

Antoni Rubí i Puig
antoni.rubi-puig@upf.edu
Àrea de dret civil
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra
Ramon Trias Fargas, 25-27
08005 Barcelona
Tel. 93 542 2615

PUBLICIDAD COMERCIAL Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La protección constitucional de la información en el mercado

TESIS DOCTORAL

Antoni Rubí i Puig
Doctorado en Derecho Patrimonial (Bienio 2001-2003)
Universitat Pompeu Fabra

DIRECTOR
Prof. Dr. Pablo Salvador Coderch

2007

Índice

ABREVIATURAS UTILIZADAS	9
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO PRIMERO	
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD Y OTRAS COMUNICACIONES COMERCIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	
19	
I. Consideraciones terminológicas.....	21
1. Publicidad, discurso comercial y comunicación comercial	21
2. Libertad de expresión y libertad de información.....	25
II. Alcance del artículo 2 de la Ley General de Publicidad	29
III. Marco legal e institucional del discurso comercial en el ordenamiento español.....	35
1. Armazón legislativo del discurso comercial: Ley General de Publicidad y otras normas de rango legal.....	35
2. Control público del discurso comercial.....	42
2.1. Derecho penal de la publicidad	42
2.2. Actividad regulatoria	44
2.3. Régimen de autorización administrativa	53
2.4. Control administrativo de la publicidad infractora de normas especiales.....	53
2.5. Control administrativo del engaño	56
3. Control privado del discurso comercial.....	56
3.1. Autorregulación del discurso comercial.....	57
3.2. Control de la publicidad ilícita	70
3.3. Control de la publicidad desleal.....	71
3.4. Control del engaño	74
3.5. Control del discurso comercial desagradable o de mal gusto.....	79

CAPÍTULO SEGUNDO

COMMERCIAL SPEECH EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....85

1. Frontispicio: <i>Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.</i> (425 U.S. 748 (1976)) y antecedentes.....	87
2. Riesgo de engaño: <i>Ohralik v. Ohio State Bar</i> (436 U.S. 447 (1978)).....	92
3. Existencia de un interés sustancial para regular el discurso comercial.....	94
3.1. Adopción de un test en cuatro partes: <i>Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission</i> (447 U.S. 557 (1980)).....	94
3.2. Lo más incluye lo menos: <i>Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.</i> (478 U.S. 328 (1986)).....	99
4. La publicidad de otros «vicios»: <i>44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island</i> (517 U.S. 484 (1996)) y <i>Lorillard Tobacco Co et al. v. Reilly, Attorney General of Massachusetts</i> (533 U.S. 525 (2001)).....	101
5. Discursos comerciales que hacen algo más que simplemente proponer una transacción comercial: <i>Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.</i> (463 U.S. 60 (1983)) ...	105
6. Obligación de realizar publicidad: <i>United States and Department of Agriculture. v. United Foods, Inc.</i> (533 U.S. 405 (2001)).....	106

CAPÍTULO TERCERO

COMUNICACIONES COMERCIALES Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EUROPA111

I. Protección de la publicidad y de otros discursos comerciales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos115

1. Introducción.....	115
2. Publicidad y libertad de expresión en las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos: sobre los límites del artículo 10.2 CEDH y el principio de proporcionalidad.....	119
3. Publicidad de abogados: el asunto <i>Casado Coca</i> y los problemas asociados a la doctrina del «margen de apreciación».....	123
3.1. STEDH de 24.2.1994, asunto <i>Casado Coca c. España</i>	123
3.2. Deferencia hacia las autoridades nacionales: la doctrina del «margen de apreciación».....	127
3.3. Libertad de expresión, comunicaciones comerciales y márgenes de apreciación.....	131
4. El problema de los discursos mixtos.....	137
4.1. Discursos públicos con efecto publicitario residual.....	138

4.2. Comunicaciones comerciales que contribuyen de forma residual al discurso público.....	141
4.3. Discursos públicos con incidencia en el mercado	146
4.4. Discursos públicos en formato publicitario	151
II. Publicidad y libertad de expresión en la jurisprudencia del TJCE	157
1. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE.....	157
2. Desarrollos jurisprudenciales sobre publicidad y libertad de expresión	160
2.1. Influencia de los pronunciamientos del TEDH	160
2.2. Comunicaciones comerciales como manifestación de la libertad de expresión.....	160
2.3. Conflicto entre libertad de expresión y comunicaciones comerciales..	166
III. Publicidad y libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania	169
1. Introducción	169
2. Enfoque tradicional: protección del discurso comercial mediante la libertad de empresa.....	170
2.1. La jurisprudencia del BVerfG sobre libertad de empresa y limitaciones a la publicidad de profesionales.....	170
2.2. Supuestos en los que la libertad de expresión resulta también aplicable	173
3. Llamada constitucional a otros derechos: las libertades de prensa y de expresión artística.....	177
3.1. Libertad de prensa	178
3.2. Libertad de expresión artística.....	178
4. Publicidad, competencia desleal y libertad de expresión. El asunto <i>Benetton</i> y su progenie.....	179
4.1. El caso <i>Benetton</i>	179
4.2. En la senda de <i>Benetton</i>	190

CAPÍTULO CUARTO

FUNDAMENTOS DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS COMUNICACIONES COMERCIALES	193
--	------------

I. Comunicaciones comerciales y funciones de la libertad de expresión	197
1. Introducción: las funciones de la libertad de expresión.....	197
2. Comunicaciones comerciales y autonomía individual	202
3. Comunicaciones comerciales y democracia.....	208

4. Comunicaciones comerciales e información.....	212
4.1. Holmes y la metáfora del mercado de las ideas	212
4.2. El estatus informativo de las comunicaciones comerciales	216
5. Comunicaciones comerciales y eficiencia económica.....	238
6. Conclusiones: libertad de expresión multifuncional y optimización de su protección	241
6.1. Comprensión jurídica de las funciones de la libertad de expresión y análisis consecuencial.....	241
6.2. Libertad de expresión multifuncional.....	245
II. Diferencias entre discurso público y discurso comercial	249
1. Introducción	249
2. Distinciones intuitivas, normativas y el problema de su evaluación.....	251
2.1. Introducción: el sentido común y su dimensión normativa.....	251
2.2. Contribución en mayor o menor grado a las funciones de la libertad de expresión.....	253
2.3. Un enfoque analítico: bienes públicos y bienes privados	257
3. El discurso comercial y su relación con el mercado y la contratación	265
3.1. <i>Property v. Speech</i>	265
3.2. <i>Excursus</i> : la cuestión de la legitimidad democrática en la regulación de las comunicaciones comerciales	270
3.3. La publicidad y la promoción de la contratación.....	273
3.4. Otro problema en el derecho español: la relación entre libertad de expresión y libertad de empresa.....	285
4. Conclusiones	287
CAPÍTULO QUINTO	
CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNICACIONES COMERCIALES	289
I. Métodos de delimitación del contenido esencial	293
1. <i>Commercial Speech</i> : tumulto doctrinal y límites institucionales.....	293
1.1. Orígenes históricos de la ponderación y críticas	293
1.2. Respuestas: libertad de expresión como absoluto y categorización.....	295
1.3. Críticas a la categorización y límites institucionales.....	297
2. Definición por categorías y teorías materiales y estructurales del contenido esencial de la libertad de expresión	302
2.1. Teorías absolutas y relativas del contenido esencial de los derechos fundamentales.....	302

2.2. Teorías materiales de los derechos fundamentales.....	304
2.3. Teorías estructurales del contenido esencial.....	307
3. Definición mediante la ponderación de bienes e intereses jurídicos: el principio de proporcionalidad.....	310
3.1. Teorías relativas del contenido esencial	310
3.2. Ductilidad vs. subjetivismo	312
3.3. Inconmesurabilidad y devaluación del valor de derecho fundamental	315
3.4. Instrumento multifuncional y analítico-consecuecial.....	316
3.5. Libertad de expresión y ponderación como análisis coste-beneficio: la fórmula de Posner	317
II. Categorías de expresión y problemas de delimitación en discursos mixtos.....	325
1. Definición por categorías: costes de aplicación y costes de error	325
2. Criterios utilizados en la distinción entre discurso comercial y discurso público y costes de aplicación.....	330
3. Estrategias integrales de comunicación, libertad de expresión y costes sociales	341
3.1. Introducción: erosión de la opinión pública mediante regulación de comunicaciones comerciales	341
3.2. Libertad de expresión y declaraciones de responsabilidad social corporativa.....	343
3.3. Libertad de expresión y revistas corporativas.....	348
3.4. Libertad de expresión y emplazamiento de producto.....	353
III. Comunicaciones comerciales y principio de proporcionalidad.....	361
1. Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho constitucional español	361
1.1. Introducción	361
1.2. Evolución	361
1.3. Utilización de la ponderación en el ámbito de la libertad de expresión.....	364
2. Discurso comercial y elementos del juicio de proporcionalidad	367
2.1. Finalidad legítima de la limitación.....	367
2.2. Idoneidad de la limitación.....	371
2.3. Necesidad de la limitación	383
2.4. Proporcionalidad en sentido estricto	386
CONCLUSIONES.....	405
TABLA DE SENTENCIAS CITADAS EN EL TRABAJO	407
BIBLIOGRAFÍA	423

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAP	Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol)
Abs.	<i>Absatz</i> (párrafo)
AC	<i>Actualidad Civil</i>
ADC	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
ADI	<i>Actas de Derecho Industrial</i>
AfP	<i>Archiv für Presserecht</i>
AN	Audiencia Nacional
AöR	<i>Archiv für öffentliches Recht</i>
AP	Audiencia Provincial
Ar.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
ARP	Repertorio de Jurisprudencia Penal Aranzadi
Art.	Artículo
AUC	Asociación de Usuarios y Consumidores
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo alemán)
BIM	<i>Boletín de información mercantil</i>
BNotO	<i>Bundesnotarordnung</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado
BON	Boletín Oficial de Navarra
BOPA	Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía
BRAO	<i>Bundesrechtsanwaltsordnung</i>
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i> (Tribunal Constitucional alemán)
BVerfGE	<i>Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht</i> (Recopilación Oficial de la Jurisdicción del Tribunal Federal Constitucional alemán)
c.	Contra
CAC	Consell de l'Audiovisual Català
<i>Cal. L. Rev.</i>	<i>California Law Review</i>
<i>Case W. Res. L. Rev.</i>	<i>Case Western Reserve Law Review</i>
CC	Código civil 1889
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
CDC	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
Cdo.	Considerando
CE	Constitución española 1978
CEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 4.11.1950)
Cfr.	<i>Confróntese con</i>
<i>Colum. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>
DOGC	Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya
DSt	<i>Der Staat</i>
DVBl.	<i>Deutsches Verwaltungsblatt</i>
Exp.	Expediente
EWiR	<i>Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht. Kurzkommentare</i>
f.	<i>Folgende</i> (siguiente)
FCC	<i>Federal Communications Commission</i>
FD	Fundamento de Derecho
FDA	Food and Drug Administration

ff.	<i>Folgende</i> (siguientes)
FTC	Federal Trade Commission
GG	<i>Grundgesetz</i> (Constitución alemana)
GJ	<i>Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia</i>
GRUR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i>
GRUR Int	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil</i>
GWB	<i>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</i> (Ley alemana de Defensa de la Competencia)
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Hastings Comm. & Ent. L.J.</i>	<i>Hastings Communication and Entertainment Law Journal.</i>
IIC	<i>International Review of Industrial Property and Copyright Law</i>
<i>Iowa L. Rev.</i>	<i>Iowa Law Review</i>
<i>J.L. & Econ.</i>	<i>Journal of Law and Economics</i>
JPI	Juzgado de Primera Instancia
JUR	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
<i>JuS</i>	<i>Juristische Schulung</i>
<i>JZ</i>	<i>Juristen Zeitung</i>
LCD	Ley de Competencia Desleal
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
Lfg.	<i>Lieferung</i> (entrega)
LGP	Ley General de Publicidad
MarkenG	<i>Markengesetz</i> (Ley alemana de marcas)
MBO-Ä	<i>Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte</i>
<i>Md. L. Rev.</i>	<i>Maryland Law Review</i>
<i>MJ</i>	<i>Maastricht Journal of European and Comparative Law</i>
MP	Magistrado ponente
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>Nw. U. L. Rev.</i>	<i>Northwestern University Law Review</i>
OLG	<i>Oberlandesgericht</i> (Tribunal Superior Territorial)
<i>op. cit.</i>	Obra citada con anterioridad en el trabajo
p.	Página
pp.	Páginas
PLV	Publicidad en local de venta
RDCE	<i>Revista de Derecho Comunitario Europeo</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
REDC	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
RGD	<i>Revista General de Derecho</i>
Rn.	<i>Randnummer</i> (marginal)
RJAP	Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad
RStV	<i>Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland-Rundfunkstaatsvertrag</i> (Tratado de Estado sobre radiodifusión en la Alemania unificada de 31.8.1991)
s.	Siguiente; <i>Seite</i> (página)
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
ss.	Siguientes; <i>Seiten</i> (páginas)
<i>Stan. L. Rev.</i>	<i>Stanford Law Review</i>
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STPICE	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
<i>Sup. Ct. Rev.</i>	<i>Supreme Court Review</i>
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>Tex. L. Rev.</i>	<i>Texas Law Review</i>
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPI	Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
<i>U.C. Davis L. Rev.</i>	<i>University of California at Davis Law Review</i>
<i>U. Chi. L. Rev.</i>	<i>University of Chicago Law Review</i>
<i>UCLA L. Rev.</i>	<i>University of California at Los Angeles Law Review</i>
UE	Unión Europea
UrhG	<i>Urhebergesetz</i> (Ley alemana de propiedad intelectual)
U.S.S.C.	<i>United States Supreme Court</i> (Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América)
UWG	<i>Gesetz gegen den Unlauterer Wettbewerb</i> (Ley alemana de competencia desleal)
<i>Va. L. Rev.</i>	<i>Virginia Law Review</i>
<i>Val. U. L. Rev.</i>	<i>Valparaiso University Law Review</i>
<i>Vand. L. Rev.</i>	<i>Vanderbilt Law Review</i>
WRP	<i>Wettbewerb in Recht und Praxis</i>
ZahnheilkundeG	<i>Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde</i> (Ley alemana reguladora del ejercicio de la odontología)
ZUM	<i>Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht</i>

Introducción

Casi todos los empresarios acompañan a sus actividades económicas con manifestaciones verbales o escritas, ya sea para publicitarlas, explicarlas o defenderlas ante las opiniones contrarias de otros agentes sociales¹.

La libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución lleva aparejada en alguna medida la facultad de realizar manifestaciones acerca del objeto social o la actividad económica desarrollada por un empresario, pues no existe libertad de empresa sin posibilidad de exteriorizar la actividad mercantil que conforma su núcleo duro: la libertad de mercado conlleva el derecho del empresario a invertir recursos para informar al consumidor con la finalidad de que este último discierna e identifique el abanico de ofertas que se le presentan. En efecto, de ahí también pende el fundamento constitucional del derecho de marcas, nombres comerciales, nombres de dominio, rótulos de establecimiento y cualesquiera otras formas de identificación en el tráfico. No obstante, y ésta es la tesis principal de este trabajo, manifestaciones de orden comercial quedan además subsumidas en el tenor literal del art. 20.1 a) y d) CE, es decir, son adscribibles *prima facie* al ámbito de protección de la libertad de expresión e información. Sólo una interpretación restrictiva de la letra del art. 20 CE, que extendiera únicamente la protección constitucional a un *numerus clausus* de mensajes o que negara su potencial aplicación a cualesquiera cometidos expresivos, justificaría lo contrario².

¹ En algunas ocasiones, tales manifestaciones constituyen además la propia actividad económica del empresario. El derecho viene subvencionado de antiguo el desarrollo de este objeto social mediante el estatus constitucional de la libertad de prensa, que se añade al de la libertad de empresa en los medios de comunicación.

² Luis María Díez-PICAZO expone las razones de esta cuestión desde el punto de vista del derecho español: “El problema es si cualquier mensaje, cualquiera que sea su forma o su contenido, constituye legítimo ejercicio de la libertad de expresión e información y, por tanto, está protegido por el art. 20 CE. La duda surge porque el paradigma de la libertad de expresión viene dado por el mensaje verbal (oral o escrito) sobre asuntos políticos; y, por ello, cuando la forma del mensaje no es verbal o cuando su contenido no es político, se abandona el núcleo central de la libertad de expresión e información y, a medida que se va uno alejando de éste, va resultando progresivamente más dudoso si el mensaje está dentro del ámbito tutelado por el art. 20 CE”. Seguidamente, reconoce que el problema se acentúa en el ámbito de la expresión simbólica y en el de la expresión con ánimo de lucro o *commercial speech*, pero sin que ello obste al reconocimiento de su protección constitucional. Véase Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 323-324.

La protección del discurso comercial por dos derechos constitucionales diferentes y, sobre todo, por dos estándares tradicionalmente diferentes³, enturbia la comprensión del alcance de tal salvaguardia. Es habitual en la práctica constitucional reconocer que la libertad de empresa viene limitada por la concepción del interés general definida por el legislador democrático y, en efecto, los tribunales constitucionales suelen mostrar más deferencia a regulaciones del mercado que a ordenaciones de otros ámbitos. En cambio, la libertad de expresión implica la dotación de un control más severo para el enjuiciamiento de sus limitaciones, que sólo estarán constitucionalmente justificadas cuando no conlleven un abuso de otros bienes jurídicos fundamentales⁴. La posibilidad de adscribir la publicidad y otras formas de comunicación comercial a dos derechos diferentes oscurece la definición del estándar de protección: así, hasta la fecha, los tribunales españoles contemplan mayoritariamente a la publicidad comercial como mero instrumento al servicio del desarrollo de una actividad económica y, de ahí, que consideren que pueda ser regulada intensamente de acuerdo con el interés general definido por el Legislador o el gobierno.

Este trabajo ofrece razones analíticas y jurídicas para distinguir entre ambos derechos fundamentales en el examen del alcance de la protección constitucional de la publicidad comercial. Sin entrar a analizar el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa y de su ascendente directo, el derecho de propiedad, y abogar quizás por una comprensión maximalista de ambos⁵, el trabajo examina los

³ La Constitución española de 1978 sitúa a uno y otro derecho en sendas secciones del capítulo segundo: la libertad de expresión en la sección primera dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas y la libertad de empresa en la sección segunda dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos. La distinción topológica, además de su poder simbólico, conlleva de buenas a primeras la imposibilidad de tutelar la libertad de empresa como tal mediante el recurso de amparo (art. 53.2 CE).

En Estados Unidos los tribunales utilizan dos estándares diferentes a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de las limitaciones a estos derechos: las injerencias a la libertad de expresión son fiscalizadas de forma rigurosa (*strict scrutiny*), mientras que las limitaciones al derecho a la propiedad reciben un control judicial más laxo (*rational basis*). Véase, por todos, Kathleen M. SULLIVAN, "Free Speech and Unfree Markets", 42 *UCLA L. Rev.* 949 (1995). Analizo esta cuestión en *infra* pp. 265 y ss.

⁴ Como se verá, en muchas ocasiones pero no en todo caso, dadas las características de las comunicaciones comerciales y, en especial, su relación con la promoción de la contratación y el funcionamiento del mercado, el grado de protección constitucional del que gozarán mediante la libertad de expresión será equivalente al que ofrecería la libertad de empresa. Esta cuestión se desarrolla en *infra* pp. 273 y ss.

⁵ Véanse, por todos, Richard EPSTEIN "Property, Speech and the Politics of Distrust", 59 *U. Chi. L. Rev.* 41 (1992) y, en España, Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Ensayo sobre la libertad de

fundamentos económicos, sociales, culturales y legales de la protección de la publicidad y otras comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión y las consecuencias jurídicas de tal adscripción. De forma sumaria, los resultados de la investigación muestran cómo, en el derecho español, el discurso comercial está incluido en el ámbito de protección de la libertad de expresión y cómo el principio de proporcionalidad servirá para determinar cuando una determinada expresión de carácter mercantil debe prevalecer ante otros bienes jurídicos o intereses generales.

Los tribunales españoles se han pronunciado sólo de forma tangencial sobre la protección de la publicidad y otras formas de comunicación comercial por la libertad de expresión. Sin embargo, en el último cuarto del siglo XX, tribunales de otros ordenamientos —señaladamente, el Tribunal Supremo Federal de los EE.UU.—, así como órganos supranacionales, tales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, han tenido que examinar esta cuestión y han resuelto que la publicidad constituye uno de los discursos que integran el haz constitucional de la libertad de expresión. Mas sus respectivas jurisprudencias, a pesar de las muchas influencias de unas sobre otras, no se avienen en cuanto a las consecuencias jurídicas que se derivan de tal protección.

Puesto que la jurisprudencia española carece tanto de un tratamiento sistemático de la protección constitucional de la publicidad como de regularidades empíricas que permitan el establecimiento de pautas de resolución, los desarrollos en otros ordenamientos constituirán un buen punto de partida para el examen de la cuestión. No obstante, factores institucionales y culturales, que han contribuido muy mucho al desarrollo jurisprudencial de la doctrina del *Commercial Speech* elaborada por el Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. y a los pronunciamientos sobre libertad de expresión comercial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, impiden que ni siquiera las líneas principales de estas construcciones puedan transplantarse sin más al derecho español. Así, limitan la importación jurídica significativos frenos como, entre otros, el carácter simbólico que la libertad de expresión tiene en la cultura legal norteamericana y su tratamiento categorial del discurso en el diseño de los grados de protección o, en el ámbito europeo, la naturaleza supranacional del TEDH. A lo sumo, podría resultar razonable considerar las líneas generales sobre la materia en el marco de un ordenamiento nacional más próximo al nuestro. En este sentido, cobra interés la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, teniendo en cuenta la enorme influencia que han ejercido la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y la dogmática

empresa” en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040.

germánica en materia de derecho de la competencia desleal sobre la Constitución española de 1978 y nuestra Ley de Competencia desleal y sus desarrollos doctrinales⁶.

Resultará entonces necesario un análisis en profundidad de los fundamentos de la protección de las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión para determinar, en primer lugar, si existen argumentos suficientes para adscribir la realización de publicidad y otras formas de expresión mercantil al art. 20 CE y, en segundo lugar, para identificar el grado de protección que ofrecería tal salvaguarda. En definitiva, cabe proceder en dos fases para resolver si la publicidad y otros discursos comerciales forman parte del ámbito de aplicación de la norma protectora de la libertad de expresión y para identificar el alcance de esta protección⁷.

En la primera fase, las respuestas al problema recurren de ordinario a las funciones que tradicionalmente se atribuyen a la libertad de expresión y, así, el trabajo muestra cómo el discurso comercial contribuye o puede contribuir al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía individual, a la información, a la verdad, a la democracia y al aumento de los niveles de eficiencia en el mercado. Es decir, el trabajo concluye que las comunicaciones comerciales constituyen expresión o, en su caso, información con valiosas consecuencias desde el punto de vista social o, si se prefiere, con generación de externalidades positivas.

Por otra parte, el trabajo demuestra, mediante el uso de instrumentos teóricos de las ciencias sociales, cómo una comunicación comercial, ya sea la publicidad o cualquier otra manifestación vertida por un empresario al mercado de las ideas, no se diferencia analíticamente del discurso público (manifestaciones de índole política, artística o científica), o, al menos, no en tal grado para negar de forma rotunda su protección constitucional mediante la libertad de expresión. En su caso, las diferencias podrán conllevar la atribución de un grado de protección inferior pero no servirán para fundamentar la formulación de una regla general, que a modo de categoría discreta de discurso, califique a las comunicaciones comerciales como expresión de segunda clase.

El reconocimiento y los límites de esta protección cobran protagonismo en dos ámbitos diferentes: por un lado, los empresarios que vean cercenada su capacidad de discurso

⁶ Véase, por todos, Cándido PAZ-ARES, "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)", *RDM*, núm. 159, 1981, pp. 7-147.

⁷ En la terminología utilizada por Frederick SCHAUER, las dos fases de análisis se dirigen al ámbito de protección de la norma (*coverage*) y a su grado de protección (*protection*). Véase Frederick SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge (Mas.), 1982, pp. 89-92.

comercial por obra de disposiciones legales o administrativas deberán poder accionar contra éstas e impugnar su constitucionalidad mediante los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, deberán poder alegar la libertad de expresión como excepción a las acciones entabladas por particulares y competidores en el ámbito de la publicidad ilícita y desleal. Mas, ¿con qué consecuencias? O, en otros términos: ¿qué grado de protección cabe otorgar a la libertad de expresión en estos supuestos?

En esta segunda fase del análisis, la identificación del grado de protección requiere de un ulterior ejercicio de interpretación jurídica. Puesto que la cuestión de la protección constitucional de las comunicaciones comerciales concierne a un tema periférico en la hermenéutica de la libertad de expresión y no existe una convicción social ni jurídica sobre la misma, resulta necesario recurrir a una teoría interpretativa que permita, en caso de conflictos, determinar el grado de protección que la libertad de expresión puede desplegar en su caso. El trabajo identifica esta herramienta interpretativa en el principio de proporcionalidad defendido en las teorías relativas del contenido esencial de un derecho fundamental. Así, para que una norma que limite o prohíba cierta forma de discurso comercial no vulnere la libertad de expresión deberá perseguir un fin legítimo y ser adecuada para la consecución de tal finalidad, necesaria o menos gravosa que otras medidas alternativas disponibles y, finalmente, proporcionada. El trabajo ensaya este principio en algunos de los problemas que plantea la regulación de las comunicaciones comerciales como, por ejemplo, la publicidad de medicamentos que requieren prescripción médica para su venta, la publicidad sexista o la utilización inconsentida de la imagen de un personaje famoso en un anuncio, y muestra cómo en la interpretación del grado de protección confluyen las más de veces argumentos normativos con otros positivos y cómo, en determinadas ocasiones, el grado de protección será muy intenso y prácticamente idéntico al que recibirían las mismas manifestaciones en un escenario no mercantil mientras que, en otras, el grado equivaldrá al recibido de ordinario por la libertad de empresa.

El trabajo se estructura de la siguiente manera. El primer capítulo analiza el objeto sobre el que se proyecta la investigación: tras unas breves consideraciones terminológicas, sistematizo y describo las disposiciones legales del ordenamiento jurídico español, las regulaciones de diferentes administraciones españolas y los mecanismos jurídicos y extrajurídicos existentes en nuestro país que inciden sobre la actividad de discurso comercial y planteo, en su caso, los problemas que conlleva situar la práctica actual bajo el prisma de la libertad de expresión.

