

# LA PUBLICIDAD COMO VERTIENTE DE LA LIBERTAD DE EXPRESION EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (1)

JOSE LUIS GARCIA GUERRERO

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROTECCIÓN DE LA PUBLICIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO: 1. *En los Estados Unidos de América.* 2. *En Italia.* 3. *En la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos.*—III. EL CONCEPTO DE PUBLICIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: 1. *Definición gramatical, económica y legal.* 2. *Las insuficiencias del concepto legal.* 3. *Una propuesta superadora.*—IV. DETERMINACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA PUBLICIDAD: 1. *La libertad de comunicación.* A. *La publicidad como manifestación del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz.* 2. *La Constitución económica.* 3. *Protección y restricciones que algunos preceptos constitucionales imponen al mensaje publicitario.* A. *Los límites derivados del artículo 20.* B. *Las limitaciones introducidas por la conexión con el artículo 38.*—V. RECAPITULACIÓN: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE INCLUIR A LA PUBLICIDAD EN EL ÁMBITO DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN.

## I. INTRODUCCION

Las relaciones entre compradores y vendedores descansaban en el derecho a la libre comunicación. Hoy en día, los avances tecnológicos han determinado que este contacto personal se sustituya por la publicidad. Ante esta realidad se debe sostener que ésta se enmarca en la esfera económica o continúa estando dentro del ámbito de la libertad de expresión, entendida en sentido amplio.

La doctrina científica española no ha dudado en manifestarse tanto en un sentido, como en el contrario. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha nega-

---

(1) Ponencia presentada en el Seminario de Profesores de Derecho Constitucional, que se celebra en la Universidad Autónoma de Madrid bajo la dirección de los profesores Rubio Llorente y Aragón Reyes.

do que la publicidad se encuentre amparada por la libertad de información (2), y el Tribunal Supremo que se halle protegida por la libertad de expresión (3).

(2) En la STC 87/1987, de 2 de junio, FFJJ. 4.º y 5.º, el Tribunal estima que las restricciones impuestas al modo de realizar la publicidad sobre las películas «X» no afectan a los derechos declarados en el artículo 20 de la Constitución, en contra de lo argüido por la representación del Estado.

No obstante, el pronunciamiento no puede considerarse como definitivo, porque la cuestión de la publicidad era incidental respecto al fondo del recurso, que versaba sobre la competencia para regular la clasificación de las películas. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO: «Advertising in the Spanish Constitution», en WASSILIOS SKOURIS (dir.): *Advertising and Constitutional Rights in Europe*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, págs. 314-315, en el mismo sentido.

Mayor fundamentación contiene la Providencia de la Sección 4.ª, Sala 2.ª, del Tribunal Constitucional, de 17 de abril de 1989, que al inadmitir un recurso de amparo afirma: «... el fin mismo que caracteriza a la actividad publicitaria marca una diferencia profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que aquélla, aun siendo también una forma de comunicación, se vincula al 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, tal como la define el artículo 2 de la vigente Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. La publicidad, por tanto, no es manifestación del ejercicio del derecho fundamental *ex* artículo 20.1.d) de la Constitución, por cuanto este derecho da cobertura a la libre y veraz transmisión de hechos que, como ya ha señalado este Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, puede permitir a los ciudadanos formar sus convicciones ponderando opiniones diversas e incluso contrapuestas y participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos [...]. Es el fin último de la publicidad lo que margina, en definitiva, a esta actividad del ámbito de protección del referido derecho fundamental».

(3) Sentencia de 23 de septiembre de 1988 (Sala 4.ª, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, núm. 7252). Donde se señala que «la publicidad como medio de captación de clientela no comporta el ejercicio de una actividad comprendida como derecho fundamental en el artículo 20 de la Constitución, ya que no se produce la mera expresión de un pensamiento, ideas u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, como indica ese precepto, sino la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad que altera la libre competencia que debe regirla y la defensa de los intereses de los posibles clientes que no pueden ser inducidos a acudir a un determinado despacho profesional en virtud de una publicidad que no es por su objeto identificable con la de un producto industrial o comercial, por lo cual, cuando se trate de publicidad, la norma constitucional invocada debe ser restringida en aras de los principios aludidos que enmarcan el ejercicio de una actividad profesional colegiada».

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de reafirmarse en esta doctrina en su Sentencia de 18 de febrero de 1994 (*Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 146, 21 de abril de 1994, pág. 8), relativa a la publicidad de los abogados: «Es claro que esta inserción, con las indicadas connotaciones, supone y constituye un evidente resalto o reclamo para atracción o captación de clientes, fuera de los usos normales de la profesión que se limitan a la escueta consignación de nombre y profesión en la letanía ordinaria de nombres y apellidos de la guía telefónica, y que, por ello infringe, levemente, sí, dadas las modestas peculiaridades del reclamo, el sentido literal y teleológico del precepto deontológico de prohibición a los colegiados, no ya la publicidad *stricto sensu*, sino la me-

Sin embargo, todos estos pronunciamientos no aportan fundamentos, de modo que su ausencia recomendará el estudio de dos de los ordenamientos que más se han ocupado de la cuestión: el italiano y el de Estados Unidos. Habrá que examinar también el Convenio de Roma, que forma parte de nuestro Derecho interno, y la jurisprudencia de su Tribunal a la que ha de atribuirse un valor hermenéutico preferente (4).

Con todos estos fundamentos se estará ya en condiciones de obtener un concepto de publicidad válido para el ordenamiento jurídico español. Acto seguido se realizará una breve síntesis de la libertad de comunicación con el único objeto de enmarcar el concepto obtenido en ésta, precisando si se imbrica en la libertad de expresión o en el derecho a la información. Idéntica operación se llevará a cabo con la libertad de empresa en el marco de la Constitución económica. El estudio de las determinaciones constitucionales finalizará revelando que éstas no sólo protegen la publicidad, sino que contribuyen a imponerle limitaciones. Las aplicaciones prácticas del desarrollo teórico quedarán demostradas cuando se compruebe si las restricciones desarrolladas por el resto del ordenamiento jurídico se adecuan a la Constitución. En la investigación se pretenden aprovechar las aportaciones realizadas por otras disciplinas jurídicas y ramas del saber. Finalmente, es conveniente precisar que no se pretende agotar los problemas constitucionales sobre la publicidad, sino simplemente ocuparse de los mencionados.

## II. LA PROTECCION DE LA PUBLICIDAD EN EL CONSTITUCIONALISMO COMPARADO

### 1. *En los Estados Unidos de América*

El Tribunal Supremo de Estados Unidos rechaza en la Sentencia *Valentine versus Chrestensen* (5) que la libertad de expresión pueda proteger a la publicidad: el contenido y la finalidad de este tipo de mensajes no se corresponden

---

ra difusión o anuncio de sus servicios, razones todas que determinan la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada toda vez, y ello es obvio, que el citado precepto estatutario para nada infringe el artículo 20 del texto constitucional, sobre la libertad de expresión de ideas y opiniones». Véase también la Sentencia de 16 de marzo de 1989 (Sala 3.ª, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi núm. 2089).

(4) Véanse las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 245/1991, de 16 de diciembre de 1991, FJ. 3.º, y CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI: *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, Tecnos, Madrid, 1988.

(5) 316 U.S., págs. 52 y sigs.

con la Primera Enmienda. Estas afirmaciones empiezan a reconsiderarse desde este momento. Primero se señala que la finalidad de lucro es inherente a un sistema de prensa libre, por lo que no puede negarse la protección (6). Después se estima que la finalidad no puede excluir por sí la tutela, sino que debe examinarse el contenido: cuando se suministra información u opinión de interés público procede la protección (7). Finalmente, se considera que todo mensaje comercial transmite información por lo que debe ampararse. La protección del consumidor es un fundamento de primer orden para alcanzar esta conclusión. Esta doctrina se sienta en la Sentencia *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council* (8), y representa el cénit de la tutela a la libertad a comunicar publicidad.

A partir de este momento se inicia un proceso inverso al anterior que llevará a reducir la tutela a la publicidad. La protección de la Primera Enmienda es mayor para la información no comercial (9), aunque el Tribunal no tiene claro como deslindar ambos tipos de mensajes (10). Las restricciones se basan también en la protección a los consumidores, y se desarrollan básicamente en dos etapas.

