexacta, y menos aún cuando se trata de afectar una operación legítima de oferta pública de acciones, bajo el pretexto de que se trata del ejercicio de la libertad de expresión.

En efecto, la recepción de cualquier tipo de publicidad por un medio de comunicación, depende de su libre albedrío, en ejercicio la libertad de empresa, ya que, como puede observarse, la publicidad está en el núcleo de los derechos económicos, que por vía general se ejercen libremente, en el contexto propio de la negociación entre los particulares, salvo que el legislador expresamente imponga limitaciones.

Como lo ha señalado la Corte Constitucional Colombiana, tomando como caso de referencia la publicidad al tabaco, hasta el momento no se encuentra ninguna norma de carácter legal que imponga a las empresas cuyo objeto es un medio de comunicación, la obligación de dar publicidad a todo aquel que se lo pida, sin ningún criterio de límite. Por el contrario, para la Corte, en la sentencia mencionada, **"(...) una determinada cadena radial puede asumir como política no transmitir estos mensajes, a fin de aparecer más seria y profesional ante su audiencia"**.

De hecho, causas como las políticas empresariales del medio, v. gr. Código Ético, o la falta de espacio para incluir una determinada pauta publicitaria, evidencian que corresponde más a la voluntad del medio el aceptar cuñas publicitarias, que a una inexistente obligación de carácter legal o constitucional. Otra razón es, sin duda, evitar al medio y a sus directores responsabilidades en la comisión de delitos y en el resarcimiento de los perjuicios que con ellos se cause.

<sup>3</sup> Sentencia C-010 de 2000, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

<sup>4</sup> Ibid.

**V.-** El perjudicado con la publicidad engañosa, calumniosa o inexacta puede perseguir por la vía civil la indemnización de los perjuicios que se le causen, no sólo contra el AUTOR MATERIAL, sino contra el AUTOR INTELECTUAL y contra el MEDIO PUBLICITARIO que se utilice para realizarla.

En efecto, en el ejercicio de la PUBLICIDAD NEGATIVA, y mucho más en la CALUMNIOSA, INJURIOSA, FALSA O INEXACTA (específicamente para el mercado de valores) el medio de comunicación no es un instrumento neutral, sino un agente directo, necesario e imprescindible para realizar el acto DAÑINO y, por tanto, le es atribuible igual o mayor responsabilidad que el agente determinando, cuya conducta se compromete por el hecho de recibir una retribución por parte del SUJETO ACTIVO para otorgar el espacio y brindar el medio material para realizar el DAÑO.

Estas conductas y las responsabilidades que de ellas se derivan, en el caso de productos vinculados al Mercado Público de Valores, son plenamente comprobables y deducibles, por el simple hecho de que todo el proceso que se adelanta en la emisión de acciones, está basado en cifras y datos previamente comprobados, y que cuentan con el aval de la Superintendencia de Valores, entidad gubernamental que examina todo el programa le imparte su aprobación, y goza de presunción de legalidad.

Es preciso resaltar que la aprobación de un programa de emisión de acciones incluye, entre otras, una exhaustiva revisión de la veracidad de cada una de las frases, que contiene el prospecto de colocación de acciones, lo que abarca no sólo el comportamiento de la empresa, sus cifras, sino además las características del producto en venta (las acciones), así como sus instrumentos de publicidad, conforme a lo exigido por la Resolución 2000 de 1995 de la Superintendencia de Valores.

Por el contrario, las informaciones contenidas en la "Publicidad Negativa", no sólo carecen de la previa calificación por parte de las autoridades administrativas, sino que cuando, especialmente, contienen afirmaciones sin sustento, y evidentemente falsas, pueden ser fácilmente calificables por el medio de comunicación que ejerce la función de divulgador y, por tanto, se halla en la obligación de verificar el contenido, de calificarlo y de abstenerse de servir de instrumento en la comisión de un daño ilegal e ilegítimo, y en caso de hacerlo se halla especialmente vinculado a su reparación.

Cuando menos sería paradójico considerar que el delicado trabajo que realiza la Superintendencia Pública de Valores para velar por el correcto funcionamiento del

mercado Público de Valores, tanto a través de la exhaustiva revisión de los emisores de valores y de sus programas, como de su publicidad, pueda ser destruido de un solo tajo por informaciones difamatorias e irresponsables, sin que existan consecuencias para los responsables.

Las normas del Código Penal, y las normas de responsabilidad civil, se han previsto precisamente para evitar o castigar los eventos, propaganda negativa, desleal, calumniosa e injuriosa, cuando terceros pretendan interferir el libre ejercicio de un derecho de emisión de acciones, para difundir asertos, sin calificación legal, sin soporte jurídico y sin sustento fáctico, en medios de comunicación mediante la inserción de este tipo de publicidad ilícita.

La simple comparación del nivel de responsabilidad entre los autores de la publicidad negativa, calumniosa, desleal o injuriosa, y la de su víctima y perjudicado, el MEDIO DE COMUNICACIÓN puede establecer el balance de los intereses jurídicos en juego, y decidir por su libre albedrío, pero vinculando su responsabilidad patrimonial, si se convierte en instrumento de la acción DAÑINA, o si por el contrario se abstiene, o incluso acude ante las autoridades competentes para que ellas definan, antes de causar el daño, si es procedente acceder a las pretensiones del agente generador de la publicidad de esta naturaleza.

En el evento de que por negligencia, descuido o temeridad el medio de comunicación realice la divulgación de la PROPAGANDA NEGATIVA, desleal, calumniosa e injuriosa, liga indisolublemente su responsabilidad, de manera solidaria con el agente determinador del DAÑO y debe responder ante el perjudicado por la totalidad de los perjuicios materiales y morales que ocasione al patrimonio moral y económico de la víctima.