El segundo capítulo analiza críticamente la jurisprudencia pionera en materia de protección de las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión: la doctrina del *Commercial Speech* elaborada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América.

El capítulo tercero presenta y analiza los desarrollos jurisprudenciales en la materia en el ámbito europeo: en primer lugar, se analiza la jurisprudencia del TEDH en torno al art. 10 CEDH; seguidamente, se presentan los pronunciamientos del TJCE en la materia; y, finalmente, se analiza el tratamiento constitucional de la publicidad y otras formas de discurso comercial por parte del *Bundesverfassungsgericht* alemán.

El capítulo cuarto expone los fundamentos analíticos que permiten, en el derecho español, abogar por una protección constitucional de la publicidad mediante la libertad de expresión y concluir que no existen diferencias de corte analítico para justificar un tratamiento diferente entre discurso comercial y discurso público (artístico, científico o político).

Finalmente, en el capítulo quinto, examino los métodos para identificar cuando un discurso comercial debe quedar protegido por la libertad de expresión y, en efecto, mostrar cómo el reconocimiento y los límites de esta salvaguarda pueden operar en el derecho español. Analizo, en primer lugar, cómo determinados límites institucionales han tenido una gran repercusión en el modo en que se ha configurado la comprensión jurídica más famosa sobre la protección constitucional de las comunicaciones comerciales –la doctrina sobre *Commercial Speech* elaborada por el Tribunal Supremo norteamericano–, y cómo han confluído en ella dos técnicas diferentes: la categorización y la ponderación. Seguidamente, examino la utilización de estas técnicas por el Tribunal Constitucional español y los problemas que la categorización o delimitación de categorías de discurso en el ámbito de la libertad de expresión puede conllevar, en particular, costes de error en el enjuiciamiento de las injerencias sobre discursos mixtos o híbridos, ejemplificados en tres grupos de casos (declaraciones de responsabilidad social corporativa, publicación de revistas corporativas y *product placement*). Finalmente, analizo las consecuencias de la utilización de la ponderación o principio de proporcionalidad en la determinación del contenido esencial de la libertad de expresión en escenarios comerciales.

CAPÍTULO PRIMERO

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD Y OTRAS COMUNICACIONES COMERCIALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

I. Consideraciones terminológicas

1. *Publicidad, discurso comercial y comunicación comercial*

Empresarios y otros participantes en el mercado –como, por ejemplo, asociaciones de consumidores y usuarios, fundaciones privadas, y autoridades públicas mediante campañas de publicidad institucional–, realizan diferentes manifestaciones dirigidas a un grupo de destinatarios genérico. Resulta imposible de antemano, ofrecer una definición unitaria que dé razón de toda la variedad de expresiones mercantiles, puesto que la comunicación comercial tiene lugar mediante mecanismos muy heterogéneos y sujetos a cambios constantes.

La publicidad, entendida en su sentido genuino como mensaje para inducir un determinado comportamiento económico, es el ejemplo de manifestación comercial más extendido y paradigmático. Con orígenes que se remontan a los propios del comercio, su evolución ha sido paralela a la del capitalismo y, así, por ejemplo, su práctica se transformó sin punto de retorno después de la revolución industrial, primero, y, a mediados del siglo XX, con la creación y expansión de los medios de comunicación de masas. En los últimos años, gracias sobre todo a la globalización de la economía y el desarrollo de nuevas tecnologías de la información, la publicidad tradicional ha perdido importancia, al menos en términos relativos, para dejar paso a nuevas técnicas o formatos de promoción de bienes y servicios.

En la última década se han generalizado los medios no convencionales de difusión y fomento de bienes y servicios como el marketing directo (mediante, entre otros, un *mailing* personalizado, técnicas de buzoneo, o comunicaciones telefónicas o electrónicas), el patrocinio, las actividades en el punto de venta, los regalos y tarjetas de fidelización, las publicaciones de empresas (revistas corporativas y catálogos) y los métodos *below the line*⁸.

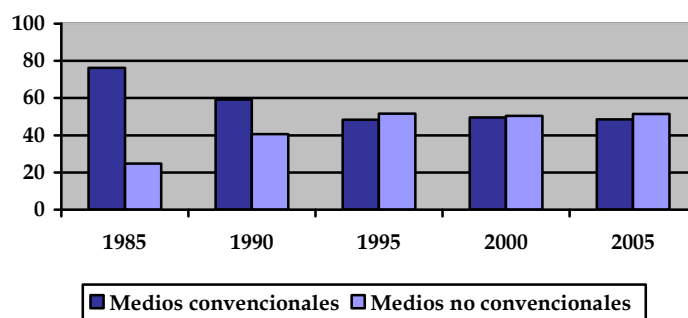
En España durante 2006 se invirtieron 14.590 millones de euros en publicidad⁹. Un 49 % de la inversión correspondía a los llamados medios convencionales de publicidad, dato que manifiesta su saturación parcial y la preferencia de los anunciantes por explorar nuevas fórmulas, alejadas

⁸ La expresión «*below the line*» se utiliza de forma ambigua: en ocasiones, se usa para referirse a cualesquiera métodos publicitarios no convencionales; en otras, se limita a las relaciones públicas y aquellas técnicas promocionales indirectas que abren nuevos canales, especialmente con focus más limitados que la comunicación de masas (entre otras, diseño de tarjetas de visita, blogs de empresas, comunidades de internautas, podcasts, webinars). En los últimos años, la expresión ha perdido importancia en la jerga del sector a favor de la de «comunicación integral». Véase *infra* pp. 341 y ss.

⁹ INFOADEX, *Estudio InfoAdex de la inversión publicitaria en España*, InfoAdex, Madrid, 2007.

de los formatos tradicionales y de las situaciones previstas legalmente. Los siguientes tabla y gráfico muestran por lustros la inversión creciente en los medios no convencionales de publicidad¹⁰:

	1985	1990	1995	2000	2005
Medios convencionales (% inversión)	76,2	59,2	48,4	49,6	48,5
Medios no convencionales (% inversión)	24,8	40,7	51,6	50,4	51,5



Por su parte, la siguiente tabla desglosa por medios las inversiones realizadas en España durante el año 2006 (en millones de euros) y su variación en relación a las realizadas el año anterior¹¹:

Medios	2006	% Inc. 2005-06	2005
Diarios	1.790,5	7,5	1.666,4
Suplementos + dominicales	123,2	3,3	119,3
Revistas	688,1	2,0	674,6
Radio	636,7	4,4	609,9
Cine	40,6	-5,3	42,9
Televisión	3.181,0	7,8	2.950,8
Exterior	529,1	7,1	493,9
Internet	160,3	33,0	120,5
Medios Convencionales	7.149,5	7,0	6.674,8
Mailing personalizado	1.864,9	5,0	1.776,1
Buzoneo/Folletos	757,0	3,8	729,2
Marketing telefónico	967,7	7,8	897,6
Regalos publicitarios	373,8	4,7	357,1
PLV, señalización y rótulos	1.275,3	4,0	1.225,9
Ferias y Exposiciones	174,7	16,2	150,4
Patrocinio, mecenazgo y marketing social	438,9	9,3	401,5
Patrocinio deportivo	560,6	13,7	493,0

¹⁰ INFOADEX, *op. cit.* y Miguel Ángel PÉREZ RUIZ, "Observatorio permanente de la publicidad" en Justo VILLAFANE GALLEGO (Dir.), *El estado de la publicidad y el corporate en España y Latinoamérica. Informe Anual 2003*, Ed. Pirámide, Madrid, 2003, pp. 13-44, p. 19.

¹¹ INFOADEX, *op. cit.*

Publicación de empresas	60,3	1,5	59,4
Anuarios, guías y directorios	604,2	2,6	589,0
Catálogos	209,0	-13,5	241,5
Juegos promocionales	48,6	27,2	38,2
Tarjetas de fidelización	40,0	14,8	34,8
Animación en punto de venta	65,8	-7,3	71,0
Medios no convencionales	7.440,7	5,3	7.064,8
Total de las inversiones	14.590,2	6,2	13.743,6

En el marco de métodos tradicionales de promoción como la publicidad televisiva, se han desarrollado nuevos formatos como la sobreimpresión, la publicidad de pantalla compartida o la publicidad virtual, con sus problemáticas jurídicas específicas en el ámbito del derecho audiovisual europeo.

Las nuevas tecnologías de la información han propiciado el desarrollo de técnicas de promoción como la publicidad interactiva, el marketing viral y el marketing de emboscada, que han generado el debate jurídico sobre su regulación¹². Por ejemplo, sitios de internet dedicados al almacenamiento de videos como Youtube (www.youtube.com) han contribuido a la difusión con éxito y poco coste de campañas de publicidad ingeniosas.

Por otra parte, la publicidad, especialmente aquella realizada a través de medios no convencionales, se relaciona directamente con el *corporate* o gestión de intangibles, como las marcas, la reputación, la responsabilidad social e, incluso, el gobierno corporativos¹³. Tales actividades se conciben como estrategias empresariales para generar nuevo valor a partir de la imagen corporativa o de marca y se articulan sobre todo mediante manifestaciones muy variadas como el patrocinio, la publicación de revistas corporativas, la elaboración de páginas web corporativas, e, incluso, manifestaciones públicas: apoyo político, opiniones sobre un tema social, económico y otros discursos – declaraciones en prensa, por ejemplo, ante las críticas de un grupo de consumidores o de un competidor¹⁴.

¹² José PIÑEIRO SALGUERO y Antoni RUBÍ PUIG, “*Ambush Marketing* en eventos deportivos. Modalidades principales y sus consecuencias jurídicas”, *InDret* 2/2007 (www.indret.com).

¹³ Véase Isabel LÓPEZ TRIANA, “Observatorio Permanente del Corporate” en Justo VILLAFANE GALLEGO (Dir.), *El estado de la publicidad y el corporate en España y Latinoamérica. Informe Anual 2003*, Ed. Pirámide, Madrid, 2003, pp. 81-95. Sobre el atractivo del *corporate governance*, véase Cándido PAZ-ARES, “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, *RDM* 251 (2004), p. 7 y ss. (también en *InDret* 1/2004 (www.indret.com)).

¹⁴ En España, algunas cuestiones relacionadas con medios no convencionales de publicidad han sido objeto de resolución por parte de tribunales o del Jurado de Autocontrol de la Publicidad. Véanse,

Además de las transformaciones antes apuntadas, en la normativa y en la literatura secundaria, el término “publicidad” también pierde frecuencia de uso a favor de otras fórmulas más amplias como “comunicación comercial” o “discurso comercial”¹⁵.

Por ejemplo, la expresión “comunicación comercial” se utiliza en los arts. 19 a 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12.7.2002) y en el art. 38.7 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE núm. 15, de 17.1.1996). También, es utilizada en el art. 2 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (DO L núm. 149, de 11.6.2005).

Con todo, se trata de términos generales y ambiguos. Así, un discurso comercial puede:

- a) Referirse a una comunicación realizada con ánimo de lucro o finalidad económica.
- b) Significar cualquier discurso realizado por un participante en el tráfico económico.
- c) Ampliarse para incluir cualquier opinión sobre una cuestión referida al mercado o a la economía.

por ejemplo, los litigios relativos al rótulo de establecimiento de una farmacia (STS, 3ª, 12.3.1996 (Ar. 2507; MP: Julián García Estartús)), al diseño de un envase de helados (SAP Vitoria-Gasteiz de 26.11.1991); a un catálogo de precios de perfumes (SAP Palma de Mallorca 19.2.1998); al folleto descriptivo de un complejo residencial (STS, 1ª, 8.11.1996 (Ar. 8260; MP: Eduardo Fernández Cid-Termes)); al folleto publicitario de un curso de formación profesional (SJPI núm. 19 de Sevilla de 21.2.2003 (AC 2003\136)); a una revista corporativa (SAP Vizcaya 30.7.1998 (AC 1430) y STS, 1ª, 3.2.2005 (Ar. 1458; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz); a la publicidad directa en la calle (SAP Barcelona 4.11.1995); a un cortometraje dirigido por Miguel Bardem titulado *Soberano, el rey canalla*. (RJAP 26.4.2001); a un catálogo de venta por correo (RJAP 22.4.2004); a la promoción de un cine realizada en envase de palomitas (RJAP 24.5.2004); a la publicidad mediante SMS a teléfono móvil (SAN 17.3.2004 (JUR 2004\166151; MP: Fernando Benito Moreno)); o a la publicidad mediante correo electrónico o *spam* (RRJAP 30.7.2002; 20.7.2002; 10.9.2002; 16.4.2004; 16.4.2004; y 24.5.2004). Mención aparte merece la publicidad en página web, cuya consolidación en el mercado ha supuesto que no sean extrañas las resoluciones que se ocupan de ella.

¹⁵ Véase, en el mismo sentido, Miguel RUIZ MUÑOZ, “Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables”, *Estudios sobre consumo*, núm. 79 (octubre 2006), p.90.

- d) Reducirse a una categoría normativa: por ejemplo, el Tribunal Supremo norteamericano se refiere con la expresión “*Commercial Speech*” a aquellas manifestaciones protegidas por la libertad de expresión de acuerdo con un conjunto de reglas jurídicas específicas.

Ninguna de las definiciones propuestas resulta, por más o por menos, satisfactoria: calificar al discurso comercial por su finalidad económica atrae a su seno expresiones también realizadas con ánimo de lucro, como las de un escritor o las de la prensa; hacerlo en función de la participación en el tráfico de su emisor, extiende el concepto a las valoraciones sobre un producto realizadas por un consumidor y hacerlo en función del contenido económico del mensaje, también a las opiniones vertidas al debate público sobre la economía realizadas por ONGs, activistas y otros ciudadanos; y, finalmente, identificar «discurso comercial» con «discurso comercial protegido» resulta de escasa utilidad al objeto de esta tesis. Además, la práctica publicitaria tiene lugar en sectores de mercado muy distintos y, a su vez, comprende muchas y variadas modalidades, por lo que, como se verá a lo largo del trabajo, es posible asociar diferentes grados de protección constitucional mediante la libertad de expresión. Es decir, la calificación de un discurso como comercial no presupondrá la atribución en todo caso de un mismo estatus constitucional.

En efecto, a lo largo de este trabajo se utilizan indistintamente las fórmulas “discurso comercial” o “comunicación comercial”¹⁶ como toda expresión realizada a iniciativa de una empresa u otro participante en el tráfico mercantil con la finalidad de promover sus servicios, productos o imagen entre los consumidores finales, distribuidores o, incluso, entre los propios empleados, criterio coincidente, más que menos, con el previsto en el artículo 2 de la Ley General de Publicidad (véase *infra* apartado II).

2. Libertad de expresión y libertad de información

La Constitución española reconoce en su artículo 20.1 a) la libertad de expresión como el derecho a:

¹⁶ Con todo, no escondo mi preferencia por la primera de las expresiones, por implicar la comunicación la transmisión de señales entre dos sujetos, emisor y receptor, y denotar, en muchas ocasiones, el entendimiento entre aquéllos, esto es, que las operaciones de comprensión de información en signos y expansión o decodificación de los mismos son reflejas. Como se verá, sin embargo, en muchas ocasiones, la limitación de las actividades publicitarias pivotará sobre la existencia de un receptor hipotético, esto es, sin evaluación de las tareas de decodificación o interpretación del mensaje.

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

Por su parte, el artículo 20.1 d) reconoce la libertad de información al proteger el derecho a:

“comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”.

La Constitución reconoce, así, dos derechos diferentes, aunque muy interrelacionados. Con todo, es frecuente la afirmación de que ambas facetas constituyen un único derecho con variaciones de régimen jurídico en cuanto a su objeto¹⁷.

En líneas generales, el objeto de la libertad de expresión está compuesto por ideas y opiniones mientras que el ámbito de la libertad de información se proyecta sobre hechos¹⁸. Es común que ambos enunciados se presenten de forma entrelazada y que su disección sea en muchas ocasiones difícil o imposible¹⁹. Las principales diferencias de régimen jurídico son las siguientes:

- a) El art. 20.1 d) sujeta la comunicación de información al principio de veracidad. La libertad de expresión carece de este límite, pues no puede predicarse la falsedad o verdad de los enunciados sobre los que se proyecta: esto es, ideas y opiniones no son evaluables en función de su verdad. En el ámbito de las comunicaciones comerciales, tal distinción tiene su reflejo en la regulación de la publicidad engañosa. En ocasiones, determinadas afirmaciones estarán prohibidas por ser falsas y, en otras, las más, serán perseguibles por su capacidad para confundir y distorsionar el mercado.
- b) La libertad de información se reconoce en la Constitución en su doble faceta de derecho a comunicar y derecho a recibir la información, mientras que la libertad de expresión suele predicarse sólo como un derecho del emisor del discurso. Con todo, debe tenerse en cuenta que la expresión de opiniones o de enunciados cuya verdad no puede contrastarse también puede servir para

¹⁷ Por todos, Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 321.

¹⁸ Véase en detalle STC 6/1988, de 21 de enero (FJ 5º).

¹⁹ Luis María Díez-PICAZO, *ibidem*.

comunicar información relevante a sus receptores. En el ámbito de las comunicaciones comerciales, este tipo de información contribuirá en muchos casos al desarrollo de la personalidad de los consumidores y a la formación de sus preferencias en función de su identificación personal.

Desde esta perspectiva, las diferencias de régimen no son sustanciales en el ámbito de las comunicaciones comerciales. Por ello y con el objeto de simplificar la exposición, se utilizarán los términos “libertad de expresión” para referirnos indistintamente a los derechos antes mencionados.

II. Artículo 2 de la Ley General de Publicidad

Todas las manifestaciones mencionadas en el epígrafe anterior están destinadas a maximizar el beneficio empresarial: la publicidad tradicional persigue aumentar las ventas; la responsabilidad social corporativa busca presentar a la empresa más atractiva a trabajadores, consumidores e inversores; la defensa frente a un grupo de consumidores intenta frenar el descenso de ventas producido por un boicot o la manifestación de opiniones contrarias. En definitiva, no existen demasiados obstáculos para incluirlas en la definición de publicidad acuñada en el art. 2 de la Ley General de Publicidad²⁰ (en adelante, LGP):

“[t]oda 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”²¹.

²⁰ Ley 34/1988, de 11 de noviembre (BOE núm. 274 de 15.11.1988).

²¹ Esta definición amplia viene aceptada sin reparos por la mayoría de los autores dedicados al derecho de la publicidad: véanse, por ejemplo, José María DE LA CUESTA RUTE, *Curso de derecho de la publicidad*, EUNSA, Navarra, 2002, p. 33 y ss; y María del Lirio MARTÍN GARCÍA, *La publicidad. Su incidencia en la contratación*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 23 y ss.

Para José MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, Introducción (26), p. 61; el concepto de publicidad acuñado por la LGP es amplio dado su carácter finalista: así, “la definición legal no sólo comprende las acciones publicitarias de corte clásico, esto es, los anuncios o mensajes publicitarios difundidos a través de cualquier medio de comunicación o en general de forma mecanizada y al menos potencialmente de carácter masivo, sino también la colocación de rótulos de establecimiento en la vía pública [...], las promociones de venta dirigidas al público de los consumidores [...], la misma presentación de los productos [...], un catálogo de precios [...], los folletos descriptivos de un determinado producto o servicio [...] o la llamada publicidad directa, esto es, las manifestaciones de todo tipo realizadas directamente al consumidor por las fuerzas de venta o de promoción dentro o fuera de los establecimientos, en este último supuesto tanto a través de medios de comunicación personalizada como de forma directamente personal”.

Sin embargo, Manuel SANTAELLA LÓPEZ, *Derecho de la Publicidad*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 52-59 parte de una noción estricta de publicidad contrapuesta a la de actividad publicitaria prevista en el art. 9 LGP. Según este autor, el criterio delimitador es la finalidad promocional de la contratación sobre bienes y servicios que debe interpretarse estrictamente en el sentido de excluir la publicidad meramente informativa.

Por su parte, Mercedes CURTO POLO interpreta el fin de promover como fin concurrencial en atención al art. 2 LCD, y así la LGP no se aplicará “a los supuestos en que el anunciante, sea persona pública o privada, no pretenda con su difusión publicitaria promover ventas, sino simplemente comunicar

Se trata de un concepto amplio de publicidad o comunicación comercial, aplicable a un conjunto de prácticas empresariales muy heterogéneo, que incluye modalidades más o menos costosas, sofisticadas y de diferentes alcances: desde el anuncio de los datos y dirección de un profesional a una campaña de publicidad televisiva, pasando por la publicación de revistas corporativas y la utilización de *metatags*²².

Sólo quedarían fuera de la definición del art. 2 LGP aquellas declaraciones realizadas en el contexto de determinadas relaciones jurídicas, por ejemplo, manifestaciones

ciertas informaciones u opiniones sin fines concurrenciales". Véase Mercedes CURTO POLO, "Notas sobre la publicidad engañosa y su tratamiento jurisprudencial", *Aranzadi Civil* núm. 17/2000.

Por otro lado, la Comisión de las Comunidades Europeas también asume una noción amplia de discurso comercial en el *Libro verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior*, COM(96) 192, p. 9: "todo tipo de comunicación que tenga como finalidad la promoción de los servicios, los productos o la imagen de una empresa u organización entre los consumidores finales o los distribuidores. El término incluye todo tipo de publicidad, marketing directo, patrocinio, promoción de ventas y relaciones públicas así como la utilización de dichos servicios de comunicación por parte de las industrias de bienes y servicios, los organismos estatales y semiestatales, las asociaciones benéficas y las organizaciones políticas".

En el ámbito del control privado del discurso comercial, también se comparte un concepto amplio de publicidad. Por ejemplo, la determinación del ámbito de aplicación del Código de Conducta Publicitaria de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol) se extiende sobre discursos no publicitarios: "[e]stas normas deontológicas se aplican a toda actividad de comunicación publicitaria tendente a fomentar, de forma directa o indirecta y sean cuales fueran los medios empleados, la contratación de bienes o servicios, o el potenciamiento de marcas o nombres comerciales" (art. 1.1 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, aprobada por la Asamblea General Extraordinaria de 19.12.1996 [última modificación: 3.4.2002]).

No obstante, debe tenerse en cuenta que en el ámbito de los límites temporales de publicidad fijados para las televisiones privadas por la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (BOE núm. 108 de 5.5.1988), el Tribunal Supremo mantiene un concepto estricto de publicidad que prescinde de las actividades de televenta. (SSTS, 3ª, 11.2.2002 (Ar. 9949; MP: Francisco Trujillo Mamely), 28.1.2003 (Ar. 897; MP: Segundo Menéndez Pérez), 21.2.2003 (Ar. 2129; MP: Manuel Campos Sánchez-Bordona) y 30.5.2003 (Ar. 4584; MP: Óscar González González)). Téngase en cuenta, con todo, que el remedio en estos casos consistía en el simple apercibimiento, que en el derecho español carece de carácter sancionador, y simplemente comunica a los afectados las posibles consecuencias jurídicas de sus actos u omisiones.

²² Los *metatags* son palabras clave introducidas en el código fuente de un documento HTML para describir su contenido, usadas por algunos buscadores para clasificar páginas web y ordenarlas en los resúmenes de búsqueda. En ocasiones, anunciantes utilizan palabras ocultas que nada tienen que ver con el contenido de sus sitios web para atraer a internautas. La doctrina se decanta por su inclusión en el régimen jurídico de las comunicaciones comerciales, así como la utilización de *adwords* en el sistema de enlaces patrocinados del buscador Google (AdSense). Véase María del Rosario FERNANDO MAGARZO, "La utilización publicitaria de *metatags* y *adwords*: algunas notas en torno a la jurisprudencia reciente", *Boletín de Autocontrol*, núm. 71, 2004.

realizadas entre las partes –empresarios o profesionales– en el marco de un contrato de trato sucesivo, transmisiones de información en cumplimiento de obligaciones tributarias o manifestaciones que propiamente constituyen la prestación de un servicio profesional²³. También pueden excluirse, aunque con mayor riesgo de error, las condiciones generales de la contratación y las instrucciones y el etiquetaje de los productos²⁴. El derecho dispone de otros mecanismos, eminentemente contractuales pero también la responsabilidad civil por producto defectuoso, para hacer frente a los problemas planteados en estos ámbitos.

La inclusión de un conjunto tan amplio de manifestaciones en la definición de la LGP implica la extensión de un determinado régimen normativo y de un marco institucional a las mismas. Nos estamos refiriendo señaladamente al régimen de la publicidad engañosa y desleal y a su control extrajudicial por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol)²⁵.

Además, el discurso comercial también integrará en ocasiones un vínculo contractual: un consumidor puede confiar que lo prometido o afirmado por el anunciante en su publicidad caracterizará a los productos o servicios que adquiera y que, en caso contrario, lo adquirido quebrantará el principio de conformidad²⁶. La imbricación de la

²³ Por ejemplo, los deberes de información regulados en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE núm. 274, de 15.11.2002). Sin embargo, algunos autores han defendido la posibilidad de otorgarles protección constitucional conforme a la doctrina de la protección del *Commercial Speech* elaborada por el Tribunal Supremo norteamericano; véase Lawrence O. GOSTIN, “Health, Communication, and Behavior: Freedom of Expression”, Georgetown Public Law Research Paper No. 242592, 2000 (disponible en www.ssrn.com).

²⁴ Véase *infra* p. 274. Sobre el carácter publicitario de la garantía comercial prevista en el art. 11 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE núm. 165, de 11.7.2003)), véase Elena LEIÑENA MENDIZÁBAL y Nerea IRÁKULIS ARREGI, “Aspectos publicitarios de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *La Ley* núm. 6609, 13.12.2006.

²⁵ Véase *infra* apartado III.

²⁶ Véase especialmente art. 8.1 LGDCU: “La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad y de acuerdo con el principio de conformidad con el contrato regulado en su legislación específica. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido” (redactado conforme a la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE núm. 165, de 11.7.2003)).

publicidad con el derecho de contratos es el elemento que permite explicar las mayores aportaciones jurisprudenciales y doctrinales a la teoría de la protección constitucional del discurso comercial y, en general, la atribución de un control de constitucionalidad laxo aproximado o equivalente al utilizado para el enjuiciamiento de las injerencias que regulaciones económicas pueden conllevar sobre la libertad de empresa²⁷. Con todo, debe tenerse en cuenta el carácter residual de esta idea, pues en contadas ocasiones un anuncio equivaldrá a una oferta contractual²⁸.