La primera es conocida por la elaboración del *Test Hudson*. Se niega la protección a los mensajes, falsos, engañosos o erróneos, aunque los tribunales son renuentes a apreciar esta naturaleza en una comunicación. El resto de anuncios comerciales está protegido y su limitación debe cumplir tres condiciones: el in-

---

(6) Voto de opinión coincidente del juez Douglas en la Sentencia *Cammarano v. United States*, 358 U.S., págs. 498, 514 y sigs. (1959).

(7) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S., págs. 254 y sigs. (1964); *Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human Relations*, 413 U.S., págs. 376 y sigs. (1973); y, fundamentalmente, *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S. págs. 809 y sigs. (1975).

(8) 425 U.S., págs. 748 y sigs. (1976).

(9) Las sentencias más representativas de la mayor protección constitucional de la publicidad no comercial son *Ohralik v. Ohio State Bar Ass'n*, 436 U.S., págs. 447 y sigs. (1978), y *Bolger v. Young Products Corp.*, 463 U.S. págs. 60 y sigs. (1983), donde se afirma, expresamente, que la Constitución «otorga menor protección a la publicidad comercial que a otras formas de expresión constitucionalmente tuteladas» (págs. 64-65).

(10) LAURENCE H. TRIBE: *American Constitutional Law*, 2.<sup>a</sup> ed., The Foundation Press, Nueva York, 1988, págs. 894-899 y nota 66, pueden consultarse estos extremos. En la mayor parte de los mismos también coinciden JEROME A. BARRON y C. THOMAS DIENES: *Constitutional Law*, 2.<sup>a</sup> ed., West Publishing Co., 1991, págs. 344-352, que sitúan, además, a la publicidad comercial en la periferia de la primera enmienda, frente al mensaje político que se encontraría en el núcleo (pág. 346). Véase, igualmente, «The Supreme Court-Leading Cases», *Harvard Law Review*, núm. 103, noviembre 1993, págs. 224, 225 y 231-232; GEOFFREY MARSHALL: «Press Freedom and Free Speech Theory», *Public Law*, primavera 1992, págs. 52-53, coincide en destacar que la diferencia entre la publicidad comercial y la que no tiene este carácter no es clara.

terés gubernamental debe ser sustancial; la regulación restrictiva tiene que dirigirse directamente a satisfacer el interés alegado; y la restricción no puede ser más extensiva de lo necesario para alcanzar el interés estatal. Esta última condición se interpreta por el Tribunal Supremo en el sentido de que quién impone la limitación debe probar que cualquier otro medio menos restrictivo que el escogido es ineficaz para conseguir el fin perseguido (11).

La segunda etapa viene representada por la sentencia *Board of Trustees of the University of New York v. Todd Fox* (12), que reinterpreta la última condición del *Test Hudson*. Ya no es necesario emplear el medio menos restrictivo de los posibles, sino que debe existir una concordancia razonable entre la medida dictada y el interés gubernamental que se intenta satisfacer, esto es, el principio de proporcionalidad. La jurisprudencia americana posterior continúa en esta línea (13).

## 2. En Italia

En Italia hay unanimidad en que el artículo 41, referido a la libre iniciativa económica, es aplicable a la publicidad (14). Las discrepancias surgen al examinar si la libertad de expresión, recogida en el artículo 21, tutela también este tipo de mensajes.

Una tesis niega que la libertad de expresión proteja a la publicidad, lo que permitiría explicar los amplios límites a que está sujeta esta actividad. En su apoyo se destaca que este tipo de mensajes no responden al contenido ni a la finalidad que se tutela en el artículo 21; además se argumenta que la información publicitaria persigue la acción, mientras que la comunicación protegida consti-

(11) Esta doctrina se encuentra recogida en la Sentencia *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. New York Public Service Commission*, 447 U.S., págs. 557 y sigs. (1980).

(12) 492 U.S., págs. 469 y sigs. (1989).

(13) *Gary E. Peel v. Attorney Registration and Disciplinary Commission of Illinois*, 496 U.S., págs. 91 y sigs. (1990); *City of Cincinnati v. Discovery Network Inc., U.S.*, 113 S.Ct., págs. 1505 y sigs. (1993); *Edenfield v. Fane*, 113 S. Ct., págs. 1792 y sigs. U.S. (1993); y *United States v. Edge Broadcasting, U.S.*, 113 S. Ct., págs. 2696 y sigs. (1993).

(14) Véase QUADRI: «Libertà di stampa e approvazioni preventive», *Rass. dir. pubblico*, II, 1965, págs. 814 y sigs.; FOIS: «Censura e pubblicità economica», *Giur. Cost.*, 1965, págs. 839 y sigs.; ESPOSITO: *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milán, 1958, nota 14, pág. 11; ZACCARIA: «Aspetti costituzionali nelle proposte per una disciplina legislativa della pubblicità sulla stampa», en *Scritti in onore de Costantino Mortati*, III, Roma, 1977, pág. 1.171; A. VIGNUDELLI: «Alcune note sulla comunicazione pubblicitaria nelle radiotelemissioni», *Giurisprudenza italiana*, IV, 1983, pág. 429, y MAURIZIO FUSI y PAOLINA TESTA: *Diritto e Pubblicità*, Lupperti & Co., Milán, 1991, pág. 8.

tucionalmente sólo promueve la libre formación de opinión; y finalmente, que la publicidad puede ser valorada como una mercancía (15).

Los partidarios de la tesis opuesta consideran a la publicidad, en cambio, como una manifestación más del pensamiento, pues los mensajes de esta naturaleza contienen información y opinión. Además, esta actividad es de indudable interés público (16).

Los defensores de la aplicabilidad del artículo 21 a la publicidad se han ocupado también de los límites que este precepto y el 41 imponen, lo cual es para nosotros especialmente relevante.

Las prohibiciones establecidas por el artículo 21 serán legítimas siempre que se dirijan a regular por ley el derecho a realizar publicidad y no a impedirlo, y siempre que encuentren fundamento en derechos constitucionales como las buenas costumbres, la moral, y la salud pública (17). El principio de proporcionalidad debe presidir esta concordancia (18).

Respecto al artículo 41, un nutrido grupo de autores sostiene que la publicidad es una manifestación ligada a una actividad económica. Esta doble naturaleza legitima la introducción de numerosas limitaciones y autorizaciones previas con base constitucional (19). No obstante, la principal aportación de

---

(15) Siguen esta posición, entre otros, GHIDINI: *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Milán, 1968, pág. 228; PEDRAZA y GORLERO: «Chi minaccia la libertà di stampa», *Relazioni sociali*, I, 1972, pág. 27; FALZEA: «I fatti di coscienza», en *Scritti in memoria di Pugliati*, I, 1, Milán, 1978, pág. 533; PELLETTIERI: «Autodisciplina della pubblicità e comunicazione pubblicitaria», *Riv. Radiotelecom.*, 1979, págs. 286 y sigs.; ROPPO: «Pubblicità televisiva ed emittenti private. A proposito di spots, di diritto morale d'autore e di qualche altra cosa», en *Foro italiano*, 1983, pág. 1.144; RODOTÀ: «Alcuni spunti per una disciplina della pubblicità commerciale», y ZANACCHI: «Il controllo sul contenuto del messaggio radiotelevisivo in Italia»; los dos últimos trabajos en BARILE y CARETTI (dirs.): *La pubblicità e il sistema dell'informazione*, Turín, 1984, págs. 365 y 269, respectivamente. Así como las Sentencias de la Corte Constitucional núm. 68 de 12 de julio de 1965 (Giur. Cost., 1965, 838) y la número 231, de 17 de octubre de 1985.