Véanse también los arts. 3.2 del Real Decreto 515/1989 sobre protección del consumidor en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas (BOE núm. 117, de 17.5.1989); 3 de la Ley 21/1995 sobre Viajes Combinados (BOE núm. núm.161, de 7.7.1995); 9.2 de la Ley 42/1998 sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (BOE núm. 300, de 16.12.1998); y 6 del Real Decreto 837/2002, de 2 de agosto, por el que se regula la información relativa al consumo de combustible y a las emisiones de CO₂ de los turismos nuevos que se pongan a la venta o se ofrezcan en arrendamiento financiero en territorio español. (BOE núm. 185 de 3.8.2002). La jurisprudencia del TS es nutrida: véanse STS, 1ª, 16.2.1993 (Ar. 775; MP: José Luis Albácar López): diferencias entre el sistema de pago de préstamo hipotecario establecido en folletos publicitarios y el efectivamente producido; STS, 1ª, 8.11.1996 (Ar. 8260; MP: Eduardo Fernández Cid-Termes): incumplimiento contractual por entregar unas viviendas en condiciones diferentes a las descritas en folleto publicitario; STS, 1ª, 4.12.1998 (Ar. 8788; MP: Alfonso Villagómez Rodil): incumplimiento contractual por contravención de lo anunciado en la publicidad de unos apartamentos; STS, 1ª, 5.4.1999 (Ar. 1872; MP: Luis Martínez-Calcerrada y Gómez): resolución del contrato de compraventa de vivienda por incumplimiento del contenido de la publicidad; STS, 1ª, 26.6.1999 (Ar. 4562; MP: Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa): resolución del contrato de compraventa de vivienda por incumplimiento en la calidad de los materiales figurados en la publicidad; STS, 1ª, 15.6.2000 (Ar. 4418; MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta): infracción de la LGDCU e incumplimiento contractual por ofertar una piscina en un folleto promocional de viviendas; STS, 1ª, 23.5.2003 (Ar. 5215; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz): folleto publicitario de urbanización con referencias a la titularidad por la comunidad de propietarios de una pista de tenis, que es adjudicada finalmente a la promotora. Véanse, en la doctrina, Antonio Manuel MORALES MORENO, "Declaraciones públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)", *ADC* núm. 52, 1999, pp. 265-286; María del Lirio MARTÍN GARCÍA, *op. cit.*; José Mª CABALLERO LOZANO, "Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia", *AC* núm. 13, 25-31 marzo 1996; Eduardo CORRAL GARCÍA, "La protección de los consumidores a través de la eficacia contractual de la publicidad", *AC* núm. 38, 16-22 octubre 2000; y Juan Ignacio FONT GALÁN, "La integración publicitaria del contrato, un instrumento de Derecho Privado contra la publicidad engañosa", *CDC* núm. 4 (1988), pp. 7 y ss.

²⁷ Véase *infra* p. 265 y ss.

²⁸ Sólo la publicidad con información contrastable podrá integrar el contrato si reúne todas los requisitos de una oferta contractual; véanse, para un desarrollo de este argumento, Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª ed., Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, p. 381-392; del mismo autor, "Contratos de consumo y derecho de contratos", *ADC* núm. 59 (2006), pp. 11-28; Francisco VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanc, 19ª ed., Valencia, 2006, p. 837; y, finalmente, Antonio Manuel MORALES MORENO, "Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8 LGDCU)", en *Homenaje a Juan*

Los tribunales españoles no se han ocupado de la extensión de este régimen a todo el espectro de manifestaciones realizadas por empresas, ni se han interesado por la incidencia del mismo en la libertad de expresión de los anunciantes. Podemos hablar sin más de pronunciamientos tangenciales²⁹. Por su parte, la literatura secundaria española carece de un análisis en profundidad del estatus constitucional de la publicidad: es habitual afirmar que la publicidad queda protegida por la libertad de expresión y después rehuir cualquier intento de ofrecer un marco teórico o un criterio mediante el cual los operadores jurídicos puedan predecir de antemano la solución a un conflicto³⁰. Además, subyace de algún modo la idea de que nos encontramos ante un sector ajeno a la intromisión del poder judicial y del Tribunal Constitucional³¹: si bien la intuición es razonable, pues en derecho regulatorio de muchos sectores de

Berchmans Vallet de Goytisolo, VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 683 y s. (reimpreso en Antonio MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 223-256, por donde se cita), quien afirma que “[n]aturalmente, la publicidad a la que nos referimos no es de «simple reclamo» sino de «genuino valor informativo»: susceptible, por tanto, de incorporarse al contrato y generar vinculación” (p. 225).

Véase, para un análisis de esta cuestión, *infra* p. 274

²⁹ Véase José Luis GARCÍA GUERRERO, “La publicidad comercial en la convención europea para la protección de los derechos humanos”, *RGD* núm. 648, Septiembre de 1998, p. 10701.

³⁰ En su favor o en su descargo puede decirse que la doctrina aporta buenos resultados al análisis de la práctica diaria del derecho de la publicidad, tarea que les lleva a dejar de lado el examen de sus fundamentos. Véase, por ejemplo, José María DE LA CUESTA RUTE, *op. cit.*, pp. 43-51, quien afirma la inclusión de la publicidad en el ámbito de protección del art. 20 CE, pero se limita a realizar una descripción general del contenido y límites de la libertad de información de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Las mejores excepciones las constituyen los trabajos de Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Ensayo sobre la libertad de empresa” en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040, en especial, pp. 5989-5994; Anxo TATO PLAZA, “Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa”, *La Ley* 1994-3, 988; Luis María DIEZ-PICAZO, “Publicidad televisiva y derechos fundamentales”, *REDC*, Año 17, Núm. 50. Mayo-Agosto 1997, p. 61-76; Miguel RUIZ MUÑOZ, “Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables”, *Estudios sobre consumo*, núm. 79 (octubre 2006); y Antonio DESCALZO GONZÁLEZ, *Principio de veracidad y política pública en el mercado de la publicidad comercial*, Dykinson, Madrid, 2003. Véase asimismo Jesús-Nicolás MARTÍ, “La publicidad y el derecho-deber de información”, *Estudios sobre Consumo* 36 (1996), pp. 69-86.

³¹ Recientemente, el Prof. Jesús Alfaro se quejaba del mismo problema en el sector del derecho regulatorio bancario. Véase, Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Valoración de una tesis sobre el régimen de las Cajas de Ahorro. Recensión a Anabelén Casares Marcos, *Cajas de Ahorro: Naturaleza jurídica e intervención pública*, Tirant lo Blanc, Valencia 2003”, *InDret* 1/2004 (www.indret.com), p. 10.

actividad, los tribunales suelen mostrarse deferentes con las regulaciones dictadas por el gobierno o una de sus agencias –en especial, si cuentan con una norma clara de delegación, si el proceso de elaboración de la regulación ha sido máximamente abierto al público y si la regulación presenta una cierta vigencia histórica–, no puede pretenderse que los ordenamientos sectoriales sean ajenos al control constitucional.

Con todo, el estatus constitucional de la publicidad se proyecta sobre dos tipos de relaciones jurídicas. En primer lugar, afecta a la relación de sujeción de las empresas, por una parte, a la legislación y, por otra, a la regulación administrativa en la materia que se complementa con la facultad de algunos órganos administrativos de ejercer la potestad sancionadora, actos revisables en la jurisdicción ordinaria (*Public Law Enforcement*). En segundo lugar, el otro escenario sobre el que se proyecta la dimensión constitucional de la publicidad es el de las relaciones privadas, donde consumidores y competidores llevan a cabo una aplicación de iniciativa privada tanto de normas jurídicas como de normas deontológicas adoptadas por agentes económicos, mediante acciones de cesación junto con otros remedios de menor entidad (indemnización de daños y perjuicios; enriquecimiento injusto, etc.). Este control iniciado por particulares no suele perder su carácter privado, pues las decisiones raramente pasan del estadio de resolución por parte de organismos de autorregulación al de revisión por parte de la jurisdicción ordinaria³².

No ha de extrañar, pues, que en los próximos años, emprendedores legales y otros operadores jurídicos especializados recurran a argumentos fundamentados en el art. 20 CE en pleitos en los que se cuestione lo dicho por un empresario o en procesos encaminados a la expulsión del ordenamiento de una norma restrictiva de las comunicaciones comerciales y espoleen, así, la comprensión jurídica de la libertad de expresión en estos ámbitos.

³² Sin embargo, muchos litigios, en especial aquéllos sobre la aplicación del derecho represor de la competencia desleal, tienen lugar en el ámbito judicial.

III. Marco legal e institucional del discurso comercial en el ordenamiento español

Los apartados de este epígrafe esbozan un estado general de la cuestión sobre el control de las comunicaciones comerciales en el ordenamiento jurídico español y presentan, en su caso, los pronunciamientos jurisdiccionales relativos a la injerencia en su estatus constitucional.

1. Armazón legislativo del discurso comercial: Ley General de Publicidad y otras normas de rango legal

a) Concurso de normas entre LGP y LCD

La Ley General de Publicidad³³, a pesar del *nomen*, no constituye el marco legal básico regulador del discurso de las empresas: una cantidad ingente de normas de diferente rango legal y de diferente origen formal configuran, en expresión de GÓMEZ SEGADE, un escenario de “polución normativa”³⁴, no ajeno a contradicciones y a redundancias, destinado a la regulación de las comunicaciones comerciales.

Dentro de este grupo normativo, destaca la Ley de Competencia Desleal³⁵, en cuyas disposiciones el legislador no incluyó ninguna derogación del régimen contenido en la LGP, entrada en vigor un año antes³⁶. Esta legislación “por aluvión”³⁷ ha generado problemas de interpretación sobre la relación entre ambos textos³⁸.

³³ Ley 34/1988, de 11 de noviembre (BOE núm. 274 de 15.11.1988).

³⁴ Véase Francisco VICENT CHULIÁ, “Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal”, *RGD*, núms. 589/590 (1993), p. 9975.

³⁵ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE núm. 10 de 11.1.1991).

³⁶ Debe recordarse que mientras que la LGP procedía del Ministerio de Economía, la LCD tenía su origen en el Ministerio de Justicia, cuyos responsables no habrían querido enmendar un texto tan reciente preparado por sus colegas en el primero de los ministerios. Véase Francisco VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, p. 9976.

³⁷ Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988, p. 29.

³⁸ La interpretación mayoritaria, respaldada por el Tribunal Supremo y por la mejor doctrina, sostiene que existe un concurso de normas entre ambos textos legales. Véanse el FD 1º de la STS, Sala 1ª, de 4.7.2005, Asunto “PC Fútbol” (Ar. 5093; MP: Antonio Gullón Ballesteros) y José MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, Introducción (28)-(35), p. 62

b) Regulación general de la LGP sobre publicidad contraria al ordenamiento

El objetivo principal de este bloque de legalidad es determinar qué tipos de discursos realizados en el mercado son contrarios al ordenamiento. A tal efecto, el art. 3 LGP califica de ilícita la publicidad:

- a) Que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado 4 ³⁹. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de

y ss. Sin embargo, otros han sostenido que la LCD ha derogado los artículos de la LGP dedicados a la tipificación de la publicidad ilícita y a la acción de publicidad ilícita; véanse Francisco VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, pp. 9978-9980, y José Miguel EMBID IRUJO, "La competencia desleal en el derecho español", *CDC* núm. 24 (1997), p. 147. Finalmente, otros han señalado el carácter especial de la LGP para aplicar preferentemente este texto frente a la LCD: entre otros, Juan José OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *La Ley 13/1991 de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1992, p. 107; Carlos LEMA DEVESA, "La mención de la marca ajena en la publicidad", *La Ley* 1993-4, p. 917 y ss., p. 921; y Carme MADRENAS I BOADAS, "La Ley núm. 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal", *10 BIM* 1991, p. 3.

Debe tenerse en cuenta que, en relación con la publicidad comparativa, el legislador español incorporó la Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997, en la LGP y no en la LCD (art. 9 de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE núm. 259, de 28.10.2002)). Por tanto, puede interpretarse que, atendiendo al principio de especialidad, la LGP sí desplaza a la LCD en este ámbito.

Téngase en cuenta que la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, trata de forma unitaria las comunicaciones comerciales y otras prácticas mercantiles de tal modo que, en opinión de José Massaguer, "[...] anuncia, por tanto, el fin de la nunca justificada y en todo caso claramente perniciosa duplicidad que en nuestro ordenamiento jurídico ha supuesto la doble regulación de la represión de la competencia desleal por medio de la Ley de Competencia Desleal y de la Ley General de Publicidad" (José MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 19).

³⁹ Esto es, derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y protección de la juventud y de la infancia.

nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género⁴⁰.

- b) Engañosa⁴¹.
- c) Desleal⁴².
- d) Subliminal⁴³.
- e) Que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios⁴⁴.

Dejando de lado la remisión a la normativa específica para la publicidad de determinados productos (art. 3 e) LGP), la ley prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20º en televisión y en aquellos lugares donde esté prohibida su venta o consumo:

Art. 8.5 LGP⁴⁵

⁴⁰ Apartado modificado por la DA sexta de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29.12.2004). Véase también la redundancia del artículo 10 de este último texto legal: “De acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se considerará ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio”. Por otra parte, el art. 41 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23.3.2007) establece que: “La publicidad que comporte una conducta discriminatoria de acuerdo con esta Ley se considerará publicidad ilícita, de conformidad con lo previsto en la legislación general de publicidad y de publicidad y comunicación institucional”. Véase, para un desarrollo de esta cuestión, *infra* pp. 79 y ss.

⁴¹ Véase *infra* pp. 56 y ss., y 74 y ss.

⁴² Véase *infra* pp. 71 y ss.

⁴³ De acuerdo con el art. 7 LGP es subliminal aquella publicidad “que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”.

⁴⁴ Véase *infra* pp. 44 y ss., y 70 y ss.

⁴⁵ Téngase en cuenta que con anterioridad a la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco (BOE núm. 309 de 27.12.2005), este artículo también se extendía a la publicidad de tabacos. El apartado b) de la Disposición Derogatoria única de la Ley 28/2005 derogó

Se prohíbe la publicidad de bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados centesimales, por medio de televisión.

Queda prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas en aquellos lugares donde esté prohibida su venta o consumo⁴⁶.

La forma, contenido y condiciones de la publicidad de bebidas alcohólicas serán limitadas reglamentariamente en orden a la protección de la salud y seguridad de las personas teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos.

Con los mismos fines que el párrafo anterior el Gobierno podrá, reglamentariamente, extender la prohibición prevista en el presente número a bebidas con graduación alcohólica inferior a 20 grados centesimales.

este artículo, en lo referente a la publicidad del tabaco. Con arreglo al artículo 9.1 de esta última ley, están proscritas casi cualesquiera comunicaciones comerciales sobre el tabaco: *“Queda prohibido el patrocinio de los productos del tabaco, así como toda clase de publicidad, y promoción de los citados productos en todos los medios y soportes, incluidas las máquinas expendedoras y los servicios de la sociedad de la información, con las siguientes excepciones: a) Las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales que intervienen en el comercio del tabaco. b) Las presentaciones de productos del tabaco a profesionales del sector en el marco de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, así como la promoción de dichos productos en las expendedorías de tabaco y timbre del Estado, siempre que no tenga como destinatarios a los menores de edad ni suponga la distribución gratuita de tabaco o de bienes y servicios relacionados exclusivamente con productos del tabaco o con el hábito de fumar o que lleven aparejados nombres, marcas, símbolos o cualesquiera otros signos distintivos que sean utilizados para los productos del tabaco. En todo caso, el valor o precio de los bienes o servicios citados no podrá ser superior al cinco por ciento del precio de los productos del tabaco que se pretenda promocionar. En ningún caso, dichas actividades podrán realizarse en los escaparates ni extenderse fuera de dichos establecimientos, ni dirigirse al exterior. c) Las publicaciones que contengan publicidad de productos del tabaco, editadas o impresas en países que no forman parte de la Unión Europea, siempre que dichas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado comunitario, salvo que estén dirigidas principalmente a los menores de edad”*.

⁴⁶ Por ejemplo, en las instalaciones en las que se celebran competiciones deportivas, con arreglo al art. 67.1 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (BOE núm. 249 de 17.10.1990). Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 28/2005, téngase en cuenta que la prohibición se extendía a los lugares en los que no estaba permitido fumar, por ejemplo, en cualesquiera de los sitios previstos en el artículo 27 de la *Llei 20/1985, de 25 de julio, de prevenció i assistència en matèria de substàncies que poden generar dependència* (DOGC núm. 572, de 25.7.1985). En aplicación de este precepto, véase la STSJ Catalunya, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18.11.2005 (JUR 2006\144784; MP: María Fernanda Navarro de Zuloaga), que confirma una sanción por realizar publicidad de tabaco en una estación de RENFE.

Por otra parte, la LGP proporciona un sistema de acciones que permiten el control del discurso comercial por parte tanto de agentes públicos como de privados (arts. 25 y ss. LGP). No siempre la pretensión jurídica se fundamenta sobre la existencia de un daño: en ocasiones, basta con el mero peligro para bienes jurídicos privados para poner en marcha los mecanismos de control previstos en la LGP. Ya las primeras reglas de control de la publicidad aprobadas en España, vinculadas con reglas de represión de la competencia desleal, prescindían del elemento del daño o lesión de derecho subjetivo. Téngase en cuenta, sin embargo, que las primeras elaboraciones de la doctrina de la competencia desleal surgen en Francia supeditadas al art. 1382 del *Code Civil* y, por tanto, a la noción de daño, pero que con posterioridad han evolucionado hacia una concepción fiscalizadora de ilícitos concurrenciales potenciales⁴⁷. Así, por ejemplo, la acción de cesación, principal remedio en el ámbito de la publicidad ilícita, no requiere ni la causación de un daño efectivo, ni la idoneidad para ocasionarlo⁴⁸.

Así, por ejemplo, el art. 30.1 LGP, al regular las medidas cautelares en un procedimiento por publicidad ilícita, establece que “[a] instancia del demandante, el Juez, cuando lo crea conveniente, atendidos todos los intereses implicados y especialmente el interés general, *incluso en el caso de no haberse consumado un perjuicio real o de no existir intencionalidad o negligencia por parte del anunciante*, podrá con carácter cautelar:

a) Ordenar la cesación provisional de la publicidad ilícita o adoptar las medidas necesarias para obtener tal cesación.

[...]

b) Prohibir temporalmente dicha publicidad o adoptar las previsiones adecuadas para impedir su difusión, cuando ésta sea inminente, aunque no haya llegado aún a conocimiento del público”.

El recurso de inconstitucionalidad contra la LGP omitió cualquier referencia al art. 20 CE como límite a las restricciones al discurso comercial, si bien, ello no extraña si tenemos presente que el Tribunal Constitucional español, a diferencia de otros, no ha

⁴⁷ Véase Francisco VICENT CHULIÁ, *op. cit.*

⁴⁸ Véanse José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, Art. 18 (8), p. 532; José María DE LA CUESTA RUTE, *op. cit.*, p. 214 y 220. Sin embargo, confróntese con Silvia BARONA VILAR, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia, 1999, p. 242 quien afirma que, para ejercitar una acción de cesación en el ámbito de la publicidad “se exige asimismo que se haya producido efectivamente la publicidad ilícita, en cualesquiera de sus manifestaciones, que ocasione un daño o perjuicio”. Aunque, hay que decirlo, páginas antes afirma lo contrario. Para un desarrollo de esta cuestión, véase *infra* pp. 281 y ss.

desarrollado una doctrina propia en la materia. La STC 146/1996, de 19 de septiembre⁴⁹, se limitó a examinar la ley desde el punto de vista del reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, tema de interés secundario para el objeto de este trabajo⁵⁰.

c) La Ley 25/1994 de Televisión sin Fronteras y otras leyes en materia de publicidad

Como hemos avanzado, no sólo la LGP regula el discurso comercial. Otras normas con rango legal también inciden en su forma y contenido. El ejemplo más relevante, dadas la importancia económica y el alcance masivo del medio televisivo, lo constituye el capítulo III de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva (Ley de Televisión Sin Fronteras) (BOE núm. 166, de 13.7.1994), que regula las comunicaciones comerciales en televisión⁵¹.

Su art. 8.1 califica de ilícitas, además de las formas de publicidad indicadas en el art. 3 LGP:

“[E]n todo caso, la publicidad por televisión y la televenta que fomenten comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad humanas o para la protección del medio ambiente; atenten al debido respeto a la dignidad de las personas o a sus convicciones religiosas y políticas o las discriminen por motivos de nacimiento,

⁴⁹ Sentencia comentada por Anxo TATO PLAZA, “Constitucionalidad de la Ley General de Publicidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1996”, *ADI* núm. 17, 1996, pp. 275-294.

⁵⁰ Sin embargo, el lector debe recordar que reconocer que el discurso comercial queda protegido por la libertad de expresión puede acarrear, de acuerdo con el estándar mantenido por el Tribunal Constitucional, el recurso del Estado al art. 149.1.1 CE como título competencial horizontal para arrogarse materias relativas a las comunicaciones comerciales que corresponderían a las CCAA. Sobre el tema, véase Eliseo AJA y Carles VIVER, “Valoración de 25 años de autonomía”, *REDC* núm. 69 (2003), pp. 69-114.

⁵¹ Importante no sólo por su contenido, sino por su influencia: el GABINETE DE ESTUDIOS DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL, en su *Informe sobre la Televisión 2004*, GECA, Madrid, 2004, ha señalado que la publicidad constituye el 24,1 % del tiempo de emisión televisión en *prime-time*, esto es, en el horario de máxima audiencia (21:00 - 24.00).

raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social.

Igualmente, son ilícitas la publicidad y la televenta que inciten a la violencia o a comportamientos antisociales, que apelen al miedo o a la superstición o que puedan fomentar abusos, imprudencias, negligencias o conductas agresivas.

Tendrán la misma consideración la publicidad y la televenta que inciten a la crueldad o al maltrato a las personas o a los animales o a la destrucción de bienes de la naturaleza o culturales”.

Por otra parte, prohíbe –otra vez– la publicidad de cigarrillos y demás productos del tabaco (art. 9.1 a)); la de medicamentos y tratamientos médicos que sólo pueden obtenerse por prescripción médica (art. 9.1 b)); y –nuevamente– la de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20º (art. 10.1). Además, establece que la publicidad y la televenta de las restantes bebidas alcohólicas deberán respetar los siguientes principios (art. 10.2):

- a) No podrán estar dirigidas específicamente a las personas menores de edad, ni, en particular, presentar a los menores consumiendo dichas bebidas.
- b) No deberán asociar el consumo de alcohol a una mejora del rendimiento físico o de la conducción de vehículos, ni dar impresión de que el consumo de alcohol contribuye al éxito social o sexual, sugerir que las bebidas alcohólicas tienen propiedades terapéuticas o un efecto estimulante o sedante, o que constituyen un medio para resolver conflictos.
- c) No deberán estimular el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas u ofrecer una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad, ni subrayar como cualidad positiva de las bebidas su contenido alcohólico.

Finalmente, son destacables otras prohibiciones legales de realizar publicidad como las que afectan a:

- a) Productos del tabaco (Art. 9.1 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco (BOE núm. 309, de 27.12.2005)).
- b) Medicamentos que requieran prescripción médica, medicamentos financiados con fondos públicos y medicamentos que constituyan sustancias psicotrópicas o estupefacientes con arreglo a los convenios internacionales (Art. 78 de la Ley

29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 178, de 27.7.2006).

- c) Fórmulas magistrales y preparados oficinales (Art. 44.3 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios).
- d) Publicidad fuera de los tramos urbanos de las carreteras estatales en cualquier lugar visible desde la zona de dominio público de la carretera (Art. 24.1 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras (BOE núm. 182, de 30.7.1988)).

Muchas otras prohibiciones o restricciones a la realización de publicidad de determinados productos están contenidas en normas de rango reglamentario (véase *infra* apartado III. 2.2.).

2. Control público del discurso comercial

Los poderes públicos recurren a diferentes mecanismos para controlar el discurso comercial. En primer lugar, disponen de instrumentos que operan *ex ante* frente al discurso comercial, como la potestad regulatoria y el régimen de autorización para la publicidad de algunos productos y servicios. En segundo lugar, el control puede operarse *ex post* con el recurso a la potestad sancionadora y al ejercicio de acciones civiles en la jurisdicción ordinaria.

2.1. Derecho penal de la publicidad

El artículo 282 del Código Penal establece que:

“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”.⁵²

⁵² El delito fue introducido por primera vez en el ordenamiento jurídico español por el CP de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre (BOE núm. 281 de 24.11.1995)) y entró en vigor el 24.5.1996. El precepto fue posteriormente modificado por el art. único de la LO 15/2003, de 23 de noviembre

Interesa señalar únicamente tres notas de este artículo⁵³:

- a) Se trata de un delito de peligro, pues es suficiente con la mera posibilidad de perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. El principio de intervención mínima del derecho penal, junto con la existencia del delito de estafa (art. 248 CP⁵⁴) y la protección del discurso comercial mediante la libertad de expresión y la libertad de empresa recomendarían una derogación de este tipo penal.
- b) Se trata de uno de los ejemplos del llamado derecho penal en expansión, en el sentido de que su represión es posible, incluso preferible, mediante remedios privados o administrativos. La redacción del precepto difumina los límites del tipo con el control no penal de la publicidad. Con todo, puede encontrar cierto fundamento en los problemas de acción colectiva y las dificultades de detección, así como para disuadir comportamientos dañosos por parte de sujetos insolventes (*judgement-proof defendants*) y sin infraestructuras permanentes (*fly-by-night agents*).
- c) A diferencia de otras infracciones contenidas en el mismo capítulo, no es necesaria la denuncia del agraviado como requisito de procedibilidad, puesto que la publicidad se refiere a una actividad dirigida a una pluralidad de personas y por lo tanto exceptuada de tal requisito por el art. 287.2 CP. En consecuencia, se trata de un delito perseguible de oficio.

Finalmente, cabe destacar que, según la base de datos Aranzadi-Westlaw, sólo en una ocasión se ha condenado a alguien por el tipo previsto en este artículo. Se trata de la SAP Ciudad Real, Sección 2ª, de 11.11.2002 (ARP 2003\263; MP: Ignacio Escribano

(BOE núm. 281, de 24.11.2003), que modificó la cuantía de la multa y la elevó al intervalo 12-24 meses frente a los 6-18 originales y entró en vigor el 1.10.2004.

⁵³ Para un análisis de este artículo, véase Silvia BARONA VILAR, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia, 1999, pp. 619-717, y, más recientemente, Antonio DEL MORAL GARCÍA, "La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal", *Revista de Autocontrol* núm. 78, septiembre 2003; y Rafael LÓPEZ GUARNIDO, "Reflexiones sobre el delito de publicidad falsa del art. 282 del CP", *Revista de Autocontrol* núm. 103, diciembre 2005.

⁵⁴ De hecho, con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se utilizó este tipo para perseguir algunos supuestos de publicidad falsa: SSTS, Sala 2ª, 14.10.1988 y 19.6.1991. Por otra parte, El TS ha resuelto que la comisión del tipo de la estafa absorbe al del delito de publicidad falsa (STS, 2ª, 19.3.2004 (Ar. 1848; MP: Joaquín Delgado García)).

Cobo), que confirmó la sentencia del juzgado de lo penal que condenaba, respectivamente, a multas de doce y seis meses con una cuota de 6 euros diarios a dos distribuidores por la comercialización de 85.625 litros de aceite sin que figurara en el etiquetaje la proporción de la mezcla de los aceites utilizados⁵⁵.

2.2. Actividad regulatoria

a) Regulación administrativa del discurso comercial

El principal mecanismo que dispone la Administración para el control del discurso comercial es el derecho regulatorio. El artículo 8 LGP establece que:

1. La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran.
2. Los reglamentos que desarrollen lo dispuesto en el número precedente y aquellos que al regular un producto o servicio contengan normas sobre su publicidad especificarán:
 - a) La naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad sea objeto de regulación.
Estos reglamentos establecerán la exigencia de que en la publicidad de estos productos se recojan los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos.
 - b) La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios.
3. [...]

⁵⁵ Por lo general, se absuelve a los acusados de los delitos contra los consumidores por publicidad. Véanse SAP Granada, Sección 1ª, 3.4.2000 (ARP 2000\2424); SAP Toledo, Sección 1ª, 15.12.2000 (ARP 2000\3099); SJP Madrid núm. 23, de 29.1.2001 (ARP 2001\10); AAP Guadalajara, Sección Única, 28.11.2002 (JUR 2003\72984); SAP La Rioja, Sección Única, 12.2.2003 (ARP 2003\331); y SAP Burgos, Sección 1ª, 11.4.2005 (ARP 2005\268).

Con base legal en este artículo o en otras delegaciones competenciales anteriores a la LGP, se han dictado normas restrictivas de las comunicaciones comerciales realizadas en determinados sectores de actividad⁵⁶:

Alimentos y productos dietéticos	<ul style="list-style-type: none"> – Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (BOE núm. 202, de 24.8.1999). – Real Decreto 930/1992, de 17 de junio, por el que se aprueba la norma de etiquetado sobre propiedades nutritivas de los productos alimenticios (BOE núm. 187, de 5.8.1992). – Real Decreto 1275/2003, de 10 de octubre, relativo a los complementos alimenticios (BOE núm. 246, de 14.10.1996).
Armas	– Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de armas (BOE núm. 55, de 5.3.1993).
Centros docentes privados	– Real Decreto 401/1979, de 13 de febrero, sobre denominaciones y publicidad de centros docentes no estatales (BOE núm. 58, de 8.3.1979).
Compraventa y arrendamiento de viviendas	– Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a facilitar en la compraventa y arrendamiento de vivienda (BOE núm. 117, de 17.5.1989).
Cosméticos	– Real Decreto 1599/1997, de 17 de octubre, sobre Productos Cosméticos (BOE núm. 261, de 31.10.1997).
Inversiones financieras	– Decreto 2584/1973, de 19 de octubre, regulador de la publicidad de ciertas inversiones (BOE núm. 253, de 22.10.1973).
Máquinas recreativas	– Real Decreto 2110/1998, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar (BOE núm. 248, de 16.10.1998).
Medicamentos y productos de pretendida finalidad sanitaria	<ul style="list-style-type: none"> – Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula publicidad de los medicamentos de uso humano (BOE núm. 180, de 29.7.1994). – Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria («productos milagro») (BOE núm. 189, de 6.8.1996).
Operaciones financieras	<ul style="list-style-type: none"> – Orden Ministerial del Ministerio de Economía y Hacienda de 12.12.1989 sobre tipos de interés y comisiones, información a clientes y publicidad (BOE núm. 303, de 19.12.1989). – Orden Ministerial de la Presidencia del Gobierno de 5.5.1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE núm. 112, de 11.5.1994).
Seguros	– Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (BOE núm. 282, de 25.11.1998).
Sustancias peligrosas	– Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación,

⁵⁶ Para un compendio exhaustivo de las regulaciones estatal y autonómicas aplicables a las comunicaciones comerciales, véase el excelente código preparado por los profesores Carlos LEMA DEVESA y Jesús GÓMEZ MONTERO, *Código de Publicidad*, 4ª ed. revisada y actualizada, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005.

	envasado y etiquetado de sustancias peligrosas (BOE núm. 133, de 5.6.1995).
Tabaco	– Real Decreto 709/1982, de 5 de mayo, sobre publicidad y consumo del tabaco (BOE núm. 90, de 15.4.1982).

En cuanto a la incidencia de la actividad regulatoria de la administración en la libertad de expresión:

- a) El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sólo en una ocasión: en el examen de la constitucionalidad del Decreto 495/1983, de 8 de noviembre, de la Generalitat de Catalunya, y la Orden de 21 de noviembre de 1983, de desarrollo del anterior, sobre clasificación de películas cinematográficas y material audiovisual, el Tribunal resolvió que con la restricción a la publicidad de películas pornográficas, “ningún derecho fundamental –tampoco los declarados en el art. 20 de la Constitución– resulta limitado” (STC 87/1987, de 2 de junio: FJ 4º).
- b) El Tribunal Supremo, por su parte, también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la incidencia de las regulaciones administrativas sobre la libertad de información y de expresión de los agentes empresariales o profesionales⁵⁷. Sin embargo, sólo en una ocasión ha examinado el alcance de la protección constitucional de la libertad de expresión en relación con la regulación de la publicidad realizada por abogados en el Estatuto General de la Abogacía (STS, 3ª, 3.3.2003 (Ar. 2643; MP: Ramón Trillo Torres))⁵⁸.

No entramos ahora a analizar la posibilidad de que el regulador quede capturado por la industria regulada⁵⁹, que consigue así que el sentido de las reglamentaciones y de su

⁵⁷ Véanse, por ejemplo, STS, 3ª, 15.2.1999 (Ar. 1812; MP: Rafael Fernández Montalvo): desestimación del recurso interpuesto por la Federación Nacional de Empresas de Publicidad solicitando la declaración de nulidad del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, de productos con pretendida finalidad sanitaria («productos milagro»), por ilegalidad e inconstitucionalidad; STS, 3ª, 4.6.2002 (Ar. 9067; MP: Mariano Baena de Alcázar): Recurso directo de la FIAB (Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas) contra el art. 18.1 y DA Única.- ap. 2 del Real Decreto 1334/1999 (etiquetado, presentación y publicidad de productos alimenticios); y STS, 3ª, 21.4.2003 (Ar. 4205; MP: Manuel Campos Sánchez-Bordona): recurso de la Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra diversos preceptos del Real Decreto 248/2001. Publicidad, mediante carteles informativos, de los precios de los carburantes y productos combustibles petrolíferos que se venden en las estaciones de servicio.

⁵⁸ Véase *infra* p. 51

aplicación resulten sesgadas a favor de sus intereses⁶⁰. La regulación de los discursos profesionales, presentada en el epígrafe siguiente, ilustra en buena medida esta idea.

b) Autorregulación en el mercado de profesionales. En especial, la publicidad de los abogados.

Mediante la regulación del ejercicio de muchas profesiones liberales se suele restringir el discurso comercial ya sea prohibiendo o limitando la publicidad u otras manifestaciones públicas. Con ello, los profesionales consolidados en un sector consiguen construir una poderosa barrera al acceso de nuevos profesionales entrantes al mercado y menoscaban el grado de competencia⁶¹. Este extremo fue ya puesto de relieve por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones* de 1992, que motivó el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales y la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales:

“[A]llí donde hay limitaciones a la publicidad no sólo los precios son más caros sino que, además, se reduce el consumo de los servicios a los que afecta la limitación en publicidad. Por otra parte la restricción de la publicidad dificulta el establecimiento de jóvenes profesionales, sobre todo en grandes ciudades. [...] Al liberalizar la publicidad de los servicios profesionales, al aumentar la información del consumidor, no sólo se consigue reducir los precios sino que, además, aumentar el uso de esos servicios profesionales por parte de la población”⁶².

⁵⁹ Francisco VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanc, 19ª ed., Valencia, 2006, pp. 687-688.

⁶⁰ Véase W. Kip VISCUSI, John M. VERNON y Joseph E. HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, 3rd. ed., The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000. En España, véase, por todos, Pablo SALVADOR CODERCH, “Técnica legislativa y teorías de la regulación”, *Indret* 1/2004 (www.indret.com). Véanse en *infra* p. 91 las consideraciones del Tribunal Supremo norteamericano en un caso de limitaciones al discurso de los abogados: *Bates v. State Bar of Arizona* (433 U.S. 350 (1977)).

⁶¹ Véase Frank H. STEPHEN y James H. LOVE, “Regulation of Legal Profession”, en B. BOUCKAERT y G. De GEEST (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, Edward Elgar, Cheltenham, 2000, p. 994; y Nuno GAROUPA, “Regulation of Professions in the US and Europe: A Comparative Analysis”, *American Law and Economics Association Annual Meetings*, Year 2004, Paper 42 (<http://law.bepress.com/alea/14th/art42>).

También, el diseño institucional de los colegios profesionales permite que los profesionales colegiados articulen mecanismos para frenar el acceso a nuevos profesionales, por ejemplo, mediante restricciones a la publicidad⁶³. Uno de los ejemplos más típicos es el de la regulación de la actividad profesional de abogados. De antiguo, los colegios profesionales de abogados han prohibido o restringido la realización de publicidad por parte de sus miembros. Por ejemplo, el Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio (BOE núm., vigente hasta el 11.7.2001) del Estatuto General de la Abogacía prohibía cualquier forma de publicidad por parte de abogados (art. 31). En el contexto de dicha prohibición, muchos abogados fueron sancionados, ya por vulnerar este precepto o alguna de sus concreciones en los respectivos estatutos de cada colegio profesional⁶⁴. En este sentido, el caso más conocido es sin duda el protagonizado por el abogado Casado Coca, que dio lugar a una de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos más conocidas en el ámbito de la protección de las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión⁶⁵.

De forma muy sumaria, el TEDH, en sentencia de 24.2.1994, Asunto *Casado Coca c. España*, consideró que el art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos –que reconoce la libertad de expresión– alcanza a la publicidad comercial que proporciona información valiosa, pero resolvió que, en el caso, la sanción impuesta al abogado y la prohibición de publicidad contenida en los Estatutos del colegio profesional no fueron desproporcionadas, puesto que era posible realizar publicidad en determinados supuestos como la apertura de un nuevo despacho.

Bajo el Estatuto General de la Abogacía de 1982⁶⁶, la Asamblea General del Consejo General de la Abogacía Española, atendiendo a la doctrina del TEDH, aprobó el 19.12.1997 un “Reglamento de Publicidad” que, entre otras conductas, prohibía la publicidad con fotografías o ilustraciones y la referencia a la retribución de los servicios

⁶² TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones*, 1992, pp.31 y 32.

⁶³ Véase Benito ARRUÑADA, “Colegios profesionales y diseño institucional”, *Economistas* 63, pp. 86-90 (1995).

⁶⁴ Véanse, entre otras, STS, 3ª, 16.3.1989 (Ar. 2089; MP: Paulino Martín Martín); STS, 3ª, 24.9.1990 (Ar. 7287; MP: José Ignacio Jiménez Menéndez); STS, 3ª, 22.10.1990 (Ar. 8253; MP: José Ignacio Jiménez Menéndez); STS, 3ª, 18.2.1994 (Ar. 947; MP: Juan Manuel Sanz Bayón); STS, 3ª, 29.5.2001 (Ar. 6230; MP: Enrique Lecumberri Martí); STS, 3ª, 20.5.2003 (Ar. 6547; MP: Ramón Trillo Torres).

⁶⁵ Véase, con detalle, *infra* pp. 123 y ss.

⁶⁶ Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio (BOE núm. 210, de 2.9.1982).

profesionales, limitaba el tamaño y la frecuencia de los anuncios en prensa y sujetaba a autorización previa de la Junta de Gobierno de cada Colegio la realización de *mailings*. Un abogado denunció el acuerdo ante el Servicio de Defensa de la Competencia al entenderlo contrario al art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 170, de 18.7.1989), esto es, un acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional. El Tribunal de Defensa de la Competencia⁶⁷ resolvió que la aprobación del Reglamento de Publicidad constituía una práctica restrictiva de la competencia, ordenó el cese de la eficacia del acuerdo y sancionó al Consejo General de la Abogacía Española con una multa de 30.000.000 ptas⁶⁸.

⁶⁷ Resolución de 18.1.2000 (Exp. 455/99). Véase asimismo la Resolución de 11.10.2001 (Exp. 504/2000), mediante la cual el TDC sanciona al Colegio de Abogados de Madrid con una multa de 20.000.000 ptas. por las limitaciones a la realización de publicidad en el ejercicio profesional de sus colegiados. Respecto de la publicidad de odontólogos, véase la Resolución del TDC de 5.10.2000 (Exp. 471/99), en la que se impone una multa de 9.000.000 ptas. al Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba por las limitaciones a la publicidad de sus colegiados en las «Páginas Amarillas». Para un comentario de la resolución, véase Francisco MARCOS FERNÁNDEZ, “La publicidad de los dentistas”, *Revista de Derecho Mercantil* núm. 240, abril-julio 2001, p. 653 y ss.

⁶⁸ Recurrida la resolución por el Consejo General de la Abogacía Española, la Audiencia Nacional resolvió por sentencia de 9 de junio de 2003 su validez, a excepción de de la multa, que fue anulada. Para la Audiencia, el Consejo actuó de buena fe al entender que contaba con competencias suficientes para incluir limitaciones en la publicidad de sus colegiados. La sentencia ha sido confirmada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 20.9.2006 (Ar. 6456; MP: Óscar González González). Para un breve comentario de estas sentencias, véase Enrique RUBIO TORRANO, “Abogacía, publicidad y prácticas prohibidas”, *Aranzadi Civil*, núm. 16/2006.

El vigente Estatuto General de la Abogacía⁶⁹ permite, en su artículo 25, que los abogados realicen publicidad de sus servicios, que sea digna, leal y veraz, con absoluto respeto a la dignidad de las personas, a la legislación sobre publicidad, sobre defensa de la competencia y competencia desleal, ajustándose, en cualquier caso, a las normas deontológicas. Por su parte se considera contraria a las normas deontológicas de la abogacía la publicidad que suponga: a) revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional; b) incitar genérica o concretamente al pleito o conflicto; c) ofrecer sus servicios, por sí o mediante terceros, a víctimas de accidentes o desgracias, a sus herederos o a sus causahabientes, en el momento en que carecen de plena y serena libertad para la elección de abogado por encontrarse sufriendo dicha reciente desgracia personal o colectiva; d) prometer la obtención de resultados que no dependan exclusivamente de la actividad del abogado; e) hacer referencia directa o indirecta a clientes del propio abogado; y f) utilizar los emblemas o símbolos colegiales y aquellos otros que por su similitud pudieran generar confusión, al reservarse su uso para la publicidad institucional que pueda realizarse en beneficio de la profesión en general⁷⁰.

⁶⁹ Real Decreto 658/2001, de 22 de junio (BOE núm. 164, de 10.7.2001).

Véase también el art. 44 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones médicas (BOE núm. 280, de 22.11.2003): "1. La publicidad de los servicios y prestaciones ofrecidos al público por los profesionales sanitarios deberá respetar rigurosamente la base científica de las actividades y prescripciones, y será objetiva, prudente y veraz, de modo que no levante falsas esperanzas o propague conceptos infundados. 2. Los profesionales sanitarios podrán facilitar a los medios de comunicación, o expresar directamente en ellos, informaciones sobre sus actividades profesionales, siempre que la información facilitada sea verídica, discreta, prudente y se manifieste de manera fácilmente comprensible para el colectivo social al que se dirige. 3. No podrán ser objeto de publicidad las actividades o productos sanitarios no autorizados, o sobre los que no exista evidencia de sus efectos beneficiosos para el ser humano, quedando prohibida la publicidad de productos y servicios de carácter creencial y de los productos-milagro. 4. El incumplimiento y, en su caso, la sanción que corresponda, de lo dispuesto en los apartados anteriores se exigirá de acuerdo con la Ley 14/1986, General de Sanidad, y, en lo que sean de aplicación, con las Leyes 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y 34/1988, General de Publicidad".

⁷⁰ En la actualidad y en Europa, cualquier forma de publicidad por parte de abogados está prohibida únicamente en Grecia, Portugal e Irlanda. En otros países, como Austria, Bélgica Francia, Luxemburgo y España, la publicidad por parte de abogados es objeto de una regulación restrictiva. En el resto de países, las restricciones son escasas. Véase la Comunicación de la Comisión, *Informe sobre la competencia en los servicios profesionales*, COM(2004) 83 final, Bruselas, 9.2.2004, p. 15. Véase Lourdes MORENO LISO, "Las nuevas orientaciones comunitarias a la abogacía en materia de política de la competencia", *Aranzadi Social* 9/2004.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 3.3.2003 (Ar. 2643; MP: Ramón Trillo Torres)⁷¹, ha desestimado un recurso contencioso-administrativo que solicitaba, entre otros, la nulidad de este artículo al considerarlo contrario al art. 1 LDC. En cuanto a la injerencia a la libertad de expresión, el Tribunal Supremo ha resuelto que es lícita desde el punto de vista constitucional la restricción de la publicidad de los abogados atendiendo a intereses particulares de terceros —la dignidad de la profesión, el derecho de toda persona a recibir información sobre asistencia jurídica y, en general, la buena administración de la justicia—, aunque con ello puede generarse un tratamiento diferente para grandes despachos y aseguradoras que ofrecen servicios de asistencia jurídica (FF.DD. 5º y 6º)⁷².

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha considerado, a raíz de un recurso de amparo formulado por un abogado que fue sancionado por el Colegio de Abogados de Madrid por publicar dos anuncios en el periódico “Segunda Mano”, que “los profesionales se encuentran sometidos a su estatuto profesional, «y que de esa sumisión se derivan [...] una serie de limitaciones o condicionamientos al ejercicio de su libertad de expresión»”. Por otra parte, el Tribunal adopta una interpretación muy restrictiva de la doctrina *Casado Coca*: afirma que “[n]o es cierto [...] que la prohibición para un abogado de realizar publicidad lesione en todo caso la libertad de expresión”, pero nada dice sobre los casos en que si se vulnerará este derecho⁷³.

c) El Consell de l’Audiovisual de Catalunya

Finalmente, además de los colegios profesionales, existen otros organismos vinculados a la Administración pública que pueden incidir *ex ante* en el discurso comercial mediante la elaboración de informes y decisiones vinculantes. El ejemplo más conocido en el Estado español es el *Consell de l’Audiovisual de Catalunya* (CAC), una autoridad independiente, con personalidad jurídica propia, que emana de la Ley 2/2000, de 4 de mayo, del Parlament de Catalunya (DOGC núm. 3133, de 5.5.2000)⁷⁴.

⁷¹ Véase, en el mismo sentido, STS, Sala 3ª, 22.12.2004 (Ar. 2005\495; MP: Santiago Martínez-Vares García), sobre el Código Regulator de la Publicidad de los Abogados aprobado por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid.

⁷² Confróntese con el FD 8º del voto particular al fallo formulado por el Magistrado Jesús Ernesto Peres Morate que considera que la prohibición impuesta a los abogados afecta indirectamente a las corporaciones y sociedades en la que aquéllos se integran, superando los poderes conferidos en el art. 36 CE a los colegios profesionales.

⁷³ Auto del TC 241/2003, de 14 de julio (FJº 6). Cfr. STC 286/1993, de 4 de octubre.

Según el artículo 10 de la citada ley, son funciones del CAC⁷⁵: “[...] f) Adoptar instrucciones generales de carácter vinculante dirigidas a los operadores a fin de garantizar el cumplimiento de la legislación vigente en el ámbito de sus competencias, así como adoptar decisiones vinculantes para sus destinatarios en lo que se refiere a las quejas formuladas por los usuarios de los servicios de comunicación audiovisual. g) Incoar y resolver, en el ámbito de sus competencias, los correspondientes procedimientos sancionadores por las infracciones de la legislación relativa a audiovisuales y publicidad. [...] j) Velar por el cumplimiento de la legislación sobre publicidad en todo aquello relativo a los contenidos y modalidades de las emisiones publicitarias, incluidos el patrocinio y la televenta”.

En efecto, el CAC resuelve las reclamaciones que, sobre todo, particulares realizan contra determinados anuncios. La estimación de las reclamaciones suele dar lugar a la comunicación al Ministerio de Ciencia y Tecnología, pues los anuncios suelen aparecer en medios sobre los que el CAC no tiene competencia, para que incoe el procedimiento administrativo apropiado⁷⁶. Cuando el anuncio se emite en un medio sobre el que tiene competencia el CAC, la resolución insta al medio a no volver a emitirlo⁷⁷. En otras ocasiones, el CAC recomienda a las empresas la modificación de sus discursos⁷⁸.

⁷⁴ Véanse, además, arts. 113 y ss. de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de Comunicación Audiovisual de Catalunya (DOGC núm. 4543, de 3.1.2006).

Por otra parte, ténganse en cuenta a nivel estatal los Anteproyectos de Ley General Audiovisual y de ley de creación del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Por su parte, las Comunidades Autónomas de Navarra y Andalucía también cuentan con Consejos Audiovisuales propios, creados respectivamente por Ley Foral 18/2001 de 5 de julio, por la que se regula la actividad audiovisual en Navarra y se crea el Consejo Audiovisual de Navarra (BON núm. 86 de 16.7.2001) y Ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía (BOJA núm. 254, de 30.12.2004). Otras comunidades autónomas han previsto en su legislación la creación de autoridades audiovisuales propias, como por ejemplo, la Comunidad valenciana en la Ley 1/2006, de 19 de abril, del Sector Audiovisual (DOGV núm. 5243, de 21.4.2006).

⁷⁵ Sobre la potestad normativa del CAC, véase Joaquín TORNOS MAS, “La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya”, *Derecho Privado y Constitución* 17, pp. 479-498 (2003).

⁷⁶ Véase, por ejemplo, Decisión 6/03 de 5 de febrero (*Meritxell Gri Babot c. mgustas*), que considera engañosa una campaña publicitaria sobre servicio de mensajes a móviles.

⁷⁷ Véase, por ejemplo, Decisión 13/03 de 5 de marzo (*Estel Ramos Marquès y Observatori de Dones de Cornellà c. AXE*) sobre dos anuncios de desodorantes emitidos por Televisió de Catalunya.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, Decisión 39/03 de 17 de diciembre (*Particular c. La Caixa*) en la que, tras desestimar la reclamación, el CAC recomienda que cuando se escenifiquen acciones ficticias en

2.3. Régimen de autorización administrativa

Como ya se ha señalado, el artículo 8 LGP establece que podrá someterse al régimen de autorización administrativa previa la publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar. El otorgamiento de autorizaciones habrá de respetar los principios de competencia leal, de modo que no pueda producirse perjuicio de otros competidores. La denegación de solicitudes de autorización deberá ser motivada. Una vez vencido el plazo de contestación que las normas especiales establezcan para los expedientes de autorización, se entenderá otorgado el mismo por silencio administrativo positivo.

En desarrollo de lo anterior, han de someterse a autorización según lo dispuesto en la normativa especial:

- a) La publicidad de entidades de crédito, de operaciones, servicios o productos financieros en los que se haga referencia a su coste o rendimiento (competencia del Banco de España).
- b) La publicidad de las denominadas especialidades farmacéuticas publicitarias (concedidas por la Dirección general de Farmacia y Productos Sanitarios a las autoridades de farmacia de las CCAA).
- c) La publicidad de las actividades descritas por la Ley 24/88 de 28 de julio, del Mercado de Valores (competencia ejercida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores).
- d) La publicidad de los juegos de azar o de los establecimientos en los que éstos se practiquen (ejercida por la Comisión Nacional del Juego o por el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma).

2.4. Control administrativo de la publicidad infractora de normas especiales

Según el art. 8.6 LGP, el incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores (*materiales o productos sanitarios, aquellos otros sometidos a*

lugares de trabajo, los personajes que aparezcan utilicen las medidas de seguridad laboral que impone la normativa específica.

reglamentaciones técnico-sanitarias, productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar), productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales, tabaco y bebidas alcohólicas tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Art. 32-38) y en la Ley General de Sanidad (arts. 35-36).

En efecto, han sido sancionados profesionales y empresarios de diferentes sectores de actividad: abogados⁷⁹; farmacéuticos⁸⁰; casinos⁸¹; industrias farmacéuticas⁸² y promotores de viviendas⁸³. En cuanto a número destaca en la jurisprudencia la imposición de sanciones por vulneración de la prohibición de publicidad establecida en la Ley de Carreteras⁸⁴.

⁷⁹ Véanse STS, 3ª, 16.3.1989 (Ar. 2089; MP: Paulino Martín Martín); STS, 3ª, 24.9.1990 (Ar. 7287; MP: José Ignacio Jiménez Menéndez); STS, 3ª, 22.10.1990 (Ar. 8253; MP: José Ignacio Jiménez Menéndez); STS, 3ª, 18.2.1994 (Ar. 947; MP: Juan Manuel Sanz Bayón); STS, 3ª, 29.5.2001 (Ar. 6230; MP: Enrique Lecumberri Martí) y STS, 3ª, 20.5.2003 (Ar. 6547; MP: Ramón Trillo Torres).

⁸⁰ Véase STS, 3ª, 4.12.1991 (Ar. 9280; MP: Mariano Baena del Alcázar) y STS, 3ª, 12.3.1996 (Ar. 2507; MP: Julián García Estartús).

⁸¹ Véanse STS, 3ª, 28.5.1991 (Ar. 4352; MP: Pedro Antonio Mateos García); STS, 3ª, 2.10.1995 (Ar. 6999; MP: Manuel Goded Miranda) y STS, 3ª, 7.3.1996 (Ar. 2258; MP: Francisco José Hernando Santiago).