(16) MAURIZIO FUSI: *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1970, págs. 23-24; SERGIO FOIS: «Censura...», *ob. cit.*, pág. 851; QUADRI: «Libertà di stampa...», *ob. cit.*, pág. 816; SANTORO: «Emittenti radiotelevisive locali e trasmissioni pubblicitarie», en *Dir. Radiotelecom.*, 1981, pág. 39, y A. VIGNUDELLI: *Aspetti giuspubblicistici della comunicazione pubblicitaria*, Rimini, 1983, pág. 64, y del mismo autor su trabajo «Alcune note sulla comunicazione pubblicitaria...», *ob. cit.*, págs. 429-432, donde llega a hablar de una «libertad de manifestación del pensamiento publicitario».

(17) MAURIZIO FUSI: *La comunicazione...*, *ob. cit.*, pág. 30, y las Sentencias de la Corte Constitucional de 19 de febrero de 1965, núm. 9; de 14 de abril de 1965, núm. 25, y de 8 de julio de 1957, núm. 121.

(18) BARILE: *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bolonia, 1984, pág. 225.

(19) ZACCARIA: «Problemi costituzionali dell'attività pubblicitaria», en *Atti della giornata di studio SACIS, «Quale legge per la pubblicità»*, Roma, 1985, pág. 41.

este sistema es considerar como regla general que cuando una actividad económica se encuentre sujeta a una restricción, su publicidad se hallará sometida al mismo límite. Cuando la reglamentación sólo afecta a la actividad publicitaria deviene inconstitucional (20).

### 3. *En la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos diferencia la publicidad en sentido estricto de la marginal, la primera ocupa una posición dominante en el contenido del mensaje, la segunda no. Esta distinción, efectuada en el caso *Barthold* (21), permite al Tribunal otorgar la protección de la libertad de expresión a la publicidad marginal, aunque la tutela no descansa en la cobertura otorgada por el artículo 10 del Convenio, sino en la imposibilidad de disociar la opinión e información de la publicidad.

La protección como supuesto de libertad de expresión que se confiere a la publicidad se afirma especialmente en la sentencia *Casado Coca* (22), que no deja de ser una recopilación de los fundamentos doctrinales aportados en fallos anteriores (23). La razón básica de la tutela, se dice en esta resolución, descansa en que aunque un mensaje persiga una finalidad exclusivamente publicitaria, aporta también información sobre la características de los bienes y servicios. Además, la necesidad de preservar ésta aumenta en la medida en que se beneficia a los consumidores.

Con respecto a los límites de la libertad de expresión en los supuestos de actividad publicitaria, los mismos han de cumplir tres requisitos.

---

(20) MAURIZIO FUSI: *La comunicazione pubblicitaria...*, ob. cit., pág. 33; QUADRI: «Libertà di stampa...», ob. cit., págs. 814 y sigs., y A. VIGNUDELLI: «Alcune note sulla comunicazione pubblicitaria...», ob. cit., pág. 429.

(21) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de marzo de 1985, caso *Barthold*, BJC, núm. 59, 1986, págs. 415-427.

(22) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994, caso *Casado Coca*.

(23) En el Fundamento 35 el Tribunal reconoce que aunque en el caso *Barthold* había dejado abierta la cuestión de si la publicidad comercial, como tal, se encontraba protegida por el artículo 10 en su jurisprudencia posterior aporta indicios sobre la materia: en el caso *Markt Intern* establece que el artículo 10 no se aplica sólo a ciertos tipos de información o ideas o formas de expresión, en particular a los de naturaleza política; sino que ampara también las expresiones artísticas (caso *Müller*), la información de naturaleza comercial (caso *Markt Intern*) e, incluso, música ligera y emisiones publicitarias transmitidas por cable (caso *Groppera Radio AG y otros*).

Primero, la medida debe estar prevista en la ley, y ser ésta accesible y precisa, teniendo en cuenta que las normas de los Colegios profesionales se asimilan a la ley.

Segundo, la medida debe estar encaminada a un objetivo legítimo de los enumerados en el artículo 10.2. Por ello la publicidad desleal, engañosa o errónea se debe limitar para defender los derechos de los consumidores. Además, la especial naturaleza de una profesión puede llevar a restringir la publicidad objetiva y verdadera con la finalidad de proteger a los restantes profesionales y a los consumidores.

Finalmente, en tercer lugar, debe tratarse de una medida necesaria en un sistema democrático. El adjetivo «implica la existencia de una necesidad social imperiosa», aunque el Tribunal concede al legislativo y a los órganos judiciales nacionales un amplio margen de apreciación en esta materia publicitaria. Con todo, el margen que se concede a los Estados no es ilimitado, pues las prohibiciones absolutas en materia de publicidad no son admisibles.

### III. EL CONCEPTO DE PUBLICIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

#### 1. *Definición gramatical, económica y legal*

Con estos materiales ya se está en condiciones de afrontar un concepto de publicidad, término que no tiene un sentido unívoco en el orden social, ni en el jurídico. A mi juicio, la publicidad es una especie del género de la propaganda (24), pues ambas persiguen difundir información, lograr adhesiones, y, en ocasiones, incitar a la acción.

Se trata de una especie que se aleja de las demás formas de propaganda por su empleo masivo, así como por la utilización de técnicas y sujetos especializados (25), lo que hace indicado la adopción de una denominación propia y diferenciada: publicidad.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española confirma estos

---

(24) MANUEL PINO ABAD: *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la ley de publicidad de 1988*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1991, pág. 25, parece más interesado en diferenciar ambos conceptos.

(25) JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE y ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS: «Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita», *La Ley*, 1981, págs. 894 y 895, destacan como los mensajes publicitarios utilizan técnicas y sujetos especializados frente a las demás formas de comunicación.



extremos. Las definiciones de propaganda y publicidad contienen cuatro elementos: el informativo, el material, el persuasivo y el teleológico. Gramaticalmente la publicidad es una especie del género de la propaganda, cualificada por su ámbito material y por su finalidad (26).

La doctrina del *marketing* tampoco tiene un concepto unívoco de publicidad. En sus definiciones se pueden encontrar los mismos elementos que se han individualizado hasta el momento, aunque se introducen algunos nuevos: la información se incardina en un proceso de comunicación, que para algunos debe ser de masas, y se considera que el mensaje debe ser remunerado y controlado por el emisor (27).

La definición legal se explicita en la Ley General de Publicidad (LGP) (28) y sigue muy de cerca a la Directiva 84/450/CEE; es publicidad: «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.»

---

(26) El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima edición, 1984, conceptúa la propaganda como «Acción o efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos o compradores». En la definición se encuentra un elemento informativo, «Acción o efecto de dar a conocer una cosa» y un elemento persuasivo (atraer) con dos finalidades alternativas: la atracción de adeptos (ámbito político, social, filosófico o religioso) o compradores (ámbito comercial). Como se puede observar los dos últimos ámbitos constituyen el elemento material, luego podría decirse que las distintas finalidades y materias de la propaganda configuran diversas especies dentro de un mismo género.

El tercer significado otorgado por el Diccionario a la publicidad es «Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.». En la definición se encuentran cuatro elementos: el informativo (divulgación de noticias o anuncios), el material (de carácter comercial), el persuasivo (atraer) y el teleológico marcado por la finalidad de mercado (posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.). La correspondencia entre ambos conceptos es evidente, gramaticalmente la publicidad es una especie del género de la propaganda, cualificada por su ámbito material y por su finalidad.

(27) Véanse las definiciones recopiladas por ENRIQUE MARTÍN ARMARIO: *Marketing*, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 477-478, y la más compartida dentro del *marketing*, que ha sido elaborada por los profesores RODOLFO VÁZQUEZ CASIELLES y JUAN A. TRESPALACIOS GUTIÉRREZ: *Marketing: Estrategias y aplicaciones sectoriales*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 399-400: «Proceso de comunicación de carácter impersonal, remunerado y controlado que, a través de medios masivos, pretende dar a conocer un producto o servicio con objeto de informar o de influir en su compra o aceptación.»

(28) Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE, núm. 274, de 15 de noviembre de 1988).

## 2. Las insuficiencias del concepto legal

Esta formulación legal del concepto de publicidad se debe criticar pese a contener sustancialmente los elementos individualizados en las definiciones gramaticales y económicas (29). El elemento informativo es ignorado y se sustituye por la comunicación en general. El resultado es un concepto, en un sentido, más amplio, que comprende no sólo mensajes escritos y orales, sino imágenes y sonidos (30); en otro sentido, más reducido, pues se mantiene el elemento persuasivo (promover), aunque con menos nitidez de lo deseable, y se suprime la información. Con ello se ignora la realidad (31), se dificulta que la información limite la dosis de persuasividad de los mensajes publicitarios, y la fijación de reglas que impongan unos contenidos mínimos informativos (32). Afortunadamente, la Ley General de Protección de los Consumidores y las correspondientes normativas autonómicas no incurrir en este error.

Junto a los elementos clásicos la definición de la Ley General de Publicidad introduce el personal, lo que no parece desacertado, aunque hubiera bastado con decir «cualquier persona». En cambio, si es desafortunado, a mi juicio, excluir que los particulares puedan ser sujetos de la actividad publicitaria (33), lo que sucede cuando se exige que se esté realizando una actividad de las enumeradas en el concepto. El ámbito material está perfectamente delimitado: «actividad comercial, industrial, artesanal o profesional». Se trata de una definición estricta, que se centra en el ámbito económico mercantil. Por ello, como señalan Cuesta Rute y Oliva Santos no parece acertado calificar la publicidad con ningún adjetivo, como el de comercial, lo que sería redundante o reduccionista (34).

(29) Informativo (comunicación), ámbito material comercial (actividad comercial, industrial, artesanal o profesional), persuasivo (promover), finalidad de mercado o de venta (la contratación).

(30) MANUEL PINO ABAD: *La disciplina jurídica...*, ob. cit., pág. 27.

(31) Tanto en la doctrina mercantil como en la del *marketing* hay unanimidad en que las comunicaciones publicitarias contienen un elemento persuasivo y otro informativo. Véase, a modo de ejemplo, ENRIQUE MARTÍN ARMARIO: *Marketing*, ob. cit., págs. 477-478, y J. I. FONT GALÁN: «El tratamiento jurídico de la publicidad en la LGDCU», Curso sobre *El nuevo Derecho del consumidor*, INC, 1990, págs. 99-100.

(32) En este sentido, MANUEL PINO ABAD: *La disciplina jurídica...*, ob. cit., pág. 27, y J. I. FONT GALÁN: «El tratamiento jurídico de la publicidad en la LGDCU», Curso sobre *El nuevo Derecho...*, ob. cit., págs. 99-100.

(33) En este sentido, MANUEL PINO ABAD: *La disciplina jurídica...*, ob. cit., págs. 27-28, y JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE: «Observaciones sobre la Ley General de Publicidad», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1989, págs. 918-923.

(34) JOSÉ MARÍA DE LA CUESTA RUTE y ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS: «Tratamiento jurídico en España...», ob. cit., págs. 894-895.

El elemento teleológico se contiene en el amplio inciso final del concepto y es profundamente desafortunado. La finalidad delineada no agota la materia como reconoce el propio artículo 9.2 LGP (35). Tampoco engloba los denominados mensajes institucionales de empresa, ni la función distintiva, ni la informativa (mensajes que explican para qué sirve un producto o cómo se utiliza, etc.). Por último, no parece necesario especificar que la contratación debe tener por objeto, como se dice en la ley, «bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones».

### 3. *Una propuesta superadora*

Antes de afrontar un concepto que supere estas deficiencias son necesarias algunas precisiones adicionales. La publicidad realizada por el conjunto de las Administraciones Públicas no se corresponde con el ámbito y finalidad que se ha atribuido a este tipo de actividad, por lo que parece más correcto hablar de «propaganda institucional» (36). El elemento remunerativo se debe incluir ya que sirve para eliminar del ámbito del concepto a la publicidad redaccional, que no es una especie de la propaganda, sino una actividad prohibida. Finalmente, que la comunicación sea de masas, que el emisor esté identificado, o que deban excluirse los casos en que media una intervención directa del vendedor, no parecen elementos relevantes para configurar el concepto.

Con todos estos presupuestos ya se está en condiciones de aportar un concepto legal de publicidad, a saber: toda forma de comunicación remunerada, informativa y/o persuasiva, realizada por cualquier persona con objeto de favorecer directa o indirectamente su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Respecto al concepto propuesto sólo resta aclarar que se habla de comunicación «informativa y/o persuasiva», porque la actividad publicitaria de un sujeto abarca a lo largo del tiempo diferentes fases. Habrá algunas en que predomine la información, en otras, en cambio, la persuasión, pero ésta siempre contiene en alguna medida algo de aquélla (37).

---

(35) JOSÉ B. ACOSTA ESTÉVEZ: «En torno al nuevo derecho de la publicidad: Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad», *Revista General del Derecho*, 540, pág. 5.338. La misma crítica es formulada por MANUEL SANTAELLA LÓPEZ: *El nuevo Derecho de la publicidad*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 51 y 59.

(36) Véase MANUEL SANTAELLA LÓPEZ: *El nuevo Derecho...*, ob. cit., págs. 64-66 y 69.

(37) La doctrina americana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirman que todo anuncio publicitario contiene información. Véase *supra*, págs. 80 y 83, respectivamente.

#### IV. DETERMINACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA PUBLICIDAD

##### 1. *La libertad de comunicación*

El estudio del concepto ha permitido incluir a la publicidad en el derecho a la libre comunicación. Sin embargo, el análisis de los elementos ponen en cuestión esta conclusión. El remunerativo y el personal aparecen como neutrales en esta cuestión. El informativo y el persuasivo sitúan a la publicidad en el ámbito del artículo 20 —más adelante se volverá sobre ellos—. Por último, el ámbito material y la finalidad son utilizados para negar esta última tesis.

Para un importante sector doctrinal la libertad de comunicación se limita a actividades políticas, sociales, filosóficas o culturales. El ámbito material y la finalidad no sólo delimitan una especie dentro del género de la propaganda, sino que originan la exclusión de la publicidad de la esfera del artículo 20 de la Constitución. Sin embargo, la solución no es tan sencilla. Esta restricción del objeto depende de la teoría que cada uno adopte para justificar la libertad de expresión, cuestión ésta que dista de ser pacífica desde la perspectiva doctrinal.

La teoría de la verdad de Stuart Mill, el libre desarrollo de la personalidad, y la participación de los ciudadanos en la democracia, son las tres teorías clásicas que han justificado la libertad de comunicación (38). La segunda disfrutó de una gran predicamento en Europa, la tercera encontró en los Estados Unidos su mayor desarrollo (39), mientras que la primera introduce progresivamente sus elementos en las dos anteriores (40). No obstante, en los últimos tiempos,

---

(38) Véase ERIC BARENDT: *Freedom of Speech*, Clarendon Press, Oxford, 1987, págs. 8-23, y LAURENCE H. TRIBE: *American Constitutional Law*, ob. cit., págs. 785-789. En España, sobre esta cuestión en particular y a propósito de la libertad de expresión en general, véase PABLO SALVADOR CODERCH: *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 26 y sigs.

(39) FRANCESC DE CARRERAS: «La libertad de expresión un derecho constitucional», en TERESA FREIXES SANJUÁN (coord.): *Anuario de 1990 sobre la libertad de expresión*, PPU, Universidad Autónoma de Barcelona, 1991, pág. 16. Véase ALEXIS DE TOCQUEVILLE: *La democracia en América*, Alianza Editorial, 1985.

(40) Aunque la participación de los ciudadanos en la democracia es la tesis predominante en Estados Unidos, FREDERICK SHAUER: *Free Speech: A philosophical Enquiry*, Cambridge UP, 1982, pág. 15, destaca como la tesis del *marketplace of ideas*, variante de la teoría de la verdad, ha tenido una gran influencia en la formación de los fundamentos teóricos de la libertad de expresión en Estados Unidos.

Véase, en este sentido, la opinión expresada por los jueces J. HOMES, en *Abrams v. United States*, 250 U.S., págs. 616 y 630 (1919); J. BRANDEIS, en *Whitney v. California*, 274 U.S., págs. 357, 375-378 (1927), y J. FRANKFURTER, en *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S., págs. 77, 95-97 (1949). Consúltese también el trabajo de RABBAN: «The Emergence of Modern First Amendment Doctrine», *U. Chi. Law Review*, núm. 50, 1983, págs. 1.205 y sigs.

en Europa, concretamente en España y Alemania, asistimos a un mayor protagonismo de la teoría democrática (41).