⁸² Véanse STS, 3ª, 28.1.1991 (Ar. 677; MP: Julián García Estartús); STS, 3ª, 4.3.1991 (Ar. 1783; MP: Julián García Estartús) y STS, 3ª, 26.5.1993 (Ar. 3455; MP: Mariano Baena del Alcázar).

⁸³ Véase STS, 3ª, 1.4.1998 (Ar. 2785; MP: Rodolfo Soto Vázquez).

⁸⁴ Véanse STS, 3ª, 6.5.1999 (Ar. 3690; MP: Manuel Campos Sánchez-Bordona); STS, 3ª, 30.12.1997, caso "Toro de Osborne" (Ar. 9700; Óscar González González), STS, 3ª, 23.11.2005 (Ar. 7831; MP: Eduardo Espín Templado); SAN 15.1.1999 (RJCA 1074); SAN 3.2.1998 (RJCA 412); SAN 29.4.1998 (RJCA 1494); SAN 27.4.1999 (RJCA 2645; MP: José Alberto Fernández Rodera); SAN 21.5.1999 (RJCA 4954; MP: Tomás García Gonzalo); SAN 2.7.1999 (RJCA 3014; MP: José María Álvarez-Cienfuegos Sánchez); SAN 16.11.1999 (RJCA 4957; MP: José Luis Sánchez Díaz); SAN 14.3.2000 (JUR 202973; MP: José Luis Sánchez Díaz); SAN 25.10.2000 (JUR 2001/71715; MP: Margarita Robles Fernández); SAN 6.2.2001 (JUR 104658; MP: José Luis Sánchez Díaz); SAN 27.2.2001 (JUR 104939; MP: Ana Isabel Martín Valero); SAN 25.4.2001 (JUR 295569; MP: Margarita Robles Fernández); SAN 31.5.2001 (JUR 295774; MP: Ana Isabel Martín Valero); SAN 6.6.2001 (JUR 295787; MP: Margarita Robles Fernández); SAN 11.7.2001 (JUR 296061; MP: José Alberto Fernández Rodera); SAN 17.7.2001 (JUR 296114; MP: José Alberto Fernández Rodera); SAN 10.4.2002 (JUR 2003/60256; MP: José Alberto Fernández Rodera); SAN 22.5.2002 (JUR 2003/67863; MP: Margarita Robles Fernández).

Por otra parte, las administraciones públicas también han sancionado a medios de radiodifusión por emisión de publicidad ilícita. Por ejemplo, La Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), en sentencia de 3 febrero 1999 (RJCA 3476; MP: Margarita Robles Fernández), confirmó la sanción impuesta a RTVE por publicidad de whisky en transparencias sobreimpresionadas a la pantalla. En cuanto al alcance de la protección constitucional de la publicidad, la AN señaló que ésta “nada tiene que ver con el derecho a la información, ni tiene una relevancia social por lo que no cabe aducir que se encontraría protegida por el derecho a la libertad de expresión u opinión recogido en el artículo 20 de la Constitución” (FD 2º)⁸⁵.

Finalmente, la Administración también está legitimada para interponer acciones de cesación por publicidad ilícita ante los tribunales y ante el Jurado de la Publicidad⁸⁶.

⁸⁵ Véase también la SAN 30.3.1999 (RJCA 3494; MP: José Luis Sánchez Díaz) confirmatoria de una multa de 90.000 € a “Gestevisión Telecinco, SA” por publicidad de alcohol con graduación superior a 20º.

⁸⁶ Véase *infra* p. 70 y ss. Véase, por ejemplo, la SJPI núm. 4 de Getxo de 19.4.1995 (Francisco Javier Osa Fernández). *Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco c. AGRA, SA*: La sociedad AGRA, SA utilizaba en la publicidad y en el etiquetado de los productos marca “Flora” (margarinas, lácteos, galletas, salsas y aceites) la mención “Te ayuda a regular el nivel de colesterol”.

El Gobierno Vasco entabló una acción de declaración de ilicitud y cese de publicidad al considerar la mención contraria al art. 4.1 del Real Decreto 212/1992 por dar a entender que los productos de la demandada prevenían la hipercolesterolemia. El art. 4.1 del RD 212/1992 (derogado por el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios [BOE núm. 280 de 24.8.1999] pero manteniendo la misma redacción en su art. 4.1 d) establecía que atribuir a un producto alimenticio propiedades preventivas, terapéuticas o curativas de una enfermedad constituye una inducción a error en la persona del comprador, incluso mencionando tales propiedades. La demandada, entre otros argumentos, alegó que el colesterol no es una enfermedad y que ni en el etiquetado ni en la publicidad de los productos “Flora” se hacía una alegación sobre la prevención, tratamiento o cura de una patología. Además la información era cierta: está aceptado que las grasas monoinsaturadas y poliinsaturadas eliminan o reducen el colesterol; y si solamente se informara a los consumidores que el producto contiene este tipo de grasas, éstos no las relacionarían con su efecto sobre el colesterol. Asimismo, la demandada alegó el art. 20.1 CE argumentado que una limitación a la libertad de expresión del anunciante que menoscabara la información de los consumidores sería inconstitucional.

El JPI desestimó la demanda al entender que AGRA, SA no hacía ninguna mención sobre una propiedad preventiva, terapéutica o curativa de una enfermedad: “El colesterol no es propiamente una enfermedad, y con independencia de que la hipercolesterolemia o exceso de colesterol pueda serlo, la leyenda que se impugna en ningún momento hace referencia a la misma, ni a ningún otro tipo de enfermedad, limitándose a emplear la palabra colesterol, palabra que indudablemente se asocia al ámbito médico pero cuyo uso en el etiquetado y publicidad no medicaliza el producto” (FJ 4º).

2.5. Control administrativo del engaño

El art. 32 LGP reconoce la compatibilidad de las acciones privadas previstas en su articulado con el ejercicio de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan y con *la persecución y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos* competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios, reconocimiento indirecto del control público del engaño, que se confirma por el art. 8.3 LGDCU⁸⁷:

“La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades o servicios, será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores y usuarios estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos administrativos tendentes a hacerla cesar”.

El problema mayor con el que se encuentra la Administración es que el concepto de publicidad engañosa⁸⁸ echa mano de conceptos jurídicos indeterminados, acarreado incertidumbre jurídica, que debería, en virtud del principio de legalidad, estar proscrita en el derecho sancionador⁸⁹.

3. Control privado del discurso comercial

La dimensión privada del control del discurso comercial recurre, al igual que en la esfera pública, tanto a remedios *ex ante* como a remedios *ex post*. Manifestación de lo primero son los códigos de autorregulación y, de lo segundo, las acciones entabladas por consumidores y, sobre todo, competidores.

⁸⁷ Véase también art. 3.1.3 Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria (BOE núm. 168, de 15.7.1983).

⁸⁸ Véase *infra* p. 74 y ss.

⁸⁹ Véase Óscar LÓPEZ SANTOS y Lourdes DIETTA RODRÍGUEZ, “El control administrativo de la publicidad”, *Revista Autocontrol* núm. 30, abril 1999.

3.1. Autorregulación del discurso comercial

a) Concepto y fundamento normativo

Los operadores económicos privados producen mecanismos de control del discurso comercial que se reflejan de forma muy marcada en la elaboración de códigos de autorregulación de las prácticas publicitarias de las empresas que operan en un concreto sector. No entramos a valorar ahora la bondad de estos mecanismos desde la perspectiva de la captura de los órganos de control de las asociaciones de profesionales o empresariales por aquellos operadores fuertes, bien asentados en el mercado de referencia, y de la influencia de estos últimos en el diseño de normas restrictivas del discurso comercial realizado por aquellos otros más débiles, que luchan por hacerse un lugar en el mercado; ni entramos tampoco en el examen del alcance de la autonomía privada para limitar los derechos fundamentales⁹⁰.

La autorregulación puede ser individual, cuando una empresa adopta normas propias sobre la realización y la calidad de sus comunicaciones comerciales⁹¹, o más

⁹⁰ En cuanto a la limitación en estatutos (o en otras fuentes) de la libertad de expresión de los socios, téngase en cuenta que es diferente la limitación que afecte a la crítica de la gestión de la asociación (por ejemplo, prohibiendo el aireamiento de los conflictos en el seno de la asociación o imponiendo prudencia y comedimiento en el modo de ejercer la crítica) que la libertad de expresión sobre otras cuestiones, en nuestro supuesto, el contenido o las formas de la publicidad. Dada la autonomía privada y las capacidades autorreguladoras que se atribuyen a las asociaciones, ambas conductas serán con muy alta probabilidad constitucionales. Véanse, en general, Pablo SALVADOR CODERCH (Coord.), Ingo VON MUNCH y Josep FERRER I RIBA, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997, pp. 161-166; Jesús ALFARO ÁGUILA-Real, "Autonomía privada y derechos fundamentales", *ADC*, tomo XLVI, 1993, pp. 57-122; y Claus-Wilhelm CANARIS, "Grundrechte und Privatrecht", *AcP* 184, 1984, pp. 201-246. Cfr. Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Por otra parte, ténganse en cuenta las posibilidades de renuncias específicas al ejercicio de la libertad de expresión comercial; sobre la renuncia de derechos fundamentales en general, véase Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 141-144.

Cuestión distinta es la planteada por la heteroeficacia de las normas de Autocontrol y la posible vulneración de la libertad de expresión de terceros ajenos a la asociación. Véase *infra* pp. 67 y ss.

⁹¹ La autodisciplina individual suele ser habitual en los medios de comunicación. Véanse, por ejemplo, la Resolución de 22 de enero de 2001 de la Dirección General del Ente Público Radiotelevisión Española, por la que se hacen públicas las normas reguladoras de la emisión de publicidad por «Televisión Española, Sociedad Anónima», aprobada por el Consejo de Administración del Ente Público Radiotelevisión Española en su reunión de 11.1.2001 (BOE núm. 21,

frecuentemente, colectiva, cuando las normas se adoptan en el seno de una organización o red social. Los sistemas de autodisciplina colectiva pueden dividirse a su vez en función de su aplicación en sectoriales, centralizados o mixtos (código sectorial pero aplicación externa por un órgano de control ajeno a la organización)⁹².

Por lo general, los códigos de autorregulación limitan las comunicaciones comerciales mediante el recurso a criterios de base deontológica y las sujetan a restricciones en cuanto a su contenido y al momento y lugar de su emisión. El fundamento normativo e institucional de los sistemas de autorregulación o autocontrol se encuentra en el derecho comunitario general de la publicidad (art. 5 de la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55/CE), de la competencia desleal (art. 10 de la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales), y, en el sector normativo específico de las comunicaciones comerciales a través de Internet (arts. 16 y 17 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico). En España, la Exposición de Motivos de la LGP señala que el esquema de sanciones y mecanismos procesales previstos en la Ley no impide el control voluntario de la publicidad realizado por los organismos de autocontrol⁹³.

de 24.1.2001). Cuando las normas son adoptadas por un medio de comunicación de titularidad pública deberán ser consideradas normas de carácter administrativo. Sobre el particular, véase la STS 29.5.1987, que resolvió que las normas sobre publicidad en RTVE constituían normas administrativas. Algunos autores han criticado que tales normas constituyen una interpretación muy rigurosa de la legislación publicitaria vigente (véase Francisco VICENT CHULIÀ, *op. cit.*, p. 695).

⁹² Anxo TATO PLAZA, "La autodisciplina publicitaria", *Revista de Autocontrol* núm. 102, noviembre de 2005, pp. 4-5.

⁹³ Véanse asimismo los artículos 18 y 32 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, de 12.7.2002); y DA 3ª de la Ley 22/1999, de 7 de junio, de modificación de la Ley 25/1994, de Televisión sin Fronteras (BOE núm. 136, de 8.6.1999), que establece que "los poderes públicos promoverán el desarrollo de organizaciones de autorregulación del sector, pudiendo acudir a ellas cualesquiera personas o entidades que se consideren perjudicadas". Véase también el reciente artículo 13.2 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29.12.2004): "La Administración pública promoverá acuerdos de autorregulación que, contando con mecanismos de control preventivo y de resolución extrajudicial de controversias eficaces, contribuyan al cumplimiento de la legislación publicitaria".

También son destacables las consideraciones hacia la promoción de sistemas de autorregulación contenidas en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (DO L núm. 115 de 17.4.1998), y en las Conclusiones del Consejo, de 27 de septiembre de 1999, sobre los resultados de la consulta pública relativa al Libro Verde sobre la convergencia (en particular los aspectos relativos a los medios de comunicación y el sector audiovisual) (DO C núm. 283 de 6.10.1999).

b) El sistema de Autocontrol

En España, la autorregulación publicitaria viene auspiciada por la «Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial» (Autocontrol)⁹⁴, antes denominada «Asociación de Autocontrol de la Publicidad» (AAP). Autocontrol es una asociación sin ánimo de lucro compuesta por anunciantes, agencias, medios de comunicación y otras empresas de servicios al discurso comercial, que en conjunto representan más del 70% de la inversión publicitaria española, así como por diversas asociaciones empresariales.

Además de promover la elaboración de códigos sectoriales, cuenta con un conjunto de reglas que constituyen la concreción de aquello que es éticamente correcto o incorrecto en el ámbito del discurso comercial y determinan los límites de la actividad publicitaria para la protección de los intereses y derechos de consumidores y competidores. Los códigos, proyectados por el Jurado de Autocontrol, y aprobados por la Asamblea General de la asociación son:

- a) Código de Conducta Publicitaria (diciembre 1996): basado en el *International Code of Advertising Practice* de la Cámara de Comercio Internacional y en sus principios básicos de veracidad, legalidad, honestidad y lealtad de las comunicaciones comerciales. Este Código recoge las normas básicas de conducta que deberán ser respetadas en la actividad publicitaria. En este sentido, abarca aspectos tales como una norma acerca de la interpretación de las expresiones publicitarias y la realización de publicidad comparativa, así como normas sobre protección de la infancia y la adolescencia, protección del medio ambiente, entre otras.

El Código de Conducta Publicitaria se divide en dos partes:

⁹⁴ Sobre los antecedentes históricos y la evolución del sistema de autorregulación de la publicidad en España, véase José Antonio GÓMEZ SEGADÉ, "Sistema de autorregulación publicitaria" en VV.AA., *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980, pp. 178 y ss.; José Antonio GÓMEZ SEGADÉ y Carlos LEMA DEVESA, "La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español", *ADI* 7, 1981, pp. 31-114; Anxo TATO PLAZA, "El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España", *ADI* 18, 1997, pp. 161-186; y Maria Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y derecho público. La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, pp. 225-245.

- a) La primera está dedicada a establecer su ámbito de aplicación y reproduce, asimismo, normas contenidas en los Estatutos de la asociación sobre funciones y funcionamiento del Jurado.
- b) La segunda parte contiene las distintas normas deontológicas de las comunicaciones comerciales que se articulan a partir de cuatro principios: respeto por la legalidad (norma 2), interdicción del abuso de la buena fe de los consumidores (norma 4); autenticidad de las comunicaciones (norma 13) y veracidad de su contenido (norma 14).

Además de estos principios fundamentales, el Código recoge otras normas que establecen límites generales a la publicidad o regulan determinadas modalidades publicitarias. Así, por ejemplo, contiene prohibiciones generales a la explotación publicitaria del miedo, a la incitación a la violencia, comportamientos ilegales o prácticas peligrosas, a la realización de publicidad denigratoria, así como obligaciones al respeto al derecho al honor de las personas y al buen gusto y decoro en la comunicación. En cuanto a modalidades publicitarias específicas, el Código norma, entre otras, las alegaciones sobre garantías, la utilización de datos de carácter técnico, la publicidad testimonial o la publicidad mediante concursos y sorteos⁹⁵.

- b) Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (CONFIANZA ONLINE) (2002): abarca tanto las comunicaciones comerciales como los aspectos contractuales de las transacciones comerciales con consumidores realizadas a través de Internet y otros medios electrónicos, sin olvidar la necesaria salvaguarda de la protección de datos personales tanto en la publicidad como en la contratación con consumidores⁹⁶.
- c) Código Ético de Publicidad en Cine (2000): establece las normas deontológicas en la proyección de comunicaciones publicitarias antes o después de la proyección de un largometraje en las salas de cine españolas.

Además, Autocontrol también está encargada de la aplicación de una serie de códigos sectoriales de otras entidades, entre otros, los códigos de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) de 1999, de la Asociación Española del Tabaco (2001), de

⁹⁵ Para un examen con mayor detalle del contenido del Código, véase Anxo TATO PLAZA, *op. cit.*, pp. 31-38.

⁹⁶ Véase Anxo TATO PLAZA, "Autorregulación publicitaria y códigos de conducta sobre publicidad en Internet" en José Antonio GÓMEZ SEGADÉ (Dir.), *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 225 y ss.

la Asociación Nacional de Especialidades Farmacéuticas Publicitarias (ANEFP) (1999), de la Asociación Española de Fabricantes de Juguetes (AEJF) (2003), de Cerveceros de España (2004); el Código PAOS de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud (2005); y el Código español de buenas prácticas para la promoción de los medicamentos de FARMAINDUSTRIA (2005).

Los dos primeros han sido autorizados por las resoluciones de 10.11.2000 y 19.12.2002 del Tribunal de Defensa de la Competencia, que afirma que aún siendo contrarios al art. 1 de la antigua Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia pueden ser autorizados conforme al art. 3 de aquella ley: las “limitaciones tienen por objeto proteger un interés general relacionado con el consumo de tabaco, fundamentalmente por menores, [...] los procedimientos de control del cumplimiento de las limitaciones derivadas del acuerdo que se somete a autorización, que se contienen en el texto del mismo, parecen en principio adecuados para garantizar la transparencia e imparcialidad necesarias para su correcto funcionamiento, sin perjuicio de los derechos que, en cada caso, correspondan a las empresas asociadas” (FD 3º)⁹⁷.

⁹⁷ Como señala José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, Introducción (86), p. 98: “[...] no son pocas las dudas que, desde la perspectiva del Derecho de defensa de la competencia, podría suscitar un sistema de autocontrol de la publicidad que no fuera una simple reiteración y/o concreción de la legislación aplicable a la particular actividad publicitaria, sino que, bien por el tenor de sus normas –incluso de sus normas más estrictamente deontológicas– o bien (y sobre todo) por la aplicación que de ellas se haga y de la eficacia que las correspondientes resoluciones pudieran tener para sus asociados, orientara la conducta de los destinatarios hacia sólo alguna de las posibilidades de actuación legalmente permitidas en detrimento de otras igualmente ilícitas o, aún más, que acabara por impedir o limitar actuaciones conformes con el Derecho positivo contra la competencia desleal, esto es, que frustrara contenidos, técnicas, prácticas y estrategias publicitarias o promocionales que no pudieran considerarse ilícitas a la luz de la legislación positiva en vigor. En tal caso, en efecto, la instauración del sistema de autocontrol o su aplicación podría constituir una práctica colusoria [...], necesitado de una autorización individual, o un abuso de posición dominante o de situación de dependencia económica”.

Por su parte, Anxo TATO, en relación con la Ley 16/1989, destacó que, a falta de una norma como el §24 de la Ley Alemana de Defensa de la Competencia (GWB), que se ocupara de los códigos empresariales de conducta, solamente eran necesarias autorizaciones singulares si se daban los requisitos de los artículos 1 y 3 LDC, lo que no ocurriría cuando los códigos se limitaban a reproducir la legislación vigente (como así lo ha declarado el TDC), o cuando las restricciones que incorporaban no superaban el umbral de la regla *de minimis* (art. 1.3. LDC). Anxo TATO PLAZA, “Los Códigos de Conducta ante el Derecho de Defensa de la Competencia”, *Anuario de la Competencia* 2002, pp. 389 y ss.

De conformidad con la actual Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio (BOE núm. 159, de 4.7.2007)), que abandona el sistema de autorización singular, los códigos de autorregulación estarán exentos si se consideran como una conducta de menor importancia (artículo

El objetivo de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial es prevenir y resolver eventuales controversias publicitarias, estableciendo un marco ético donde se desenvuelva una comunicación comercial responsable y veraz. La Asociación cuenta con un instrumento de control o, en su caso, resolución extrajudicial de controversias en materia publicitaria (Jurado de la Publicidad), así como con un sistema voluntario de consulta previa («*copy advice*» e informes)⁹⁸.

La AAP señala el desarrollo creciente de estos instrumentos en los últimos años y su poder preventivo de controversias: el incremento del número de consultas previas contrasta año tras año con el estancamiento en el número de reclamaciones presentadas al Jurado (véase gráfico⁹⁹).

5) o si se dan los requisitos del artículo 1.3, esto es, se trata de “*prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:*

a) *Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.*

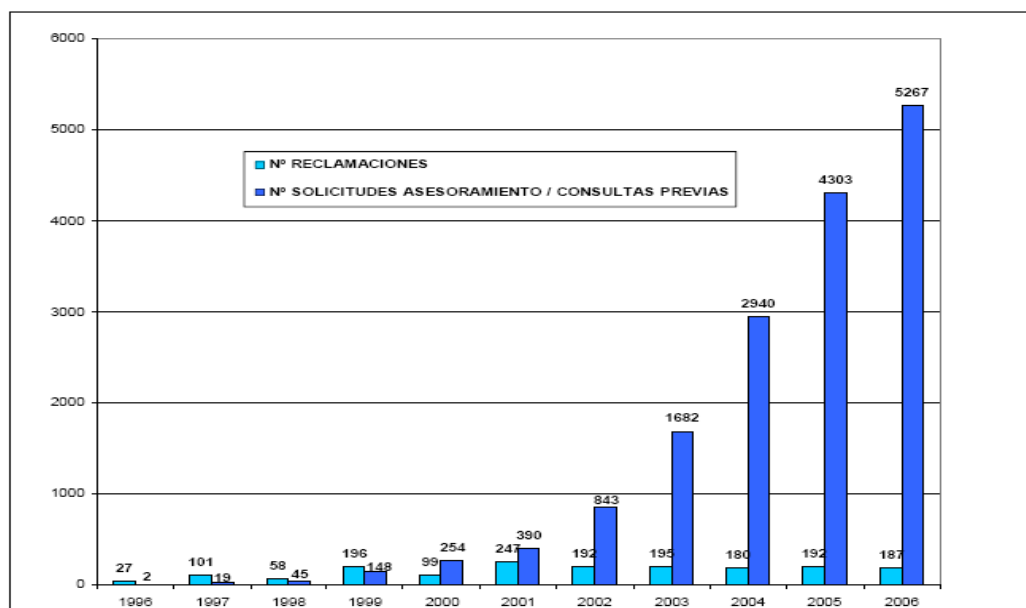
b) *No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y*

c) *No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados”.*

Véase, finalmente, la STPICE 28.3.2001, asunto T-144/99, *Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes c. Comisión*: en relación con una prohibición de realizar publicidad comparativa entre agentes de diferentes Estados miembros, el TPI señala que “no se puede admitir que, por principio, las normas de organización del ejercicio de una profesión eludan el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, sólo porque los organismos competentes las califiquen de «deontológicas»” (64). Sentencia comentada por Áurea SUÑOL LUCEA, “Aplicación de las normas sobre competencia a la actividad de los profesionales liberales”, 22 *ADI* (2001), pp. 635 y ss.

⁹⁸ Por otra parte, AUTOCONTROL ha señalado que, “[c]omo consecuencia de los excelentes resultados cosechados con este sistema y conscientes de que el medio televisivo por su mayor impacto y alcance general, produce una mayor sensibilidad, los operadores de televisión Radio Televisión Española, Pulbiespaña (Telecinco), Antena 3 Televisión y Sogecable (Canal Plus), conjuntamente con FORTA, la AEA y AUTOCONTROL firmaron en 2002 un Convenio sobre Autorregulación Publicitaria en televisión por el que se extendía, de manera específica, el servicio de Copy Advice a estos concretos medios” (AUTOCONTROL, *Memoria de actividades 2003*, pp. 8 y ss. (<http://www.autocontrol.es/pdfs/memoria2003.pdf>) (Consultado en 10.7.2007)). Así, durante el año 2003, estos medios realizaron 133 consultas antes de emitir un anuncio de cuya licitud se dudaba.

⁹⁹ AUTOCONTROL, *Informe anual de actividades 2006*, p. 3 (http://www.autocontrol.es/pdfs/informe_anual_actividad2006.pdf) [Consultado en 15.7.2007].



En cuanto a la aplicación del derecho de la competencia a los sistema de consulta previa, téngase en cuenta la Resolución del TDC de 20.1.2004, en la que el TDC denegó la autorización singular para un acuerdo mediante el cual los asociados a la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) se comprometían a someter a un dictamen previo y vinculante por parte de Autocontrol la publicidad de cierto tipo de bebidas espirituosas. Para el TDC, “[e]l acuerdo [...] supondría una nueva y significativa reducción del ámbito de libertad comercial de las empresas sin que mediara una ventaja correlativa [...] en términos de beneficios para el consumidor” “frente a la protección ya existente mediante los mecanismos de control ex-post previstos”¹⁰⁰.

Las consideraciones del TDC tienen en cierto modo un traslado al ámbito de la libertad de expresión. Desde este punto de vista, el sistema de consulta previa no debería presentar demasiados problemas, pues de ninguna forma puede llegar a equivaler a una censura previa en el sentido del art. 20.2 CE:

- a) En primer lugar, los informes carecen de eficacia vinculante, pues son meras recomendaciones a su solicitante: éste puede rechazar las propuestas de modificación realizadas por Autocontrol o aceptarlas. En ambos supuestos, además, si el anuncio fuera posteriormente reclamado, el informe no vincularía al Jurado de Publicidad. Con todo, la anticipación de posibles costes derivados de una reclamación y la alineación institucional entre Autocontrol y su Jurado generarán los incentivos suficientes para que pocos solicitantes se aparten de las recomendaciones recibidas.
- b) En segundo lugar, dadas la reputación de Autocontrol y el prestigio de sus miembros, el sistema de consulta previa opera a la práctica como un método para concretar la

¹⁰⁰ Para un análisis de esta resolución, véase José María DE LA CUESTA RUTE, “Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del Derecho de la Competencia (A propósito de la Resolución del TDC de 20 de enero de 2004)”, *RDM* núm. 256 (2005), pp. 675-696.

corrección deontológica en el sector de la comunicación comercial y el establecimiento de pautas interpretativas de buenas prácticas que, a medio o a largo plazo, contribuyen al abaratamiento para los sujetos implicados de costes derivados de controversias y de la incertidumbre legal. En cierta manera, los informes y otros documentos constituyen un bien público, con importantes externalidades positivas sobre la industria publicitaria y los consumidores.

Sin embargo, el sistema puede afectar a terceros ajenos al sistema de consulta previa. En primer lugar, dado que, por ejemplo, un medio de comunicación socio de Autocontrol puede solicitar un informe sobre la futura emisión de un anuncio realizado por un anunciante no socio, se plantea el problema de la heteroeficacia del informe¹⁰¹. Ello puede ocurrir con frecuencia en la aplicación del sistema de consulta previa previsto en el Convenio para el fomento de la autorregulación de la publicidad televisiva, firmado entre Autocontrol y la Secretaría de Estado para las telecomunicaciones y la Sociedad de la información (SETSI) del Ministerio de Industria, Ciencia y Tecnología, en diciembre de 2003¹⁰². En segundo lugar, dado el carácter confidencial de los informes y consultas, resulta imposible examinar la aplicación de pautas interpretativas y estándares deontológicos y, en definitiva, considerar si ésta es o no demasiado prudente o se proyecta sobre contenidos del discurso público¹⁰³. Por otra parte, los supuestamente principales beneficiarios de la corrección de las prácticas publicitarias –los consumidores– no participan en la conformación de tales pautas.

¹⁰¹ Véase *infra* pp. 67 y ss.

¹⁰² En el contexto de este Convenio, en 2005 Autocontrol atendió 2664 consultas en el ámbito televisivo, 2361 de las cuales correspondían a solicitudes de *copy advice*. De los anuncios revisados, 1617 obtuvieron *copy advice* positivo, en 425 anuncios se recomendó introducir cambios y 319 obtuvieron *copy advice* negativo. Véase AUTOCONTROL, *Memoria de Actividades 2005*, p. 23 (<http://www.autocontrol.es/pdfs/memoria2005.pdf>) [Consultado en 10.7.2007].

¹⁰³ Téngase en cuenta que, por lo general, las solicitudes de *copy advice* no se refieren a cuestiones sobre buen gusto y decoro en los anuncios –categoría en la que los contenidos de discurso público juegan un papel especial–, sino, sobre todo, a publicidad engañosa, publicidad dirigida a menores que no cumplía la normativa, y alegaciones sanitarias no autorizadas. Véase AUTOCONTROL, *Memoria de Actividades 2005*, p. 12 (<http://www.autocontrol.es/pdfs/memoria2005.pdf>) [Consultado en 10.7.2007].

En cambio, merecen especial atención las solicitudes de *copy advice* en relación a las normas sobre publicidad y protección de la mujer. En 2006, el Gabinete Técnico de Autocontrol examinó la licitud y corrección ética de 82 solicitudes en la materia. En 36 casos, Autocontrol desaconsejó la difusión del anuncio; en 22, recomendó introducir cambios en el anuncio; y, en el resto, no apreció inconvenientes en relación a la posible vulneración del art. 3 a) LGP. Véase *Informe de actividades 2006*, pp. 49-52 (http://www.autocontrol.es/pdfs/informe_anual_actividad2006.pdf) [Consultado en 10.7.2007].

c) Jurado de Publicidad y heteroeficacia de las normas de Autocontrol

La resolución extrajudicial de las controversias corresponde al Jurado de Publicidad, un órgano de control deontológico e independiente encargado de resolver las reclamaciones en materia de publicidad que le son presentadas (art. 21 de los Estatutos¹⁰⁴).

De acuerdo con el art. 46.3 de los Estatutos, el Jurado tiene atribuidas las siguientes competencias:

- a) Formular los anteproyectos de Códigos Éticos y otras normas de conducta en materia de comunicación comercial que se presenten a la Junta Directiva de la Asociación para su tramitación definitiva.
- b) Resolver las reclamaciones o controversias que se presenten en relación con las comunicaciones comerciales, realizadas o difundidas por los asociados o por terceros no asociados que acepten expresa o tácitamente su competencia, por presunta infracción de los códigos y normas de conducta aprobados por la Asociación, de conformidad con su Reglamento.
- c) Emitir un Dictamen, que exprese su opinión deontológica y no vinculante, acerca de la corrección de comunicaciones comerciales realizadas por terceros no asociados, cuando se le requiera por cualquier persona con un interés legítimo y aquellos hubieran rechazado participar en el procedimiento previsto en el párrafo anterior.
- d) Emitir dictámenes de carácter técnico o deontológico sobre las diversas cuestiones publicitarias que le sean solicitados por la asociación.
- e) Actuar como árbitro en aquellas cuestiones publicitarias que le sean sometidas a su decisión.
- f) Cualquier otra función que le sea expresamente encomendada por la Junta Directiva sobre materias relacionadas con la comunicación comercial.

El Jurado de la Publicidad está compuesto por un Presidente, seis presidentes de Sección y veinte vocales, nombrados por la Junta Directiva de la Asociación por mayoría de sus miembros entre profesionales de prestigio con reconocida cualificación en las áreas del Derecho, la Comunicación Comercial y la Economía, que son

¹⁰⁴ Estatutos de «Autocontrol. Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial», aprobados por la Asamblea Constituyente el día 11 de mayo de 1995 (última modificación aprobada por la Asamblea General Ordinaria celebrada el 25.4.2007).

independientes de los órganos asociativos y las entidades adheridas a la asociación (art. 47).

El Instituto Nacional de Consumo (INC) propone a la Junta Directiva el nombramiento del 25% de los miembros del mismo.

Entre otros, reputados mercantilistas como los profesores Francisco Vicent Chulià, Carlos Fernández-Novoa, Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano y José Massaguer Fuentes han formado parte del Jurado.

De acuerdo con Anxo TATO, “el órgano de control *no resuelve directamente una controversia o conflicto entre dos partes*. Antes al contrario, vigila el cumplimiento del Código por parte de la empresa adherida y, en consecuencia, emite una resolución sobre la adecuación de la publicidad objeto de la reclamación a las normas y principios recogidos en el Código de Conducta”¹⁰⁵, aunque con frecuencia el sistema es “utilizado por terceros para obtener una resolución extrajudicial del conflicto que les enfrente con una empresa adherida al sistema”¹⁰⁶.

La aplicación de fundamentos deontológicos por parte del Jurado de Autocontrol resulta en muchas ocasiones en el análisis jurídico del supuesto: el principio básico 2 de las Normas Deontológicas del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, que establece que “[l]a publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”, se configura como válvula de superación del control ético y de remisión al jurídico. Así, la función del Jurado se centra en interpretar, concretar, sintetizar con valor didáctico las normas jurídicas en la materia. Desde el punto de vista del derecho de defensa de la competencia, estas funciones no deberían ocasionar problemas siempre que se limiten a una mera concreción de las pautas de resolución utilizadas por tribunales que aún no han culminado en su tipificación por parte del Legislador; o si, mediante un *juicio claramente previsible*, no existen dudas de ilicitud y su inclusión en el ámbito de protección de una cláusula general¹⁰⁷. Sin embargo, el reenvío a cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados puede menoscabar el alcance de la libertad de expresión en este ámbito¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Anxo TATO PLAZA, “La autodisciplina publicitaria”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 20.

¹⁰⁷ Anxo TATO PLAZA, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁸ Sobre ello, Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *op. cit.*, pp. 230 y ss.

Aunque no existe información empírica al respecto, los socios afectados por las decisiones del Jurado de Publicidad no acuden a los tribunales ordinarios para impugnar sus resoluciones¹⁰⁹. Por otra parte, prácticamente toda la actividad publicitaria queda sujeta a autocontrol, sin necesidad de que los sujetos afectados se hayan adherido. Como afirman José MASSAGUER y Felipe PALAU, “existe una obvia heteroeficacia: el sometimiento de la publicidad al control organizado de esta forma se justifica en cuanto en su difusión se halla involucrado un miembro del sistema; por lo tanto, los anunciantes no afiliados al sistema no pueden escapar a este control en la medida en que en la difusión de su publicidad intervengan agencias y medios de comunicación afiliados”¹¹⁰. En efecto, pueden ver cercenada su libertad de expresión no sólo aquellos sujetos que se han adherido de forma voluntaria al sistema autorregulatorio.

d) Actividad expresiva de Autocontrol

Algunas empresas no adheridas a Autocontrol han cuestionado la función del Jurado en la emisión de resoluciones sobre la corrección deontológica de sus comunicaciones comerciales. El problema no ha sido enfocado desde la limitación de la libertad de expresión de la empresa, sino desde los posibles daños y perjuicios a su reputación

¹⁰⁹ No nos consta de ningún caso en el cual los afectados por una resolución del Jurado de Publicidad hayan acudido a la jurisdicción constitucional por vulneración de la libertad de expresión. Confróntese con la situación en Gran Bretaña, donde algunas resoluciones de la *Advertising Standards Authority* (ASA) han sido recurridas con fundamento en la violación de la libertad de expresión: véase Richard LAWSON, “Challenging the Advertising Standards Authority”, *New Law Journal*, Vol. 151 N0 6979, p. 526 (2001).

Además de las barreras generadas por el sistema de normas sociales aparejado a la autodisciplina publicitaria, algunos autores han sugerido que el desarrollo de procedimientos por publicidad engañosa puede tener significativas pérdidas en el mercado de capitales para las empresas perseguidas. Véanse Sam PELTZMAN, “The Effects of FTC Advertising Regulation”, 24 *Journal of Law and Economics* 403 (1981) y Alan MATHIOS y Mark PLUMMER, “The Regulation of Advertising by the Federal Trade Commission: Capital Market Effects”, 12 *Research in Law and Economics* 77 (1989), quienes proponen que los efectos reputacionales derivados de un procedimiento por publicidad engañosa no sólo conciernen a los consumidores, que habrían visto menguada su confianza en el producto o servicio, sino también a otros sujetos no dañados directamente y, más importante, que de ello no derivan un daño futuro para sus intereses: accionistas, trabajadores y proveedores.

¹¹⁰ José MASSAGUER FUENTES y Felipe PALAU RAMÍREZ, *Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la comunicación de la comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea*, Instituto Nacional de Consumo, Barcelona, 2002, p. 61.

comercial causados por la resolución del Jurado y ha generado su debate en los tribunales y en la doctrina.

Tras recibir una reclamación y conferir un plazo a la reclamada para formular alegaciones, el Jurado de Autocontrol dictó una resolución el 3 de junio de 2002 en la que se declaraba que la publicidad de la campaña de «Laboratorios Lesvi, SA», sociedad no adherida entonces a Autocontrol, realizada entre septiembre de 2001 y abril de 2002 era contraria al Código de Conducta de Autocontrol y se le instaba a retirarla.

«Laboratorios Lesvi, SA» demandó a Autocontrol y solicitó la declaración de invalidez de la resolución, la condena a publicar la sentencia en la revista mensual de Autocontrol y en su página web y una indemnización de daños y perjuicios a la reputación comercial de la sociedad.

El JPI núm. 42 de Madrid, en sentencia de 24 de marzo de 2003, estimó en parte la demanda: declaró la nulidad de la resolución, condenó a la publicación de la sentencia y desestimó la pretensión indemnizatoria. Interpuesto recurso de apelación por Autocontrol, la sentencia fue confirmada por la SAP de Madrid, Sección 11ª, de 24 de mayo de 2004 (JUR 2004\227317; MP: Jesús Gavilán López)¹¹¹.

Las sentencias citadas equiparan el sistema de autocontrol publicitario al arbitraje y resuelven que el Jurado de Publicidad no puede emitir resoluciones relativas a expresiones publicitarias de las que sean responsables sujetos no adheridos, salvo que exista sometimiento de éstos a aquél, pues se estaría vulnerando un supuesto “derecho constitucional a que nadie se pronuncie públicamente sobre una controversia” (*sic*). Sin embargo, la comprensión de la función de control del Jurado como sistema arbitral es errónea. Así, en opinión de Anxo TATO, “al crear un sistema de autodisciplina, la industria publicitaria no sólo implanta un mecanismo de resolución extrajudicial de controversias para las empresas a él adheridas; crea también un mecanismo de expresión de la industria publicitaria en torno a la corrección ética y deontológica de la publicidad”¹¹². En este sentido, la resolución no tendrá carácter vinculante para la empresa no adherida, pero además, otras diferencias distancian el sistema de

¹¹¹ Véase el ATS, 1ª, de 15.2.2005 (JUR 2005\88328; MP: Román García Varela) por el que se desestima el recurso de queja interpuesto por Autocontrol contra el Auto de la AP de Madrid que denegaba tener por preparado recurso de casación contra la sentencia citada.

¹¹² Anxo TATO PLAZA, “La autodisciplina publicitaria”, *op. cit.*, p. 9. Para una opinión contrapuesta, véase José María DE LA CUESTA RUTE, “Un límite al poder autorregulador de autocontrol de la publicidad”, *Cuadernos de Derecho y Comercio* núm. 43 (2005), pp. 11-36.

autodisciplina del de arbitraje: convenio arbitral como negocio jurídico bilateral frente a declaración unilateral de voluntad de someterse al control del Jurado de Publicidad; aplicación de normas jurídicas o de equidad frente a aplicación de normas de carácter deontológico; preclusión del sometimiento del conflicto a jueces y tribunales frente a prejudicialidad e interrupción del proceso del Jurado; ejecución forzosa del laudo arbitral frente a cumplimiento voluntario (bajo amenaza de sanción en caso contrario para las empresas adheridas) de la resolución del Jurado.

En definitiva, más que un sistema puro de resolución de conflictos, el pronunciamiento del Jurado supone un ejercicio expresivo por parte de Autocontrol en el que comunica la opinión o valoración que le merece una determinada práctica publicitaria y conforma progresivamente un acervo de pautas sobre el buen funcionamiento de las comunicaciones comerciales en el mercado¹¹³. Esto es, se trata en definitiva de un ejercicio de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 CE. Según Anxo TATO, “[...] es obvio que para emitir su opinión o parecer no vinculante en torno a la corrección ética o deontológica de una campaña publicitaria, los órganos de control del sistema no precisan del sometimiento de la empresa afectada. Antes bien, la emisión de un parecer sobre la corrección ética o deontológica de un mensaje publicitario encuentra pleno amparo en el derecho a expresar libremente las ideas y opiniones, garantizado por el art. 20 CE”¹¹⁴.

No obstante, para el JPI y la AP, el Jurado hace algo más que expresar su opinión y asume una vocación de resolución de conflictos, ilegítima y antijurídica¹¹⁵ cuando no

¹¹³ Obsérvese la naturaleza de bien público que dicho acervo presenta y, dada su producción a niveles subóptimos, debería ser subsidiada, acaso mediante su protección constitucional. Véase Daniel A. FARBER, “Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment”, 105 *Harv. L. Rev.* 554 (1991); y, con mayor detalle, *infra* pp. 257 y ss.

¹¹⁴ Anxo TATO PLAZA, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁵ Ambas instancias judiciales parten de la antijuridicidad de la conducta como requisito para la acción de responsabilidad civil. Sin embargo, la doctrina más autorizada defiende que puede prescindirse totalmente de este requisito, pues juicio de negligencia y criterio de antijuridicidad son la misma cosa, ya que ambos parten de la causación de un daño reprochable. Véase, por todos, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 290-305. Con independencia de los problemas dogmáticos que plantea la antijuridicidad del daño, es recomendable abandonar su análisis en ámbitos donde la conducta causante del daño esté amparada en un derecho fundamental y, en particular, en los conflictos entre libertad de información y expresión con derechos de la personalidad.

Por otra parte, la consideración de la conducta de Autocontrol como ilegítima puede perjudicar a su reputación y crear un efecto de degradación en el sistema de autodisciplina y, en efecto, disminuir socialmente la provisión de bienes públicos. Sobre estos efectos en las redes sociales y en los sistemas

existe adhesión o sumisión al sistema de control y, por ello, desplegará efectos sobre la reputación de un agente en el tráfico. De hecho, para ambas instancias, se trata de daños morales *per se*: “queda constatado el perjuicio ocasionado objetivamente a la demandante pues esa condena y reproche formulado con publicidad afecta a la solvencia y fama de la entidad cuando [...] se ha difundido ilegítimamente [...] con el consiguiente conocimiento de las empresas [...] y de la sociedad, en su conjunto” (FD 5º). Finalmente, ambas instancias declaran que la condena a la publicación de la sentencia supone un remedio resarcitorio (*sic*) adecuado y suficiente para la reparación de tales daños morales.

3.2. Control de la publicidad ilícita

Los particulares pueden ejercer un control del discurso comercial por medio de la interposición de una acción por publicidad ilícita¹¹⁶. Dicha acción comprende diferentes pretensiones que, según el orden del art. 31 LGP, son las de rectificación, cesación, publicación de la sentencia y difusión de la publicidad correctora.

Artículo 31 LGP:

“La sentencia estimatoria de la demanda deberá contener alguno o algunos de los siguientes pronunciamientos:

- a) Conceder al anunciante un plazo para que suprima los elementos ilícitos de la publicidad.
- b) Ordenar la cesación o prohibición definitiva de la publicidad ilícita.
- c) Ordenar la publicación total o parcial de la sentencia en la forma que estime adecuada y a costa del anunciante.
- d) Exigir la difusión de publicidad correctora cuando la gravedad del caso así lo requiera y siempre que pueda contribuir a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita, determinando el contenido de aquélla y las modalidades y plazo de difusión”.

Interesa destacar tres características:

privados de adjudicación (*Private Legal Systems*), véase Amitai AVIRAM, “Regulation by Networks”, *University of Chicago Law School. John M. Olin Law & Economics Working Papers (2d Series)*, WP No. 181 (2003).

¹¹⁶ Véase, por todos, José MASSAGUER FUENTES, “El procedimiento por publicidad ilícita”, *RDM* núm. 248 (2003), pp. 453-497 (también publicado en *Revista de Autocontrol* núm. 80, noviembre 2003).

- a) La legitimación para el ejercicio de una acción por publicidad ilícita corresponde a los titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos previstos en la LGDCU o en las normativas autonómicas de consumo; y, en el plano público, a determinados organismos de la Administración pública¹¹⁷ y al Ministerio Fiscal¹¹⁸.
- b) Reclamación extrajudicial como requisito de procedibilidad¹¹⁹.
- c) La acción por publicidad ilícita es compatible con otras acciones y, en especial, por las previstas en los arts. 18 y ss. de la Ley de Competencia Desleal (acción de remoción, mera declaración, indemnización de daños y perjuicios y enriquecimiento injusto).

3.3. Control de la publicidad desleal

La acción por publicidad ilícita permite perseguir la publicidad desleal. Según el art. 6 LGP es publicidad desleal¹²⁰:

¹¹⁷ Como ya se señaló, la Administración no tiene vedado el control del discurso comercial mediante acciones en el plano privado. El art. 29.3 LGP legitima activamente a ciertos organismos de la Administración Pública, en particular el Instituto Nacional de Consumo, y a los órganos o entidades correspondientes de las CCAA y de las administraciones locales. Entre los organismos que tienen un reconocimiento normativo de la legitimación para interponer acciones por publicidad ilícita, destacan la Comisión Nacional del Mercado de Valores (art. 94 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores), el Banco de España (art. 11.5 de la Orden Ministerial del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad), autoridades sanitarias (art. 7.3 Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria).

¹¹⁸ Téngase en cuenta que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29.12.2004), “[c]uando una publicidad sea considerada ilícita por afectar a la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer, podrán solicitar del anunciante su cesación y rectificación:

- a) La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.
- b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.
- c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.
- d) Los titulares de un derecho o interés legítimo.”

¹¹⁹ Crítico con este requisito, José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, pp. 11-16.

“a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos.

b) La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

c) La publicidad comparativa cuando no se ajuste a lo dispuesto en el artículo siguiente¹²¹.”

El tipo de la publicidad desleal comprende la publicidad que induce a confusión, la publicidad denigratoria, la publicidad parasitaria, la publicidad comparativa y una cláusula general basada en la contrariedad con las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

¹²⁰ La separación dicotómica operada por la LGP entre publicidad engañosa y publicidad desleal responde a una anticuada e incorrecta distinción entre intereses de los consumidores e intereses de los competidores que ha sido superada *de facto* por la práctica. Véase José MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, Introducción (24), p. 58 y Carme MADRENAS I BOADAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de competencia*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990.

¹²¹ Véase art. 6 bis.2 LGP: “La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos: a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades. b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio. c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación. d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido. e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aún, y la de su terminación. f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse una ventaja indebida, en su caso, del método de producción ecológica de los productos competidores.

Como ya hemos visto, con la regulación del discurso comercial empresas y profesionales establecidos en un sector consiguen limitar el acceso de competidores entrantes. La publicidad comparativa¹²², y también la publicidad parasitaria, permiten superar las barreras de entrada elevadas en un determinado mercado por una empresa establecida. Así, una campaña de publicidad agresiva puede enfatizar las ventajas de los productos de la empresa entrante frente a los de la establecida y estimular la competencia en el mercado. Por ello, cabría otorgar una mayor libertad al mensaje publicitario comparativo y relajar las exigencias de sustanciación de las afirmaciones realizadas¹²³.

Por otra parte, tras la reforma operada por la Ley 39/2002¹²⁴, la LGP contiene una cláusula general de publicidad desleal definida como aquélla contraria a la buena fe y a las normas de corrección o los buenos usos mercantiles, cláusula de cierre del sistema de publicidad desleal paralela al art. 5 LCD. La doctrina reconduce a estos preceptos los supuestos de publicidad desagradable y, sin perjuicio del art. 3.a) LGP, la publicidad que atente contra la dignidad y el buen decoro¹²⁵. Así, un anuncio como el analizado por el Jurado de Autocontrol en resolución de 17.1.1997 (*Particulares c. "G y J España Ediciones, SL"*) podría considerarse desleal: el jurado resolvió que era contrario a las buenas costumbres un spot televisivo para promocionar un número de la revista "Cosmopolitan" en el que aparecía una mujer joven pedaleando en una bicicleta estática y teniendo un orgasmo con la voz en off "Descubre uno de los deportes más

¹²² Por todos véase Anxo TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

¹²³ En este sentido, véase, por ejemplo, Fernando GÓMEZ POMAR, "La relación entre normativa de protección de consumidores y normativa de defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del derecho", *InDret* 1/2003 (www.indret.com), pp. 21-22.

¹²⁴ Ley 30/1992, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios (BOE núm. 259, de 29.10.2002).

¹²⁵ Véase José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, Art 5 (31), p. 160-161 y Anxo TATO PLAZA, "La explotación publicitaria de los sentimientos: el caso Benetton", *Derecho de los Negocios* 44 (1994), p. 13 y ss. La publicidad que apela a los sentimientos también es objeto del reproche de deslealtad o, en su caso, es considerada contraria a las códigos de autorregulación de la publicidad. En definitiva, para la mayoría de autores, la publicidad que apela a los sentimientos o que adopta un tono desagradable infringe el art. 5 LCD (cláusula general de deslealtad), así como el art. 3.a) LGP (publicidad ilícita) y el art. 15 LCD (deslealtad por infracción de normas). Véanse, entre otras, RJAP 25.7.1996 (Leche Pascual, SA) y RJAP 24.4.1997 (SmithKline Beechan Consumer Healthcare, SA) y RJAP 24.7.1998 (FEGREPPA) en las que se considera que la publicidad enjuiciada persigue generar un miedo o alarma infundando en relación con la salud para conseguir la contratación de los productos ofertados.

sanos y estimulantes: el autoerotismo” y el texto “Aprende tocando: Masturbarse ya no es tabú”¹²⁶.

El recurso a cláusulas generales –como los arts. 5 LCD o 6. b) *in fine* LGP–, para el control del discurso comercial ha sido una práctica más o menos habitual durante el siglo XX¹²⁷ que, atendiendo a su posible contrariedad de la libertad de expresión, exige una interpretación restrictiva¹²⁸.

3.4. Control del engaño

El art. 4 LGP, siguiendo pero adaptando a la baja la definición del art. 2.2 de la Directiva 84/450/CEE¹²⁹, define la publicidad engañosa como aquella

“que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor”.

o aquella

“que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”.

En resumen, el art. 4 LGP establece tres elementos:

¹²⁶ Véase asimismo RJAP de 26.4.2001 (*Particular c. “Levi Strauss de España, SA”*): fotos de una pareja desnuda y en actitud procaz en vallas publicitarias y postales.

¹²⁷ Es obligada la remisión al excelente trabajo de Cándido PAZ-ARES, “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)”, *RDM*, 1981, pp. 7-147, donde narra la evolución histórico-dogmática de la cláusula general prevista en el § 1 de la antigua Ley de Competencia Desleal alemana (deslealtad por contrariar las buenas costumbres) y demuestra cómo en algunos momentos determinados *rent-seekers* han patrocinado una interpretación de la misma como norma remisor a las concepciones morales de estos últimos.

¹²⁸ Véase ampliamente *infra* pp. 183-189, y p. 392.

¹²⁹ Art. 2.2 Directiva 84/45/CEE: “Toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”.

- a) aptitud del mensaje para inducir a error en el destinatario del mensaje
- b) posibilidad de afectación al comportamiento económico del destinatario
- c) posibilidad de perjuicio para un competidor

La redacción del artículo, más bien desafortunada y con menor calidad técnica que la concordante en la Directiva, impide una comprensión de la concurrencia de los requisitos generadores de engaño¹³⁰. En cualquier caso, un examen del *case law* en la materia ayuda a dilucidar el concepto actual de engaño mantenido por los tribunales y por el Jurado de Publicidad.

El engaño no sólo hace referencia a las expresiones falsas, esto es, aquellas alegaciones carentes de toda verdad o veracidad, sino también a aquellas otras declaraciones inexactas, que son las que en la práctica originan los litigios bien entre anunciantes y consumidores, bien entre anunciantes competidores en un determinado sector de mercado. En otras ocasiones, el error se produce por la utilización de expresiones ambiguas o desconocidas.