La controversia se sitúa ahora en si la libertad de comunicación es un derecho libertad y entonces se entiende como derecho público subjetivo, o si en atención a su imprescindibilidad para el sistema democrático debe considerarse como una garantía institucional (42). La discusión no es puramente doctrinal. Si se acepta que esta libertad es un derecho individual, directamente vinculado a la dignidad de la persona, la publicidad entraría indudablemente dentro de su objeto. Si se estima que su justificación descansa en la teoría de la verdad, o en el principio democrático, o que en realidad es una garantía institucional, existirían mayores dificultades para incluir a la publicidad dentro de su objeto, pero no se podría eliminar esta hipótesis. La exclusión sólo procedería si se acepta la tesis de quienes sostienen que la libertad de comunicación tutela sólo mensajes políticos.

En mi modesta opinión, los derechos a una libre comunicación (43) no son una garantía institucional, sino un derecho libertad. El artículo 10.1 despeja cualquier duda (44). No obstante, la tesis que considera la libertad de expresión un derecho de libertad requiere una doble matización. En primer lugar, creo que no existe una vertiente institucional en los términos reseñados, sino las típicas conexiones sistemáticas propias de cualquier precepto constitucional. En segundo lugar, éstas, o lo que se denomina vertiente institucional, no afectan a su naturaleza, pero sí pueden modificar los límites de las diversas formas de comunicación.

Los mensajes emitidos bajo la cobertura de la libertad de comunicación pueden referirse a ámbitos materiales muy diversos y perseguir finalidades variadas. Con estos presupuestos puede considerarse que tales ámbitos y finalidades generan conexiones constitucionales, que afectan en mayor o menor medida a la naturaleza y al régimen general de la comunicación, hasta el punto de extraer en algunos casos la materia de su esfera. Así sucede con el derecho a la

---

(41) ERIC BARENDT: *Freedom of Speech*, ob. cit., pág. 20, realiza esta afirmación a propósito del país germánico.

(42) JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, págs. 73-113, resulta de imprescindible consulta para conocer el estado de la cuestión en Alemania.

(43) Se considera, tal y como se señaló en la introducción al trabajo, que la libertad de expresión de ideas y la libertad de información son manifestación de un derecho general a la libre comunicación, tal y como señala, entre otros, JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «La libertad de expresión desde la teoría...», ob. cit., pág. 81.

(44) Véase JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «Dignidad de la persona», voz de la *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, 1995.

educación (art. 27), con la libertad de cátedra (art. 20.1.c), con las comunicaciones de ámbito y finalidad religiosa (art. 16) (45), y, en menor medida, con el derecho a la producción y creación artística y científica (art. 20.1.b) (46).

Junto a estas relaciones existen otras, que sin tener una especificación tan concreta son también conexiones. Éstas no alteran su naturaleza, se sigue estando en presencia de un derecho a la comunicación, de un derecho subjetivo, pero su vinculación a otros preceptos constitucionales puede originar alguna modificación en el régimen de la comunicación, especialmente en los límites. La mensajes políticos son los más reacios a admitirlos, los publicitarios los más proclives (47).

Cuando la comunicación se enmarca en el ámbito comercial, industrial, artesanal o profesional, y la finalidad perseguida consiste en favorecer estas actividades se está en presencia de la publicidad. Esta comunicación no se contempla específicamente en ningún artículo constitucional, pero por su materia tiene una clara vinculación con la empresa y con el mercado, esto es, con el artículo 38 de la Carta Magna (48). Esta conexión más que reforzar la libertad, la disminuye, como se podrá observar, pues por la puerta económica penetrarán buena parte de las limitaciones de este tipo de comunicaciones.

Cuando la comunicación se sitúa en el ámbito político sucede todo lo contrario. La dimensión individual de la libertad, su vinculación con la dignidad de la persona se refuerzan al entrar en conexión con el pluralismo político (49), con la participación política, y, en suma, con el principio democrático. El resultado no es la ampliación de los límites, sino su restricción (50). No se puede olvidar que las tres teorías que justifican la libertad de expresión encuentran plena aplicación en este campo.

(45) Véase la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. 7.º

(46) FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ: «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración», *Revista de Administración Pública*, núm. 128, 1992, págs. 185-186, en el mismo sentido. En contra, la STC 153/1985, FJ. 5.º, y FRANCESC DE CARRE-RAS: «La libertad de expresión...», *ob. cit.*, págs. 11, 20 y 29.

(47) SANTIAGO MUÑOZ MACHADO: «Advertising in the Spanish Constitution», *ob. cit.*, pág. 330, considera también que la publicidad tiene unos límites más amplios que otras formas de comunicación.

(48) MANUEL SANTAELLA: *El nuevo derecho...*, *ob. cit.*, pág. 55, en el mismo sentido.

(49) Las SSTC 121/1989, de 3 de julio, FJ. 2.º, y 107/1988, FJ. 2.º, llegan a afirmar que la libertad de expresión tiene un valor superior o eficacia irradiante, al estar ligada al pluralismo político.

(50) JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 77, 1992, págs. 247-248, considera que la libertad de expresión en materia política tiene unos límites más amplios que los delineados por el Tribunal Constitucional.

En definitiva, como ya he señalado, pienso que las dos últimas conexiones reseñadas afectan al régimen de la comunicación, concretamente a sus límites (51), pero no alteran su naturaleza. Si se ha rechazado que la conexión del artículo 20 con la democracia transforme un derecho libertad en garantía institucional, se podrá comprender que, con la misma lógica, se niegue que la vinculación entre el artículo 20 y el 38 transforme la naturaleza de las comunicaciones con ámbito y finalidad económica, esto es, de la publicidad.

No es está la única relación: el mercado presupone, a corto o largo plazo, compradores, o lo que es lo mismo, consumidores y usuarios; esto es, una nueva conexión con el artículo 51. De la misma nos ocuparemos más adelante.

A) *La publicidad como manifestación del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz*

Los presupuestos obtenidos hasta el momento permiten afirmar que el elemento material y el teleológico del concepto de publicidad no niegan la inclusión de esta actividad en la libertad de comunicación, sino que más bien la confirman. En el mismo sentido operan, como se ha señalado, los elementos informativo y persuasivo. Su análisis debe permitir incardinar a los mensajes publicitarios en la libertad de expresión, o en la de información.

Ambas libertades, como es conocido, se diferencian fundamentalmente por su objeto, pero también por las actividades cubiertas y por el mayor plus institucional de la información (52). Aunque las comunicaciones de opiniones o de hechos no están separadas de una forma absoluta, el predominio del aspecto subjetivo o del objetivo determinará que nos encontremos ante el apartado a) o el d) del artículo 20 (53). En este contexto ¿dónde se sitúa la publicidad?

---

(51) No muy lejana a esta creencia son las palabras de STEVE SCHIFFRIN: «Defamatory Non-media Speech and First Amendment Methodology», *UCLA Law Review*, núm. 25, 1978, pág. 961, cuando señala: «La sabiduría de la jurisprudencia de la Primera Enmienda es reconocer que los intereses promovidos por la misma son numerosos y que las limitaciones gubernamentales de la expresión repercuten en esos intereses de maneras distintas.»

(52) Véanse las SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ. 5.º; 107/1988, de 8 de junio, FJ. 2.º; 51/1989, de 22 de febrero, FJ. 2.º, y 123/1993, de 19 de abril, FJ. 3.º. En la doctrina científica, entre otros, JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA: «Libertad de expresión, información y relaciones laborales (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero, caso señor Crespo, asunto filtraciones a “El País”», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 26, 1989, págs. 172-173.

(53) STC 6/1988, FJ. 5.º, de 21 de enero. En la misma línea, las SSTC 105/1990, FJ. 4.º; 171/1990, FJ. 10.º; 172/1990, FJ. 3.º, y 123/1993, FJ. 3.º, entre otras. JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL

El elemento persuasivo supone un juicio de valor, una opinión de carácter subjetivo, pero también contiene en sí mismo información (54). No puede olvidarse que ésta es el presupuesto de aquélla. En cambio, el elemento informativo se limita, valga la redundancia, a transmitir información. Con estos presupuestos y si se considera que la materia dominante determina la libertad ante la que nos encontramos, es evidente que la publicidad se inserta en el apartado *d*) (55). Esta posición permite reforzar la conexión entre los artículos 20 y 51, pues este precepto ordena a los poderes públicos promover la información y la educación de los consumidores. Se debe tener presente, asimismo, que la veracidad reclamada constitucionalmente a la información ha sido una tradicional exigencia en el campo publicitario. No obstante, la conclusión expuesta se extrae con carácter general; las campañas publicitarias son extensas en el tiempo y en alguna fase puede dominar la persuasión: habrá que estar, por tanto, al caso concreto.

## 2. *La Constitución económica*

Las afirmaciones realizadas a propósito de la libertad de comunicación necesitan confrontarse en el ámbito de la Constitución económica. Su estudio, con especial atención a la economía de mercado y a la libertad de empresa, permite sostener válidamente dos tesis.

Primera: la libertad de organización, que es una de las tres básicas que componen la de empresa (56), incluye la comercialización, y dentro de esta actividad destaca la publicitaria. Esta vía no es la única por la que este tipo de mensajes penetran en el campo económico, pues hay otra más importante. La

---

ECHAVARRÍA: «Libertad de expresión, información y relaciones laborales...», *ob. cit.*, págs. 173-174, también propone esta solución.

(54) VITTORIO ITALIA: «Considerazioni su propaganda e libertà di manifestazione del pensiero», en *Scritti in onore di V. Crisafulli II*, Cedam, Padua, 1985, págs. 349-350.

(55) SANTIAGO MUÑOZ MACHADO: «Advertising in the Spanish Constitution», *ob. cit.*, pág. 314; IGNACIO VILLAVARDE MENÉNDEZ: *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, 1994, pág. 202; MANUEL SANTAELLA: *El nuevo Derecho...*, *ob. cit.*, págs. 55 y 119-120, y CARMELO GARITAONANDÍA: «La publicidad y las normas reguladoras de la publicidad en Euskal Irrati Telebista-Radiotelevisión Vasca y en Radiotelevisión Española», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 9, pág. 365; incluyen a la publicidad en el apartado *d*) del artículo 20.

(56) OSCAR DE JUAN ASEÑO: *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 154-155, se toma de este autor el contenido de la libertad de empresa.



economía de mercado reclama desconcentración, esto es, competencia entre empresas (57). No puede haber competitividad si no se permite informar y opinar sobre los productos que se ofrecen a los compradores (58). Si se niega esta posibilidad se afecta también la libertad de consumo, no habría una elección razonable de lo ofertado. Luego contienen o reclaman publicidad las libertades de consumo, empresa, y el principio de la competencia, todos ellos integrantes del contenido de la economía de mercado.

Una segunda tesis puede reconocer que la competitividad y las libertades de empresa y consumo utilicen la publicidad, pero, al mismo tiempo, puede negar que formen parte de su contenido. Se trataría de una utilización instrumental de la libertad de comunicación, como sucede con otros derechos: secreto de las comunicaciones, de residencia o circulación, de asociación, etc. (59).

Me parece más razonable la segunda tesis, pero la adscripción a cualquiera de ellas no altera las conclusiones que se han extraído al estudiar la libertad de expresión, en sentido amplio. Si se adopta la primera, la publicidad como actividad cubierta por la libertad de empresa, parece indudable que en este tipo de mensajes domina el aspecto comunicativo, frente al empresarial. En este sentido, conviene destacar que la jurisprudencia constitucional refrenda que la materia predominante determina el precepto constitucional por el que se debe regir una regulación (60). Si se adopta la segunda tesis, utilización instrumental

---

(57) Véase OSCAR DE JUAN ASENJO: *La Constitución económica...*, ob. cit., págs. 144-149, y JUAN IGNACIO FONT GALÁN: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 166.

(58) La doctrina mercantil no alberga ninguna duda al respecto. JUAN IGNACIO FONT GALÁN: *Constitución económica...*, ob. cit., págs. 86-87, habla de «la función competitiva asignada a la publicidad», del «acto de publicidad como acto de competencia» y afirma que «la libertad de competencia lleva como corolario la libertad publicitaria». Véase también GARRIGUES: «Publicidad y competencia ilícita», en el volumen *La publicidad y sus fundamentos científicos*, Madrid, 1966, pág. 11, entre otros.

(59) SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: *Derecho Administrativo Económico I*, Madrid, 1991 pág. 153, sin referirlo a este ámbito y siguiendo a F. GALGANO, reconoce que la libertad de empresa presupone el reconocimiento constitucional de otros derechos y libertades: propiedad, asociación, libre circulación, legitimidad de la alineación del trabajador a cambio de la correspondiente remuneración.

JOSÉ MARÍA MARTÍNEZ VAL: «Libertad de empresa», en OSCAR ALZAGA (dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas*, tomo III, Edersa, Madrid, 1983, pág. 665, reconoce todavía más claramente que la libertad de empresa requiere de todos los derechos y libertades constitucionales, y entre éstos cita expresamente el derecho a comunicar información veraz.

(60) Por ejemplo, para distinguir la libertad de información de la de expresión —véase *supra*, nota 53, y el texto del que deriva ésta—; o para diferenciar la protección a los consumidores de la defensa de la competencia, en orden a fijar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas —STC 88/1986, de 1 de julio, FJ. 4.º—.

de la libertad de comunicación por la empresa, todavía resulta más claro que la publicidad se inserta en la libertad de expresión, entendida en sentido amplio, y que la libertad de empresa emplea a aquélla. Es también evidente que en cualquiera de los dos casos los límites de los derechos económicos penetran dentro de la comunicación publicitaria.

### 3. *Protección y restricciones que algunos preceptos constitucionales imponen al mensaje publicitario*

Una vez afirmada la libertad de comunicación publicitaria es el momento de ocuparse de los límites contenidos en el propio artículo 20, de los que dimanarían de la conexión con los artículos 38 y 51, de los establecidos en otros preceptos constitucionales relacionados con éstos, así como los que emanan de otros bienes y valores constitucionales dignos de protección.

Antes de afrontar esta labor se debe resaltar que las limitaciones constitucionales se relacionarán con las restricciones establecidas por el resto del ordenamiento jurídico, para comprobar su conformidad con la Norma Fundamental. En este sentido, parece que no se ha cumplido la exigencia de reserva orgánica (61), y que en la mayor parte de los casos no se ha realizado la adecuada concordancia práctica. Tampoco parecen observarse todas las reglas generales que deben cumplir las limitaciones a los derechos fundamentales: no se puede obstruir un derecho más allá de lo razonable; tiene que quedar asegurado que las medidas limitadoras son necesarias para conseguir el fin perseguido; se debe salvaguardar la proporcionalidad; y, por último, respetar el contenido esencial (62).

#### A) *Los límites derivados del artículo 20*

El Convenio de Roma y los acuerdos y tratados internacionales no aumentan los límites a la libertad de comunicación (63), que son más amplios que lo previsto por el artículo 20.4 (64). Este apartado encuentra desarrollo en el ar-

---

(61) MANUEL SANTAELLA: *El nuevo derecho...*, ob. cit., págs. 119-120, en el mismo sentido.

(62) Véase la STC 120/1990, de 27 de junio, FJ. 8.º

(63) Tal y como dispone el artículo 60 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La STC 62/1982, FJ. 3.º, y FRANCESC DE CARRERAS: «La libertad de expresión...», ob. cit., pág. 34, sostienen lo contrario.

(64) SANTIAGO MUÑOZ MACHADO: *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, págs. 151-152, en el mismo sentido.

título 3.a) de la LGP que declara ilícita «la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer».

Este precepto legal es concretado por numerosas disposiciones, entre las que destacaría el Real Decreto regulador de las normas de seguridad de juguetes (65), donde se equiparan reveladoramente las limitaciones a la publicidad con las que puedan imponerse a cualquier otra forma de comunicación.