Para que un supuesto de inexactitud no de lugar a engaño, el anunciante deberá probar en el proceso la veracidad de la alegación, es decir, que todos los elementos de la

¹³⁰ ¿Basta la aptitud del mensaje para inducir a error para considerarlo engañoso, convirtiendo a la afectación del consumidor y del competidor en meras contingencias? ¿Basta que perjudique o sea capaz de perjudicar a un competidor para que el mensaje sea engañoso, en otras palabras, el requisito de la afectación al comportamiento económico del destinatario, escrito entre comas, se contempla como mera hipótesis o como requisito? SANTAELLA y DE LA CUESTA RUTE entienden que para que exista engaño debe darse el primero de los elementos y alguno de los segundos, véanse Manuel SANTAELLA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 158 y José María DE LA CUESTA RUTE, *op. cit.*, p. 156 y ss.: “El error ha de recaer sobre un elemento de significación suficiente para alterar las condiciones del mercado”. Para LEMA DEVESA y para VICENT CHULIÀ, el engaño dimana de la concurrencia de los dos primeros elementos, con independencia del ilícito competencial; véase Francisco VICENT CHULIÀ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanc, 19ª ed., Valencia, 2006, p. 690. Finalmente, Carme MADRENAS I BOADAS sostiene que la posibilidad de afectación al comportamiento económico de los destinatarios o de perjuicio de un competidor son posibilidades no constitutivas del ilícito (véase Carme MADRENAS I BOADAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de competencia*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, p. 189 y ss.); aunque posteriormente sugiere un criterio económico de definición del engaño que recoge el requisito de afectación del comportamiento económico del consumidor: véase Carme MADRENAS I BOADAS, *op.cit.*, n. 117 y, especialmente, Richard A. CRASWELL, “Interpreting Deceptive Advertising”, 65 *Boston University Law Review* 657 (1985), quien transforma la fórmula de Hand para determinar la existencia de negligencia en un estándar para examinar la existencia de engaño: “an advertising is legally deceptive if and only if it leaves some consumers holding a false belief about a product and the ad could be cost-effective changed to reduce the resulting injury” (p. 678). Véanse *infra* p. 396 y ss.

publicidad se correspondan con la realidad¹³¹. La intensidad de la actividad probatoria dependerá del caso: no son suficientes aquellas pruebas sobre características de los productos o servicios que sean diferentes aunque estrechamente relacionadas con las de las alegaciones publicitarias¹³². En la práctica, se utilizan diversos factores de interpretación¹³³:

- a) Cualidades cognitivas del destinatario del mensaje: en la actualidad, los tribunales y el Jurado de Publicidad recurren al estándar del “consumidor medio” acuñado –en materia publicitaria y en el ámbito de la UE– por la STJCE de 16.7.1998, Asunto C-210/96, *Gut Springenheide GmbH y Rudolf Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt Amt für Lebensmittelüberwachung*, y definido como aquel consumidor “normalmente informado y razonablemente atento y

¹³¹ En efecto, dada la exigencia de contenido fáctico, “no puede enjuiciarse como acto de engaño la comunicación al público de juicios de valor puros: opiniones y elogios que no expresen una valoración formulada a partir de circunstancias de hecho conocidas o reconocibles por el destinatario, sino una valoración enteramente subjetiva. Esta clase de manifestaciones, por otro lado, no dejan de quedar protegidos por la garantía constitucional de la libertad de expresión (art. 20.1 CE). Y por esta misma razón, tampoco puede ser enjuiciada como acto de engaño la publicidad directamente encaminada a provocar sentimientos irracionales [...], ni la publicidad meramente sugestiva, carente de todo contenido informativo pero que resulta adecuada para condicionar las reacciones de los consumidores mediante el fomento de estereotipos ligados al uso o consumo de un producto o servicio”. Véase José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, Art. 7 (17)-(18), pp. 220-221.

¹³² En este sentido, véase RJAP de 22.4.1999 (*Colgate-Palmolive España, SA c. Henkel Ibérica, SA*).

¹³³ Téngase en cuenta el texto del art. 5 LGP: “Para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

1. Las características de los bienes, actividades o servicios, tales como:
 - a. Origen o procedencia geográfica o comercial, naturaleza, composición, destino, finalidad, idoneidad, disponibilidad y novedad.
 - b. Calidad, cantidad, categoría, especificaciones y denominación.
 - c. Modo y fecha de fabricación, suministro o prestación.
 - d. Resultados que pueden esperarse de su utilización.
 - e. Resultados y características esenciales de los ensayos o controles de los bienes o servicios.
 - f. Nocividad o peligrosidad.
2. Precio completo o presupuesto o modo de fijación del mismo.
3. Condiciones jurídicas y económicas de adquisición, utilización y entrega de los bienes o de la prestación de los servicios.
4. Motivos de la oferta.
5. Naturaleza, cualificaciones y derechos del anunciante, especialmente en lo relativo a:
 - a. Identidad, patrimonio y cualificaciones profesionales.
 - b. Derechos de propiedad industrial o intelectual.
 - c. Premios o distinciones recibidas.
6. Servicios postventa”.

perspicaz” (Cdo. 31). Los hechos del caso fueron, en resumen, los siguientes: la sociedad alemana “Gut Springenheide GmbH” comercializaba huevos en cuyo envase figuraba la mención “6-Korn 10 frische Eier” (10 huevos frescos 6 cereales), en referencia a la alimentación de las gallinas ponedoras. La inspección alimentaria alemana consideró que se trataba de una mención engañosa contraria a la normativa sectorial aplicable¹³⁴, pues los seis cereales constituirían el 60% de la dieta de las gallinas y, por tanto, la mención podía inducir a error a una parte importante de compradores en la medida en que sugería que la alimentación contenía sólo los seis cereales. En efecto, el 24.7.1989, la inspección instó a la sociedad a suprimir la expresión del producto e impuso una multa al Sr. Tusky, gerente de la sociedad.

La sociedad y su gerente recurrieron ante el *Verwaltungsgericht Münster*, que confirmó la resolución administrativa. El tribunal de apelación confirmó el fallo. Los sancionados recurrieron entonces ante el *Bundesverwaltungsgericht*, que elevó cuestión prejudicial al TJCE para que determinara si la apreciación sobre el carácter engañoso por inducción a error de las menciones publicitarias debe hacerse con relación a la expectativa real de los consumidores, en cuyo caso habría que determinar la posibilidad de error mediante un sondeo efectuado entre una muestra representativa de consumidores o mediante un dictamen pericial, o bien la noción de engaño se basa en un concepto objetivo de comprador, que requiere una interpretación puramente jurídica, independiente de la expectativa concreta de los consumidores.

La respuesta del TJCE es clara: el Juez nacional debe tomar como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz¹³⁵, sin perjuicio de que en caso de dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de una mención pueda ordenar un sondeo de opinión o un dictamen pericial.

¹³⁴ Art. 10.2.e) 1 del Reglamento CEE núm. 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos (DO L 173, p. 5).

¹³⁵ Los tribunales españoles también han hecho suyo el estándar del consumidor medio. Véase SJPI núm. 43 de Barcelona de 8.9.1999; *Fage Dairy Industry, S.A. vs. Danone, S.A.*: no induce a error la comercialización de un yogur destacando el término “griego”, utilizando imágenes evocadoras del país y los colores de la bandera de Grecia en la presentación del producto mediante una campaña publicitaria centrada en la idea del origen griego del alimento. También el Jurado de Publicidad acude al test del consumidor medio; véanse, entre otras, RRJAP 26.6.2000; 20.11.2000; 17.6.2004 y 27.7.2004.

También es posible atender a sondeos demoscópicos siempre que se valoren en conjunto sus datos y no atendiendo a respuestas particulares¹³⁶ y se examinen junto a otros factores¹³⁷.

- b) La publicidad difundida previamente por la empresa anunciante, con especial referencia a la repetición de mensajes realizados en campañas previas.
- c) La publicidad difundida en el marco de la campaña en otros medios (folletos, prensa...). Se puede hablar de un “principio de integridad” de la campaña¹³⁸.
- d) Factores ajenos a la publicidad, con especial atención al etiquetado¹³⁹.

Por su parte, la LCD también prevé que los discursos comerciales engañosos puedan censurarse por cuanto suponen un acto de competencia desleal. En efecto, el art. 7 LCD dispone que:

“Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas”¹⁴⁰.

¹³⁶ RJAP 10.9.2002 (*Procter & Gamble España, SA c. J.García Carrión, SA*). Véase también Felipe PALAU RAMÍREZ, “El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en Derecho español y europeo. A raíz de la Sentencia del TJCE de 16 de Julio de 1998, as. C-210/96, *Gut Springenheide*”, *ADI* 19, 1998, pp. 367-396; y “Últimos desarrollos sobre los sondeos de opinión como medio probatorio del engaño”, *Autocontrol* núm. 75, mayo 2003.

¹³⁷ RJAP 17.3.1999 (*APROGA c. Kellogg's España, SA*).

¹³⁸ Véase Anxo TATO PLAZA, “En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria”, *Autocontrol* núm. 71, enero 2003, p. 3. Véase también la RJAP de 21.5.2002 (*CECU c. Coca-Cola España, SA*).

¹³⁹ Véanse STJCE de 4.4.2000, Asunto C-465/98, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV c. Adolf Darbo AG*; y SJPI núm. 5 de Majadahonda de 15.5.2000 (*apud* Anxo TATO PLAZA, *op. cit.*, p. 4)

¹⁴⁰ Sobre la aplicación de este precepto y su relación con el art. 4 LGP, véase José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, Art. 7 (1-100).

3.5. Control del discurso comercial desagradable o de mal gusto

Más allá del control de la deslealtad o del engaño en la publicidad, algunos particulares actúan, habitualmente de forma organizada, contra discursos comerciales contrarios a sus valores, ideologías o estilos de vida.

En efecto, *lobbies* más o menos organizados y algunos individuos –entre otros, asociaciones feministas¹⁴¹, protectoras de animales¹⁴², grupos de transexuales¹⁴³, sindicatos agrarios¹⁴⁴, agentes de seguros¹⁴⁵, cazadores¹⁴⁶ y asociaciones de falleras¹⁴⁷ – han presionado a los centros de decisión y han conseguido cercenar discursos comerciales que no se ajustaban a sus credos particulares¹⁴⁸.

¹⁴¹ RJAP de 7.2.2000 (*Institut Català de la Dona c. Baricentro*): estimación de la reclamación presentada contra un anuncio en prensa de unos grandes almacenes en el que aparecía una mujer desnuda con el texto “Et cobrim de moda”.

¹⁴² RJAP de 5.6.2003 (*Particulares y Sociedad Protectora de Animales y Plantas de Málaga c. “Campofrío Alimentación, SA”*): estimación de la reclamación frente a un anuncio de jamón york en el que aparece una mujer abriendo un cajón de cocina contra el que se golpea un perro.

¹⁴³ RJAP de 29.7.2003 (*Particulares c. “Heineken España, SA”*), confirmada en la alzada por RJAP de 19.9.2003: estimación de la reclamación presentada por un grupo de transexuales frente a un anuncio de cerveza en el que un grupo de hombres se reía de un travestido.

¹⁴⁴ La Unió de Llauradors i Ramaders-COAG y la organización agraria AVA-Asaja presionaron a la empresa Bocatta para que retirara un anuncio en el que, decían, se ofrecía una imagen vejatoria de la actividad agraria y se sugería “Quédate sólo con lo mejor del campo”. Véase *El País*, 20.8.2003, p. 45.

¹⁴⁵ Televisión Española preparó un anuncio para el programa “Operación Triunfo 3” en que aparecía una puerta de entrada a una oficina en cuyo cristal esmerilado figuraba el rótulo siguiente: «David Bisbal. Agente de seguros». A continuación, el anuncio se preguntaba: «¿Qué hubiera sido de él si nadie le hubiera dado una oportunidad?». El anuncio no agradó demasiado al Consejo General de los Colegios de Mediadores de Seguros Titulados, que consiguió que TVE retirara su emisión. Véase <http://www.mediadoresdesegurosdemadrid.com/cgi-bin/cartatelevision1.asp> (consultado en 10.8.2006).

¹⁴⁶ La Federación Española de Caza emitió una queja formal contra un anuncio de Renault por las imágenes que mostraban a unos cazadores apuntando de forma amenazadora a un cervatillo. Véase Fernando TRÍAS DE BES, “Los límites de la publicidad”, *El País Semanal*, 28.8.2005.

¹⁴⁷ Tras las quejas de una asociación de falleras, Coca-Cola retiró un anuncio en el que aparecía un hombre travestido vestido con el traje regional de Valencia cantando “Soy la Fallera Mayor”. Véase *Diario de Valencia*, 10.7.2003.

Para la doctrina más autorizada¹⁴⁹, la publicidad de tono desagradable, además de poder vulnerar fundamentos deontológicos establecidos en los códigos de autorregulación, puede ser considerada contraria al ordenamiento jurídico y reprimirse por medio de la cláusula general de la LCD y así ha ocurrido en otros ordenamientos¹⁵⁰.

En algunos supuestos, sin embargo, la censura de algunos contenidos ha obtenido reconocimiento legal. El ejemplo más paradigmático es el de la lucha de grupos feministas contra anuncios que, dicen, ofrecen una imagen de la mujer estereotipada, la relegan a neto reclamo sexual o perpetúan roles discriminatorios y que ha obtenido el respaldo del Legislador español mediante la reforma de la LGP operada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE núm. 313, de 29.12.2004).

Con anterioridad a la reforma, el art. 3 a) de la LGP calificaba como ilícita “[l]a 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”. La reforma, sin introducción de cambio sustantivo alguno¹⁵¹, dio al artículo una redacción más compleja, casi churrigueresca: ahora es ilícita “[l]a publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado 4”. De forma singular, “[s]e entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento

¹⁴⁸ Cfr. RJAP de 27.5.2004 (*Federación de Escultismo de España c. Compañía Coca-Cola de España, SA*): desestimación de la reclamación presentada por una asociación de *boy scouts* contra un anuncio de bebida refrescante que recurría humorísticamente a los tópicos asociados al movimiento escultista.

¹⁴⁹ Por todos, José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, Art 5 (31), p. 160-161.

¹⁵⁰ Véase *infra* pp. 179 y ss.

¹⁵¹ Anxo TATO PLAZA califica a la reforma de innecesaria y expone que comunicaciones comerciales censurables mediante el art. 3a) LGP ya eran habitualmente reprimidas. Véase Anxo TATO PLAZA, “Violencia de género y publicidad”, *ADI* vol. 25, 2004-2005, pp. 489-498; y los supuestos allí citados: SJPI de Ibi, de 3.3.1992 (declaración de ilicitud de un anuncio de juguetes que distinguía en dos bloques los productos destinados a niñas -muñecas y utensilios para la casa y la cocina- y a niños -juguetes relacionados con la vida social y profesional); y RJAP de 14.1.2004 (“Reloj IWC”) (ilicitud de una campaña de publicidad de un reloj en el que se afirmaba que éste era “duro. Especialmente con las mujeres. Sólo existe para hombres”).

coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”.

La parte final del precepto establece dos supuestos en los que una comunicación comercial puede reputarse vejatoria para la mujer:

- a) Utilización de forma particular y directa del cuerpo de la mujer o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar. Para la mejor doctrina¹⁵², la aplicación de esta regla requiere la concurrencia de tres presupuestos: utilización del cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad, utilización del cuerpo como mero objeto, y desconexión total y absoluto entre la imagen utilizada y el producto promocionado¹⁵³.
- b) Utilización de la imagen de la mujer asociada a comportamientos estereotipados coadyuvando a generar violencia de género. Serán ilícitos aquellos anuncios que, presentando a la mujer en el desempeño de actividades que tradicionalmente les han correspondido, transmitan el mensaje de que tales actividades son propias y exclusivas de las mujeres y que éstas vienen obligadas a asumirlas.

Por otra parte, el artículo 41 de la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23.3.2007) establece que “[l]a publicidad que comporte una conducta discriminatoria de acuerdo con esta Ley se considerará publicidad ilícita, de conformidad con lo previsto en la legislación general de publicidad y de publicidad y comunicación institucional”. El precepto exige para la declaración de ilicitud de la comunicación comercial que ésta constituya una conducta discriminatoria a efectos de la ley. En la determinación de qué conductas son discriminatorias, interesan, desde el punto de vista de las comunicaciones comerciales, dos notas:

¹⁵² Anxo TATO PLAZA, *op. cit.*, pp. 491 y ss.

¹⁵³ El Jurado de la Publicidad ha instado a varios anunciantes a cesar sus campañas publicitarias tras examinar que, sin existir una conexión entre la imagen de la mujer y el producto promocionado, utilizan el cuerpo de la mujer como el elemento principal para captar la atención de los destinatarios del mensaje; relegan a la mujer a mero objeto sin concederle ningún rol activo. Véanse RJAP de 15.12.2005, *AUC c. Unilever España, S.A.* (“Magnum”) (anuncio de helado en el que aparecen los hombros y la cabeza de una mujer con los ojos cerrados, boca abierta y la mano sobre el cuello con connotación erótica); RJAP de 7.6.2006 y RJAP, Pleno, 4.8.2006, *Particular c. Media Markt Saturn Administración, S.A.U.*, (folleto publicitario en el que debajo del eslogan “Verás las mejores delanteras del mundo”, aparecen dos mujeres con ceñidas camisetas de la selección brasileña); y RJAP de 20.6.2006, *AUC c. Air Berlin* (utilización de fotografía de las nalgas de una mujer manchadas de arena en anuncio sobre vuelos a destinos turísticos conocidos por sus playas). Cfr. RJAP de 15.12.2005, *AUC c. Importaciones y Exportaciones Varma, SA* (“Ron Barceló”) (licitud de un anuncio de ron en el que se muestra una fotografía de una mujer arrodillada en una playa caribeña con la superimpresión “Ron Barceló. Oscuro objeto de deseo”).

- a) El artículo 6 de la Ley establece los conceptos generales de discriminación directa e indirecta:

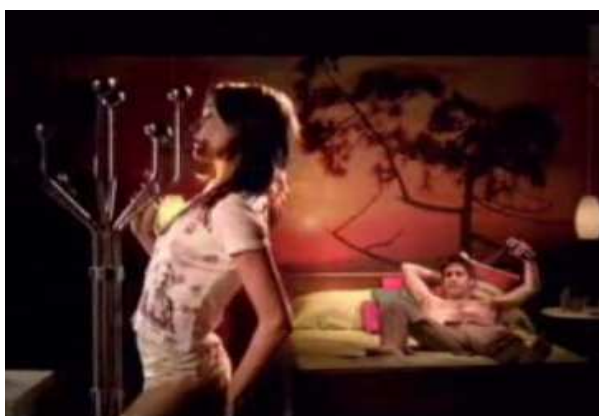
“1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo”.

- b) El artículo 7.3 considera al acoso por razón de sexo discriminatorio *per se*. De acuerdo con el art. 7.2 es acoso por razón de sexo *“cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.*

En el ámbito de la publicidad sexista, han generado gran repercusión mediática y social, pero también jurídica, las campañas publicitarias realizadas en la última década por “Lever Fabergé, SA” para promocionar el desodorante AXE. Una de sus últimas campañas se componía de dos anuncios por televisión. En el primero, aparecía un chico joven con el torso desnudo rociando un perchero con desodorante. A continuación, una chica joven bailaba con el perchero siguiendo el rastro de desodorante. Al final, el chico se rociaba desodorante sobre su torso.



En el segundo, un chico joven se aplicaba desodorante en spray por el brazo extendido y por el pecho. En la imagen siguiente aparecía el chico sentado al volante de un coche al lado de una chica joven. Extendía el brazo por detrás del cuello de la chica, ésta olisqueaba su muñeca y empezaba a seguir el rastro de desodorante por el brazo y por

el pecho. Ambos anuncios concluían con la frase sobreimpresionada “Márcales el camino”.

La entonces secretaria de igualdad del PSOE, Micaela Navarro, envió una carta al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, del que depende el Instituto de la Mujer, para que adoptara medidas contra el anuncio¹⁵⁴. Asimismo, consiguió que el Consejo de Administración de Radio Televisión Española retirara la campaña en sus canales de televisión¹⁵⁵.

Por otra parte, la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) reclamó contra “Lever Fabergé, SA” por la campaña a la que consideraba contraria al art. 3 a) LGP, art. 8.1 de la Ley de Televisión sin Fronteras y el art. 2 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, por cuanto ofrecía una imagen discriminatoria de la mujer.

El Jurado de Publicidad por resolución de 12 de septiembre de 2003 rechazó la reclamación: “la campaña reclamada reviste un tono claramente exagerado, que provoca que el consumidor atento y perspicaz interprete que las situaciones que en tales anuncios se reflejan son ficticias e irreales. [...E]l tono exagerado y ficticio del anuncio hace que el presente anuncio hace que el presente anuncio no pueda considerarse apto para desencadenar en el público de los consumidores un proceso de reflexión que les lleve a deducir del mismo un mensaje sexualmente discriminatorio”¹⁵⁶.

Las cuestiones acerca del buen gusto y el decoro social en las comunicaciones comercial aparecen, así, como uno de los escenarios donde la libertad de expresión puede desarrollar un papel más destacado. En muchas ocasiones, la limitación de estas formas de comunicación conllevará una injerencia inconstitucional de la libertad de expresión del anunciante, como ha resuelto el Tribunal Constitucional alemán¹⁵⁷: *de gustibus non*

¹⁵⁴ *El País*, 3.9.2003, p. 26.

¹⁵⁵ *El País*, 5.9.2003, p. 61.

¹⁵⁶ Anteriormente, el Jurado de Publicidad ya había rechazado otra reclamación presentada por un particular (RJAP 3.7.2002). En otros contextos, particulares han conseguido que prosperaran sus pretensiones: así, en agosto de 2002, el Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones, estimó la petición del Colegio de Médicos de Madrid de retirar la campaña de AXE en la que aparecía una doctora que no podía resistirse al perfume que emanaba un chico escuchimizado que utilizaba el citado desodorante (*El País*, 8.8.2002). Véase también la Decisión 13/03 de 5 de marzo del *Consell de l'Audiovisual Català* (*Estel Ramos Marquès y Observatori de Dones de Cornellà c. AXE*) en la que el CAC insta a “Televisió de Catalunya” a no emitir campañas similares en el futuro.

est dispuntandum y la libertad de expresión debe operar para facilitar la presentación de muchos puntos de vista –incluso ofensivos– y no proclamar sólo uno de ellos¹⁵⁸. Por tanto, se hace necesaria la utilización de un estándar rígido para enjuiciar la deslealtad o la incorrección de estas formas de publicidad. De hecho, este canon más estricto permea en la actualidad las resoluciones del Jurado de Autocontrol¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Véanse *infra* pp. 179-190.

¹⁵⁸ Con todo, puede plantearse la cuestión acerca de si la protección de un punto de vista dominante comporta la imposibilidad de que puedan prosperar otros y, en efecto, plantearse el reto normativo de proceder a una redistribución de poder expresivo. Estas cuestiones se han difundido sobre todo en el ámbito de los discursos sexistas y tienen su reflejo en la publicidad denigratoria de las mujeres: se dice, en definitiva, que la protección constitucional de la publicidad sexista mediante la libertad de expresión conlleva la perpetuación de un modelo tradicional y patriarcal de las relaciones entre hombres y mujeres. Con mayor detalle, véase *infra* pp. 378 y ss.

¹⁵⁹ Véase RJAP de 29.3.2004 (*Particular c. Volkswagen-Audi, S.A.*), que resuelve la reclamación de un particular contra un anuncio de un coche en el que se compara el sufrimiento de unos animales salvajes enjaulados en pésimas condiciones con el del vehículo anunciado encerrado en un garaje. La reclamada había alegado que el anuncio perseguía criticar y llamar la atención sobre la actuación de algunos zoológicos. El Jurado desestima la reclamación al entender que el anuncio no es contrario al mal gusto, aunque algunas de sus interpretaciones pueden herir la sensibilidad de algunas personas y afirma que “[a]un en el caso de que el anuncio reclamado pudiera incluirse en la denominada publicidad impactante, dicha publicidad debe ser admitida como ejercicio de la libertad de expresión [...] tal como, por ejemplo, ha reconocido la doctrina constitucional alemana que considerada este jurado aplicable como tal doctrina en el marco del artículo 20.1. a) de la Constitución española, entendiéndose que la publicidad no ha de tener forzosamente contenido informativo, sino que cumple su finalidad con tal de atraer la atención del público consumidor hacia los productos que promociona, con tal de que lo haga con mensajes que respeten la legalidad y el buen gusto o los buenos sentimientos”.

CAPÍTULO SEGUNDO

COMMERCIAL SPEECH EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

1. Orígenes de la doctrina: *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 (1976)) y antecedentes.

El Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos de América inició su doctrina sobre *Commercial Speech* en la sentencia a *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 (1976))¹⁶⁰. La polémica decisión dejaba sin vigencia el principio tradicional expresado en *Valentine v. Chrestensen* (316 U.S. 52 (1942)) y repetido durante décadas de que la protección de la Primera Enmienda a la Constitución no alcanzaba a la publicidad¹⁶¹.



El Sr. Chrestensen, ciudadano de Florida, se dedicaba a exhibir un submarino de su propiedad por distintos puertos norteamericanos. Al llegar a New York, imprimió folletos publicitarios anunciando la atracción. La policía advirtió al Sr. Chrestensen que una ordenanza municipal prohibía la distribución de publicidad y que sólo era posible repartir panfletos con información política. El Sr. Chrestensen imprimió entonces en el reverso de los folletos un mensaje quejándose de la gestión de los embarcaderos de la ciudad. La policía confiscó los folletos y el empresario recurrió ante los tribunales argumentado que se había vulnerado con ello su libertad de expresión.

El Tribunal Supremo declaró constitucional la prohibición de repartir folletos publicitarios en la calle y resolvió así que la publicidad comercial pasaba a engrosar la conocida lista redactada un mes antes de formas de discurso no protegidas por la Primera Enmienda:

¹⁶⁰ El lector encontrará una buena guía de los casos de la Supreme Court sobre *Commercial Speech* (1975-2003) en Steven G. BRODY y Bruce E. H. JOHNSON, *Advertising and Commercial Speech*, 2ª ed., Practising Law Institute, 2004. El análisis crítico de la doctrina más completo que conozco a la fecha es Robert C. POST, "The Constitutional Status of Commercial Speech", 48 *UCLA L. Rev.* 1 (2000). En España, damos cuenta de la doctrina del *Commercial Speech* Anxo TATO PLAZA, "Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana", *ADI* 14, 1991-1992, pp. 169-196 y "Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana: nuevos desarrollos", *ADI* 15, 1993, pp. 843-848; y Antoni RUBÍ I PUIG, "Publicidad y libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU.", *InDret* 4/2005 (www.indret.com).

¹⁶¹ Para un análisis de la posición de la U.S. Supreme Court entre la resolución de *Valentine* y la de *Virginia State Board of Pharmacy*, véase Soontae AN, "From a Business Pursuit to a Means of Expression: The Supreme Court's Disputes Over Commercial Speech from 1942 to 1976", 8 *Communication Law and Policy*, Spring 2003, p. 201-225.

“There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or «fighting» words –those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are not essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality” (*Chaplinsky v. New Hampshire* (315 U.S. 568 (1942))).