El conflicto entre publicidad y honor no es frecuente, y no presenta sustanciales diferencias respecto a otros supuestos de la comunicación. En cambio, resulta especialmente llamativo que la ley orgánica de protección civil de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, prevea y proteja la utilización con finalidad económica de estos derechos y nadie deduzca de este hecho una transformación de su naturaleza jurídica.

El apartado d) del artículo 20 de la Constitución exige, también, que la comunicación tenga por objeto información veraz. Lo que se complementa con el artículo 51.2 del mismo cuerpo normativo, que ordena promover la información y educación de los consumidores; y con el artículo 3.b) de la LGP, que declara ilícita la publicidad engañosa.

Sintetizando la jurisprudencia constitucional, puede afirmarse que la veracidad no es propiamente un límite, sino una exigencia intrínseca para obtener la tutela del derecho. La veracidad requerirá pluralismo informativo, diligencia profesional (66), y que no se omita intencionadamente parte del contenido informativo (67). Esta doctrina puede considerarse aplicable al campo publicitario, donde se establecen criterios más rígidos. Así, el artículo 4.1 de la LGP contempla un concepto amplio de publicidad engañosa, y el artículo 5 contiene pautas para detectarla; ambos preceptos son rigurosamente interpretados por la doctrina mercantil. Este criterio más estricto se explica, seguramente, porque el Tribunal Constitucional ha elaborado su jurisprudencia para la información periodística, y, en la mayoría de los casos, conectando ésta a la materia política. Además, la relación sistemática con la protección al consumidor, de una parte, y con la libertad de empresa y la economía de mercado, de otra, permiten mayores restricciones a la libertad de comunicación.

La dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) contribuyen a incrementar la protección de la libertad de comunicar publi-

---

(65) Real Decreto 2330/1985, de 6 de noviembre.

(66) Véase las SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ. 5.º, y 105/1990, de 6 de junio, FJ. 5.º. Posteriormente, las SSTC 240/1992, FJ. 5.º; 171/1990, FJ. 8.º; 172/1990, FJ. 3.º; 143/1991, FJ. 6.º; 40/1992, FJ. 2.º; 15/1993, FJ. 2.º; 123/1993, FJ. 4.º, y 178/1993, FJ. 5.º

(67) STC 40/1992, de 30 de marzo, FFJJ. 1.º y 2.º

cidad, pero, al mismo tiempo, facultan la imposición de nuevos límites. El desarrollo de este precepto constitucional en el artículo 3 de la LGP incurre, a mi juicio, en dos errores. La protección a la mujer no deriva de su condición femenina, sino de la dignidad personal, y ésta sólo sufre si se le coloca en una situación denigrante (68). En este caso la tutela alcanzaría a los hombres y habría violación del principio de igualdad a no ser que se entendiera que la mujer se encuentra adscrita a un grupo especialmente desprotegido frente a la publicidad (69). El segundo error consiste en prohibir la publicidad subliminal en el apartado *d*), en lugar de en el *a*), que es donde se contiene la interdicción de la publicidad que atente contra la dignidad personal, pues éste es el valor afectado por estas técnicas publicitarias (70).

### B) *Las limitaciones introducidas por la conexión con el artículo 38*

Al analizar las restricciones introducidas por el artículo 38 y preceptos conexos al mismo se debe comenzar por lo que no es propiamente un límite: la prohibición de la publicidad que restringe la libre competencia. La constitucionalidad de estas prácticas ha sido afirmada por la STC 88/1986, FJ. 4.º, de 1 de julio (71). Su desarrollo se encuentra en el artículo 3.c) de la LGP, que declara ilícita la publicidad desleal, y en el artículo 6, donde se definen, siguiendo la clásica distinción doctrinal, la publicidad denigrante, la comparativa, y la adhesiva o parasitaria. Con esta última se pretenden proteger los derechos de los consumidores, lo que también se consigue al haberse regulado por primera vez la publicidad comparativa.

Hasta el momento se han examinado limitaciones de carácter general, a partir de ahora se analizarán las que afectan sólo a ámbitos económicos específicos. La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales niega la libertad de empresa y la propia economía de mercado, y supone más que una limitación, una exclusión de la libertad publicitaria.

---

(68) MANUEL PINO ABAD: *La disciplina jurídica de la actividad...*, ob. cit., pág. 53 y nota 120.

(69) La doctrina es unánime en este sentido, como demuestran J. L. CASTRO MARTÍN: «Los supuestos de publicidad ilícita en la nueva LGP», *ICADE*, núm. 19, 1989, pág. 76, y J. M. CUESTA RUTE: «Observaciones sobre...», ob. cit., pág. 58, estima que la mención expresa a la mujer «favorece poco la consideración de igualdad y dignidad de las personas».

(70) J. M. CUESTA RUTE: «Observaciones sobre la Ley General de Publicidad», ob. cit., pág. 65.

(71) El fallo no guarda relación con la libertad de comunicación, pero el supuesto es análogo y, por tanto, la doctrina se debe considerar aplicable a la publicidad.

En el concepto de publicidad que se ha extraído se incluían la comunicaciones que pretenden favorecer actividades profesionales. Lo que supone conectar los artículos 20 y 38 con el 35.1 y 36 (72). Con esta base constitucional los Colegios de Abogados, entre otros, han prohibido de forma absoluta la publicidad a sus integrantes (73). Tal interdicción es probablemente inconstitucional.

Conclusión que resultaría abonada por la jurisprudencia de otros ordenamientos en relación con este tipo de materia. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos marca una pauta aceptable cuando, tras resaltar la existencia de dos bloques de intereses antagónicos, por una parte, el derecho del colegiado a realizar publicidad y el derecho de cada uno a recibir información sobre la asistencia legal con el consiguiente beneficio que deriva para la administración de justicia y, de otra parte, la dignidad de la profesión y las necesidades de la propia administración de justicia; establece, el Tribunal, que las restricciones admisibles a la publicidad deben determinarse mediante una ponderación de tales bloques de intereses (74). Por último, el Tribunal Supremo de Estados Unidos afirma, en una reiterada jurisprudencia, que los intereses individuales y colectivos en la libre circulación de información prevalecen sobre los esgrimidos por los Colegios profesionales. Rechaza, además, que los intereses de éstos respondan en la mayor parte de los casos a las finalidades expuestas (75).

Para finalizar con las restricciones hay que referirse a algún aspecto del artículo 8.º de la LGP, que introduce autorizaciones administrativas previas, que están prohibidas por el artículo 20.2 de la Constitución. No obstante, en el ámbito publicitario podrían considerarse constitucionales las referidas al sector de la salud; siempre que se realice una interpretación sistemática de la Ley General de publicidad, de la libertad de comunicación, de las conexiones que este precepto presenta con las normas económicas, así como del artículo 43.2, que prevé la tutela de la salud mediante medidas preventivas.

---

(72) SANTIAGO MUÑOZ MACHADO: «Advertising in the Spanish Constitution», *ob. cit.*, pág. 297, coincide en considerar irremediabilmente conectados los derechos contemplados en los artículos 35.1, 36 y 38.

(73) Artículo 31, apartado a), del Estatuto General de la Abogacía; y artículos 6.12 y 9 del Código Deontológico de la Abogacía Española.

(74) Caso *Casado Coca*. Véase JUAN ANTONIO CREMADES SANZ-PASTOR: «La publicidad del Abogado», *La Ley*, vol II, 1994, págs. 1.121-1.125, y ANXO TATO PLAZA: «Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa», *La Ley*, vol. III, 1994, págs. 988-1.000.

(75) *Bates et al. v. State Bar of Arizona*, 433 U.S., págs. 350 y sigs. (1977); *In Re RMJ*, 455 U.S., págs. 191 y sigs. (1982), y *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of the Supreme Court of Ohio*, 471 U.S., págs. 626 y sigs. (1985).

Si se acepta esta solución la interpretación podría extenderse a las restricciones que traen su causa de la protección a la vida y a la seguridad de las personas (76), siempre que se aplique adecuadamente el principio de proporcionalidad. El resto de autorizaciones previas previstas serían inconstitucionales (77).

El doble mandato de protección a la salud, artículos 43 y 51 de la Constitución, encuentra desarrollo en ciertas restricciones contempladas por el artículo 8.1 de la LGP. Las limitaciones se complementan en los apartados 4.º (drogas y medicamentos) y 5.º (alcohol y tabaco) del mismo cuerpo legal y en el artículo 27 de la Ley General de Sanidad. Se trata de un sector altamente reglamentado, por lo que siguiendo a la doctrina italiana puede considerarse aceptable que las limitaciones a la actividad empresarial se extiendan a su publicidad (78).

La regulación sobre drogas y medicamentos ofrece aspectos positivos desde la óptica de la libertad. Diferencia entre la autorización previa de la publicidad dirigida a los usuarios, y la simple comunicación para los profesionales (79). Lo que supone aplicar la medida menos restrictiva para el disfrute del derecho. Y se especifican, además, los requisitos que deben cumplir los fármacos para poder ser objeto de publicidad, las condiciones que deben reunir los mensajes y los derechos constitucionales que justifican las limitaciones (80).

La regulación del tabaco y el alcohol está, incluso, mejor resuelta. El apartado 5.º demuestra cómo y en qué forma deben imponerse las restricciones a la publicidad de un producto comercial. Se está en presencia de dos sustancias que perjudican la salud en menor grado que las drogas (81). Por ello no existen prohibiciones absolutas y su régimen de comercialización presenta menores restricciones. Éstas, tal y como señala la doctrina italiana, se extienden a su pu-

---

(76) MANUEL SANTAELLA: *El nuevo derecho...*, ob. cit., pág. 134, sin entrar a considerar la constitucionalidad de la medida, estima que la protección de la salud y la seguridad de las personas justifican la autorización administrativa previa en materias como medicamentos, armas, tabaco y bebidas alcohólicas.

(77) J. M. CUESTA RUTE: «Observaciones sobre...», ob. cit., pág. 62, considera inconstitucionales todas las autorizaciones previas previstas en el artículo 8 LGP, al no realizar un interpretación sistemática como la que se propone en el texto.

(78) Véase *supra*, págs. 82-83 y nota 20.

(79) Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio (BOE, núm. 180, de 29 de julio de 1994).

(80) Artículo 31, apartados 5.º, 6.º y 9.º, de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (BOE, núm. 306, de 22 de diciembre de 1990).

(81) El artículo 1 del Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, sobre limitaciones en la venta y uso del tabaco para protección de la salud de la población, declara el tabaco sustancia nociva para la salud de la persona.

blicidad —donde se prohíbe vender y consumir no se puede realizar publicidad—. La norma detalla el ámbito económico afectado —tabaco y bebida con graduación alcohólica superior a 20 grados— y los fines constitucionales que justifican las limitaciones —protección de la salud y seguridad de las personas (82)—. No se trata de prohibiciones absolutas, sino relativas que afectan a determinados medios de comunicación: televisión —probablemente para proteger a la juventud e infancia—. Se adopta como principio para la reglamentación que desarrolle las limitaciones, que la medida adoptada sea la menos restrictiva de todas las que se puedan imponer, porque aquéllas sólo serán legítimas si tienen en cuenta: los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado, y los ámbitos educativo, sanitario y deportivo.

La concordancia práctica realizada parece afortunada. La protección de la salud y seguridad de las personas no limitan más allá de lo necesario a la garantía institucional del mercado —la competitividad no resulta especialmente afectada—, a la libertad de empresa —es posible perfectamente la comercialización—, y a la de información —no es una prohibición absoluta, sino relativa—. En definitiva hay una proporcionalidad entre la medida restrictiva adoptada y la finalidad perseguida por la misma.

V. RECAPITULACION: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA  
DE INCLUIR A LA PUBLICIDAD EN EL AMBITO DEL ARTICULO 20  
DE LA CONSTITUCION

La fundamentación empleada por la doctrina científica y jurisprudencial de los diferentes ordenamientos jurídicos para negar que la libertad de comunicación tutele a la publicidad es muy variada. No obstante, la clave se encuentra en las teorías que justifican aquélla. La que se adopte tendrá una importante incidencia sobre el contenido y la finalidad de la libertad, que son dos de los elementos sobre los que giran las principales argumentaciones.

La mayor parte de los defensores de esta posición recurren a las teorías que justifican la libertad de comunicación. Su consideración les lleva a afirmar que la publicidad tiene un mínimo valor que aportar al debate público consustancial al proceso democrático, y tampoco juega un rol importante en el libre desarrollo de la personalidad.

---

(82) MANUEL SANTAELLA: *El nuevo derecho...*, ob. cit., pág. 135, a favor de que se invoquen en cada caso los valores y derechos constitucionales que justifican la restricción.

Frente a esta opinión, en este trabajo se ha sostenido que la libertad de comunicación encuentra su justificación última en la dignidad de la persona y bajo esos parámetros la publicidad estaría tutelada. Las teorías de la verdad y de la participación en el proceso democrático dificultan incluir a los mensajes publicitarios en el ámbito de la libertad de expresión, entendida en sentido amplio, pero no lo impiden. No puede olvidarse que todo anuncio contiene información u opinión de interés público por lo que debe otorgarse la protección. La antítesis sólo encuentra en este campo un argumento irrefutable en todos aquellos que sostienen que la libertad de comunicación se limita a garantizar los mensajes políticos.

Como derivación directa del fundamento anterior, hay toda una serie de argumentaciones que giran en torno a una restricción del contenido tutelado por la libertad de comunicación. Ésta sólo protegería la expresión de materias de naturaleza política, filosófica, cultural, artística, científica y otras de índole análogo.

La réplica no niega que la exposición e intercambio de ideas políticas, filosóficas y literarias sea el fundamento principal de la libertad de comunicación, pero afirma concluyentemente que la protección no se limita a estos ámbitos. La libertad de comunicación tutela cualquier tipo de mensaje, con independencia de su contenido.

El otro gran argumento, que deriva de las teorías que justifican la libertad de expresión, afirma que la finalidad de lucro que conllevan los mensajes publicitarios es incompatible con la protección dispensada por el artículo 20 del texto constitucional.

Frente a esta afirmación se destaca, acertadamente, que ningún precepto constitucional impone expresa o implícitamente una restricción semejante; que la Constitución prevé y garantiza la utilización instrumental con finalidad económica del derecho a la propia imagen y a la intimidad; que la finalidad de lucro es un elemento inherente a la concepción de un sistema de prensa libre, y que quien publica un libro no persigue un objetivo distinto.

En mi opinión los argumentos más decisivos para poder sostener que la publicidad se encuentra tutelada por la libertad de comunicación son los empleados para replicar a los que sostienen la antítesis, más los que a continuación se exponen.

Una comunicación no pierde su naturaleza por los fines con los que se instrumentalice, por la materia a que se refiera, ni por las conexiones constitucionales que presente.

La publicidad contiene buena parte de los valores que sustentan la libertad de expresión, entendida en sentido amplio.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirma la tesis aquí defendi-



da de forma concluyente. La importancia de este posicionamiento adquiere todo su relieve si se tiene presente que el Convenio Europeo forma parte de nuestro derecho interno y que la jurisprudencia de su Tribunal constituye un valor hermenéutico preferente.

El interés de los consumidores en la libre circulación de información comercial puede ser tan intenso o mayor que el que tengan en el más urgente y actual debate político (83). Además, existen dos opciones para proteger a los consumidores: mantenerles abierto los canales de comunicación o suprimir ciertas informaciones; la libertad de expresión, entendida en sentido amplio, resuelve esta disyuntiva por nosotros, el conocimiento es preferible a la ignorancia (84).

La decisión de extender la tutela de la libertad de comunicación a la publicidad demuestra ser menos dramática de lo que se pueda pensar. La libertad de emitir publicidad no es absoluta y pueden mantenerse buena parte de las restricciones existentes actualmente con lo que la protección de numerosos derechos y bienes constitucionales queda garantizada.

---

(83) 425 U.S., pág. 763.

(84) 425 U.S., pág. 770, y *Gary E. Peel v. Attorney Registration and Disciplinary Commission of Illinois*, 496 U.S., pág. 103.