La puerta de la protección del discurso comercial ya se había abierto, un año antes de *Virginia State Board of Pharmacy, en Bigelow v. Virginia* (421 U.S. 809 (1975)), sentencia en la que la Corte Suprema –en ponencia del magistrado Harry A. Blackmun (1908-1999)–, declaraba inconstitucional la sanción impuesta a un diario de Virginia por haber publicado un anuncio en el que informaba de los servicios de una clínica abortista en el estado de Nueva York cuando en aquel estado estaba prohibido fomentar o promover el aborto (Va. Code Ann. § 18.1-63 (1960)).

**“UNWANTED PREGNANCY
LET US HELP YOU
Abortions are now legal in New York.
There are no residency requirements.
FOR IMMEDIATE PLACEMENT IN ACCREDITED
HOSPITALS AND CLINICS AT LOW COST
Contact
WOMEN'S PAVILION
515 Madison Avenue
New York, N. Y. 10022
or call any time
(212) 371-6670 or (212) 371-6650
AVAILABLE 7 DAYS A WEEK
STRICTLY CONFIDENTIAL. We will make
all arrangements for you and help you
with information and counseling.”**

El Tribunal resolvió que el anuncio hacía “algo más que simplemente proponer una transacción comercial” porque “contenía declaraciones de hecho de claro «interés público» [...] no sólo para los lectores que pudieran necesitar los servicios anunciados, sino también para aquellos otros con una curiosidad general o un interés genuino en la materia o en el derecho de otro Estado y en su desarrollo, y para los lectores que

persiguieran una reforma legal en Virginia”. La imbricación del anuncio con el derecho a abortar oscurece la cuestión de la protección constitucional de la publicidad¹⁶². Además, como afirma la sentencia, la falta de competencia del estado de Virginia para regular el aborto en otro estado hacía innecesario entrar en el análisis del grado de protección constitucional que merece el discurso comercial, aunque *obiter dicta* el ponente dejó entrever que “la publicidad no es ajena a la protección que ofrece la Primera Enmienda. Su vinculación con el mercado de productos y servicios no le hace perder su valor para el mercado de las ideas”.

En *Virginia State Board of Pharmacy*, el Tribunal dejó clara la inclusión de la publicidad neutra –el discurso comercial que, a diferencia de *Bigelow*, “no hace más que proponer una transacción comercial”– en la protección constitucional de la libertad de expresión y dio cuenta de sus fundamentos. La sentencia, también redactada por el Justice BLACKMUN, verdadero artífice de la *Commercial Speech Doctrine*, declaró inconstitucional el § 54-524.35 del Va. Code Ann., que establecía que el comerciante que hiciera públicos o anunciara los precios de los medicamentos que requirieran prescripción médica para su venta incurría en una “conducta antiprofesional”, castigada con una multa o con la retirada de la licencia de venta de fármacos.

Una asociación de consumidores, *Virginia Citizens Consumer Council Inc*¹⁶³, demandó a la agencia reguladora del mercado farmacéutico en el estado de Virginia, *Virginia State Board of Pharmacy*, y a sus integrantes y solicitó la nulidad del mencionado precepto al

¹⁶² Poco antes, el Tribunal había decidido uno de los *leading cases* del derecho constitucional norteamericano: *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 (1973)), sentencia también redactada por Blackmun, en la que se reconocía el derecho a abortar y se establecían las potestades de regulación en función del mes de embarazo.

¹⁶³ Detrás de la asociación estaba uno de los grupos activistas legales más influyentes de los EE.UU.: «Public Citizen Litigation Group» (www.citizen.org), fundado por Ralph Nader y Alan B. Morrison, quienes se han autoproclamado forjadores de la doctrina del *Commercial speech*. Véase el reciente artículo de Alan B. MORRISON, “How We Got the Commercial Speech Doctrine: An Originalist’s Recollections”, 54 *Case Western Reserve Law Review* 1189 (2004). Sin negar lo anterior, «Public Citizen» se ha manifestado en ocasiones posteriores a favor de regulaciones de la publicidad muy restrictivas de la libertad de expresión. Véase Kathleen M. SULLIVAN, “Cheap Spirits, Cigarettes, and Free Speech: The Implications of 44 Liquormart”, 1996 *Supreme Court Review* 123 (1996), p. 130 n. 35. Activistas legales ya esporádicos, como Mark Kasky en su litigio contra la multinacional Nike, ya organizados, como la Washington Legal Foundation en la litigación contra las regulaciones de la publicidad de medicamentos aprobadas por la FDA, participan activamente en el desarrollo de la doctrina del *Commercial Speech* y en otros sectores de la Primera Enmienda. Véase Adam SAMAHA, “Litigant Sensitivity in First Amendment Law”, 98 *Northwestern University Law Review* 1291 (2004).

considerarlo contrario a la Primera Enmienda. Una *District Court*, integrada por 3 magistrados, declaró nulo el precepto¹⁶⁴.

El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de instancia y estableció que un discurso, “[...] porque se gaste dinero para proyectarlo, como ocurre con un anuncio pagado, no pierde la protección que otorga la Primera Enmienda”, destacó la importancia del discurso comercial en la sociedad:

“El interés particular de los consumidores en la transmisión libre de información comercial puede ser tan intenso, incluso mucho más intenso, que su interés en el debate político más urgente del día”. “En general, la sociedad puede tener un interés sustancial en la transmisión libre de información comercial. Incluso un anuncio concreto, aunque en sí «comercial», puede tener un interés público general”.

Y elogió sus beneficios sociales¹⁶⁵:

“[N]o puede establecerse un límite entre la publicidad comercial «interesante» o «significativa» y su contraria. La publicidad, aunque en ocasiones trivial y excesiva, es, sin embargo, divulgación de información sobre quién es el productor y el vendedor de qué producto, por qué motivos y a qué precio”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ 373 F. Supp. 683 (ED Va. 1974).

¹⁶⁵ Subyace la idea de que el discurso comercial, al igual que la formación de opinión pública, es un bien público. En efecto, al tratarse de un bien infraproducido por el mercado, la intervención del gobierno o alguna de sus agencias reguladoras debe centrarse en subsidiar el discurso y no limitarlo. Véase Daniel A. FARBER, “Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment”, 105 *Harv. L. Rev.* 554 (1991), p. 559. Sin embargo, FARBER, *op. cit.*, p. 565 y ss. cree que es más adecuado calificar al discurso comercial como un bien privado, pues el emisor captura la mayor parte de sus beneficios al experimentar un incremento en sus ventas y frente a él las regulaciones no tienen la misma capacidad de disuasión que frente al discurso político. Con todo, la naturaleza del discurso comercial y, en consecuencia, la capacidad para la captura de sus beneficios es objeto de controversias en la literatura: véanse NOTE, “Free Speech Protections for Corporations: Competing in the Markets of Commerce and Ideas”, 117 *Harv. L. Rev.* 2272 (2004) y Matthew L. SPITZER, “Freedom of Expression”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, Macmillan, London, 1998, pp. 167-172, p. 169. Véase *infra* p. 257 y ss.

¹⁶⁶ La misma idea se repite en un caso del año siguiente, *Carey v. Population Services International* (431 U.S. 678 (1977)), que declaró inconstitucional una ley del estado de Nueva York que prohibía anunciar anticonceptivos, ya que “el hecho de que la publicidad pueda ser ofensiva no justifica su supresión”.

En concreto, la protección de la expresión de información comercial comporta importantes externalidades positivas:

- 1) Facilita una toma de decisiones informada y de confianza
- 2) Reduce los precios de los productos y servicios
- 3) Elimina las barreras de entrada para los competidores en un determinado mercado¹⁶⁷

La sentencia parte de que los beneficios informativos de la publicidad superan los costes de recibir determinadas formas de discurso comercial (trivial, excesivo), y constituyen el fundamento de su protección constitucional:

“En cuanto protejamos de forma predominante una economía de libre empresa, la asignación de los recursos se realizará en gran medida por medio de un sinnúmero de decisiones económicas privadas. Resulta de interés general que estas decisiones, en global, sean inteligentes y bien informadas. Para tal fin, es indispensable la libre transmisión de información [...], así como para formar opiniones inteligentes acerca de cómo debe regularse o modificarse el sistema económico”.

Sin embargo, “[c]oncluir que el discurso comercial está protegido por la Constitución como otras modalidades de expresión no implica que éste no pueda regularse de algún modo”. Así, “la Primera Enmienda [...] no prohíbe a los Estados asegurar que el flujo de información comercial discorra de forma limpia y libre”, de modo que “puedan afrontar de forma efectiva el problema del discurso comercial engañoso o confuso”, es decir, cuando costes sobrepasen beneficios, mediante regulaciones incidentales (*time, place and manner restrictions*). Ésta es la diferencia principal con el estándar de protección del discurso en el contexto de la formación de opinión pública en el que sólo quedan sin cobertura constitucional aquellas expresiones que persigan dañar o engañar a la audiencia de forma dolosa (*actual malice*)¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Esta idea no aparece en la sentencia, sino un año más tarde en otra sentencia, cuyo ponente fue el propio Blackmun, en un caso de prohibición de publicidad a los abogados del estado de Arizona (*Bates v. State Bar of Arizona* (433 U.S. 350 (1977))).

¹⁶⁸ Véanse especialmente *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254 (1964)), *Gertz v. Robert Welch Inc.* (418 U.S. 323 (1974)) y *Hustler Magazine v. Falwell* (485 U.S. 46 (1988)).

El magistrado William H. Rehnquist (1924-2005) formuló un voto particular contra la sentencia y, repitiendo las palabras del Justice Hugo Black (1886-1971)¹⁶⁹, afirmó que no es razonable extender la protección de la Primera Enmienda a un comerciante que va de puerta en puerta vendiendo pucheros. La doctrina, en sus palabras, constituye una sumisión a los alegatos económicos liberales de Adam Smith y una limitación a la potestad del legislador estatal democrático de regular un determinado mercado¹⁷⁰ y, en especial, cuando esté presente el interés de proteger a la salud pública.

El Tribunal Supremo acababa de iniciar así una doctrina conflictiva en el seno de la propia institución marcada por las convicciones personales de los magistrados respecto de las potestades legislativas en la regulación de los mercados¹⁷¹ y en relación con la importancia otorgada a la información comercial, como bien público o como mero instrumento subordinado a una transacción comercial. Este hecho tendrá que determinar la variabilidad de los fundamentos alegados en el desarrollo de la doctrina y los contrapuntos en la demarcación del ámbito de protección del discurso comercial, como veremos seguidamente.

2. Riesgo de engaño: *Ohralik v. Ohio State Bar* (436 U.S. 447 (1978)).

Ohralik v. Ohio State Bar (436 U.S. 447 (1978)) es el primer ejemplo de restricción del ámbito de protección de las comunicaciones comerciales. En ella, el Tribunal, en ponencia del magistrado Lewis F. Powell, Jr. (1907-1998), dio cabida a la limitación de la expresión comercial justificada en un riesgo de engaño futuro. La preocupación por un flujo de información impoluto y por asegurar un concreto estándar de profesionalidad llevó al Tribunal a adoptar esta perspectiva, continuada un año más tarde en *Friedman v. Rogers* (440 U.S. 1 (1979)).

¹⁶⁹ *Breard v. City of Alexandria* (341 U.S. 622 (1951), 650) (dissenting opinion).

¹⁷⁰ “[T]here is certainly nothing in the United States Constitution which requires the Virginia Legislature to hew to the teachings of Adam Smith in its legislative decisions regulating the pharmacy profession”.

¹⁷¹ Lawrence Tribe escribiría más tarde que “[t]oda la doctrina de la protección constitucional del discurso comercial manifiesta un intento de conciliación entre el derecho de comunicarse y recibir expresiones acerca de bienes y servicios y el derecho del Gobierno a regular las ventas de tales bienes y servicios”, Lawrence TRIBE, *American Constitutional Law*, 2nd Edition, Foundation Press, Mineola (NY), 1988, p. 903. [el volumen II de la tercera edición de la obra en el que se analiza la libertad de expresión y, en especial, la doctrina del *Commercial Speech*, no ha sido publicado todavía].

El automóvil en el que circulaban dos jóvenes mayores de 18 años colisionó con otro coche cuyo conductor carecía de seguro de responsabilidad civil. El Sr. Ohralik, un abogado que ejercía en el estado de Ohio, supo de este accidente y de que correspondería a cada chica una indemnización de 12.500 \$ con arreglo a una póliza concertada por los padres de una de ellas. Entonces, el abogado se puso en contacto con las lesionadas y las convenció para prestarles sus servicios de defensa. Casi seguidamente, las jóvenes decidieron prescindir del abogado –si bien una de ellas le abonó más tarde una *quota litis* del 30 % de la cantidad transaccionada con la compañía de seguros– y denunciaron a la delegación local de la *Bar Association* cómo uno de sus miembros se había puesto en contacto con ellas para proponerles una relación contractual (*solicitation, ambulance-chasing*). La delegación local comunicó estos hechos a la *Ohio Bar Association*, que inició procedimiento sancionador por infracción de las normas disciplinarias y sancionó al letrado con una suspensión indefinida.

Tras pleitear infructuosamente contra la suspensión, el abogado recurrió ante el Tribunal Supremo Federal al considerar que la sanción impuesta quebrantaba la Primera Enmienda constitucional. La *Supreme Court* desestimó el recurso¹⁷²: la *solicitation* conlleva un daño probable para clientes potenciales y es contraria al estándar de profesionalidad socialmente aceptado¹⁷³.

Si bien la información prestada por el abogado antes de la perfección del contrato de prestación de servicios puede ser veraz y transparente –incluso puede enseñar las posibilidades de acción que dispone un consumidor ignorante de sus derechos–, existe un riesgo inherente de engaño y coerción, por lo que no resulta inconstitucional que los estados y las agencias reguladoras restrinjan *a priori* la información comercial previa a la celebración de un contrato: corresponde a los colegios profesionales, en cualquier caso, optar por un remedio *ex ante* (regulación estatutaria) o uno *ex post* (v.g.: responsabilidad contractual) para afrontar el problema.

¹⁷² Cfr. *In re Primus* (436 U.S. 412 (1978)), sentencia en la que el Tribunal Supremo declaró contraria a la libertad de expresión la sanción impuesta a un abogado de la American Civil Liberties Union (ACLU), por haber ofrecido sus servicios a un ciudadano. La diferencia entre los dos casos, según el Tribunal, reside en que Ohralik “was not engaged in associational activity for the advancement of beliefs and ideas; his purpose was the advancement of his own commercial interests”.

¹⁷³ La profesionalidad, entendida como un interés ajeno a la comunicación comercial que cabe proteger, ha servido como fundamento para limitar el discurso comercial de algunos sectores profesionales. Con éste y otros intereses extralingüísticos, el Tribunal ha ido recortado la posición maximalista inicial sostenida en *Virginia Board of Pharmacy* y en *Bates*. Véase. Fred S. MCCHESENEY, “De-Bates and Re-Bates: The Supreme Court’s Latest Commercial Speech Cases”, 5 *Supreme Court Economic Review* 81 (1997), p. 100 y ss.

De igual modo, en *Friedman v. Rogers* (440 U.S. 1 (1979)), el Tribunal consideró potencialmente engañosa la utilización de marcas por parte de ópticos; por ello, una ley que prohibía su utilización no era contraria a la Primera Enmienda. En ambos supuestos, se entendía que el discurso comercial en estos casos implicaba más costes sociales que no beneficios informativos.

3. Existencia de un interés sustancial para regular el discurso comercial.

Obsérvese que en los casos antes descritos la información comercial se consideraba *per se*, haciendo abstracción de la transacción comercial subyacente. Sólo había incidido en la resolución de los casos la «profesionalidad» como un elemento ajeno al acto comunicativo. Sin embargo, a partir de *Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission* (447 U.S. 557 (1980)), el Tribunal empezó a distinguir entre el interés gubernamental en la calidad del discurso y otros intereses ajenos al propio discurso (en especial, la protección de la salud de los consumidores)¹⁷⁴ y, a partir de entonces, la estrategia de análisis coste-beneficio de los defensores de las medidas regulatorias consistió en afirmar que éstas generaban muchos beneficios y comportaban pocos daños¹⁷⁵.

3.1. Adopción de un test en cuatro partes: *Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission* (447 U.S. 557 (1980)).

En diciembre de 1973, en plena crisis del petróleo, la *New York Public Service Commission* –organismo regulador de la industria eléctrica del Estado de Nueva York– ordenó a las centrales eléctricas de aquel estado que se abstuvieran de promocionar el uso de la energía eléctrica, a los efectos de ahorrar energía y así asegurar el abastecimiento a los consumidores durante aquel invierno.

El 25 de febrero de 1977 la orden se transformó en un *Policy Statement* que prohibía la promoción del suministro de energía eléctrica y sólo permitía el discurso meramente institucional o informativo. El principal objetivo de la medida era el ahorro de energía, mas la prohibición afectaba también a períodos en los que la demanda de energía era baja.

¹⁷⁴ Fred S. MCCHESENEY, *op.cit.*, p. 101.

¹⁷⁵ Nótese cómo cambia el punto de mira en el análisis coste-beneficio respecto de *Ohralik* y *Friedman*. Véase Fred S. MCCHESENEY, *op. cit.*, p. 99.

Uno de los suministradores afectados por la orden, «Central Hudson Gas and Electricity, Corp.», recurrió la orden ante los tribunales alegando su inconstitucionalidad. La *Trial Court* y el tribunal de apelación desestimaron los motivos del demandante. La *New York Court of Appeals* –el tribunal supremo estatal– confirmó los pronunciamientos de instancia¹⁷⁶, por lo que «Central Hudson» recurrió ante la *U.S. Supreme Court*.

El Tribunal Supremo, en sentencia redactada por el magistrado Lewis F. Powell, entendió que la orden la *Commission* no sólo se injería en los intereses comerciales de las centrales eléctricas: “la expresión comercial no sirve sólo a los intereses económicos del emisor, sino que [la Primera Enmienda] también asiste a los consumidores y persigue el interés general en la mayor divulgación de información”.

El Tribunal recordó que “[l]a preocupación de la Primera Enmienda por el discurso comercial está basado en la función informativa de la publicidad. En consecuencia, no puede existir ninguna objeción constitucional a la supresión de mensajes comerciales que no informen de forma adecuada al público sobre una actividad lícita”. En estos casos, “el Estado puede hacer valer un interés sustancial a alcanzar mediante restricciones en el discurso comercial”. “Además, la técnica regulatoria debe ser proporcional a este interés. La limitación sobre la expresión debe estar diseñada de forma cuidadosa para conseguir el objetivo del Estado. Para cumplir este requisito se deben dar dos criterios. Primero, la restricción debe promover de forma directa el interés estatal implicado; la regulación no puede sostenerse si sólo proporciona una ayuda inefectiva o remota a las finalidades del gobierno. Segundo, no son válidas las restricciones si puede perseguirse el interés gubernamental mediante una restricción más limitada sobre la publicidad”.

El Tribunal acababa de implantar el criterio a utilizar para revisar las medidas limitadoras de la publicidad y del discurso comercial conocido como *Central Hudson test* o *four prong test*, que el Tribunal resumió de la siguiente manera:

“[P]ara que un discurso comercial quede protegido [por la Primera Enmienda] debe referirse a una actividad lícita y no debe ser engañoso. Después, indagamos si el interés gubernamental perseguido es sustancial. Si ambas preguntas obtienen una respuesta afirmativa, debemos determinar si la

¹⁷⁶ 47 N.Y. 2d 94, 110, 390 N.E. 2d 749 (1979).

regulación se relaciona directamente con el interés gubernamental perseguido y si no supera a la que es esencial para la consecución de este interés”¹⁷⁷.

A partir del caso, el contexto que envuelve la información comercial cuenta al analizar la constitucionalidad de una medida restrictiva

Para el caso concreto, el Tribunal observó que no se trataba de la promoción de una actividad ilícita o que se hiciera frente a una publicidad engañosa. Además existía un interés sustancial del Estado en la regulación que restringía el discurso comercial: la conservación de la energía y el mantenimiento de una cierta estructura de precios. El Tribunal concluyó que la prohibición de la promoción de la energía eléctrica servía a los propósitos del ahorro energético, aunque no a los de mantener un determinado esquema de precios:

“El vínculo entre la prohibición de publicidad y la estructura de precios del recurrente es, como máximo, tenue [...] y altamente especulativo”. “[...] Por el contrario, el interés del Estado en el ahorro de energía se alcanza directamente mediante la orden de la Comisión examinada. Existe una conexión inmediata entre la publicidad y la demanda de electricidad. Central Hudson no hubiera combatido la prohibición de publicidad si no hubiera creído que con la promoción aumentaría sus ventas”.

Pero, entendió que la medida era desproporcionada para servir a estos propósitos, puesto que suprimía información que no conducía necesariamente a un ahorro energético. Por ejemplo, no podrían anunciarse calderas de calefacción ni fuentes de almacenamiento de energía eléctrica para alimentar sistemas de energía solar. Dado que la *Commission* no demostró que no era posible perseguir sus finalidades mediante cualesquiera otras medidas, cabía calificar la prohibición de realizar publicidad de inconstitucional por desproporcionada.

¹⁷⁷ El test utilizado es una transformación del construido en *United States. v. O'Brien* (391 U.S. 367 (1968)). En este caso, O'Brien había quemado públicamente su cartilla militar en protesta por la intervención de los EE.UU. en la guerra del Vietnam y había sido condenado por quebrantar una ley penal federal que lo prohibía. El Estado, dijo el Tribunal Supremo, puede tener un interés legítimo en regular el aspecto no lingüístico del comportamiento en cuestión y éste puede predominar sobre el elemento de la expresión si

- a) el Estado tiene competencia para ello,
- b) la consecución del interés tutelado es importante o sustancial,
- c) este interés no está relacionado con la supresión de expresión libre, y
- d) la restricción incidental de las libertades de expresión no supera a la que es esencial para la consecución de aquel interés.

Blackmun formuló un voto particular, al que se adhirió el magistrado William J. Brennan, Jr., en el que manifestaba su acuerdo con el fallo pero no con su fundamentación: el test se aleja de la doctrina anterior elaborada por el Tribunal y no constituye una protección adecuada del discurso comercial veraz, no engañoso y no coercitivo. Permitir al Estado realizar una regulación que afecte al discurso comercial es “manipular las elecciones de los ciudadanos, no persuadiéndolos o mediante una regulación de contenido, sino privándolos de la información necesaria para elegir de forma libre” y aunque el sentido común aconseja diferenciarlo del discurso público, “no hay motivos que justifiquen un escrutinio relajado de aquellas injerencias que supriman publicidad veraz, no engañosa ni coercitiva”.

Rehnquist, en su línea, redactó un voto particular en el que dejaba patente su oposición a la doctrina del *Commercial Speech* y entendía, para el caso, que el fallo del Tribunal constituía un retorno a doctrinas judiciales pre-New Deal, que permitían anular regulaciones económicas con base en las propias convicciones del Tribunal. Para Rehnquist, los gobiernos y sus agencias reguladoras están en una mejor posición que el Tribunal para identificar qué medidas moldeadoras del mercado son más adecuadas para la consecución de los intereses definidos por el legislador¹⁷⁸.

El *four-prong test* se ha convertido en la principal herramienta en manos del Tribunal para analizar los casos encuadrables en la doctrina del *Commercial Speech*, que continúa todavía vigente¹⁷⁹. Como muchos analistas han puesto de manifiesto, el test adolece de importantes deficiencias y vaguedades, sobre las que tendremos que volver, que permiten interpretar los requisitos a voluntad de los magistrados conformadores de la mayoría en un caso concreto.

Por ejemplo, el Tribunal en *Board of Trustees of State University of New York v. Fox* (492 U.S. 469 (1989)), en el examen de la prohibición impuesta por los órganos rectores de la Universidad de New York de realizar “Tupperware parties” –reuniones en las que se mostraban y promocionaban artículos de menaje de cocina– en las habitaciones de los universitarios en el campus, concluyó que el cuarto requisito del test podía entenderse no como la medida que no superara a la esencial para limitar el discurso, sino simplemente como una medida «razonable» para alcanzar el interés sustancial perseguido.

¹⁷⁸ Este es el substrato presente en uno de los asuntos más importantes resueltos por el Tribunal Supremo norteamericano en los últimos veinticinco años: *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council et. al.* (467 U.S. 837 (1984)). Véanse asimismo *Williamson v. Lee Optical* (348 U.S. 483 (1955)) y, sobre todo, el voto particular del juez HOLMES a *Lochner v. New York* (198 U.S. 45 (1905)).

¹⁷⁹ Véase *infra* el comentario a *Lorillard Tobacco Co et al. v. Reilly, Attorney General of Massachusetts* (533 U.S. 525 (2001)).

El *Central Hudson test* constituye en la actualidad el elemento principal para distinguir el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una regulación de la comunicación comercial de otra regulación que afecte a cualesquiera otras formas de discurso. Frente a este estándar intermedio más relajado (*four-prong test*), el Tribunal Supremo obliga al uso de un estándar de revisión riguroso o calificado (*strict scrutiny*) en el ámbito del discurso público¹⁸⁰. Otras diferencias entre discurso público y discurso comercial son, siguiendo a Kathleen M. SULLIVAN¹⁸¹:

- (1) Los anuncios de transacciones ilegales pueden prohibirse incluso cuando no constituyan una inducción prohibida por la ley (*proscribable incitement*)¹⁸².
- (2) El discurso comercial engañoso o confuso no recibe protección constitucional: así, si para limitar un discurso público inveraz, los tribunales requieren la prueba del dolo (*actual malice*) o, en su caso, dolo eventual en la conducta del emisor; en el ámbito del discurso comercial, el estándar se degrada hasta la simple negligencia o, incluso, se configura en términos de responsabilidad objetiva.
- (3) Además, el discurso comercial no disfruta de la protección ofrecida por algunos mecanismos procesales propios del ámbito de la Primera Enmienda como la presunción contra la censura previa y la doctrina de la *overbreadth*¹⁸³.

¹⁸⁰ Según NOTE, "Making Sense of Hybrid Speech: A New Model for Commercial Speech and Expressive Conduct", 118 *Harv. L. Rev.* 2836 (2005), la utilización de este estándar intermedio frente a un régimen de *strict scrutiny* u otro de *rational basis* responde al compromiso del Tribunal Supremo de buscar un equilibrio entre dos tendencias: la creciente protección de la libertad de expresión y el respeto post-*Lochner* a regulaciones económicas.

¹⁸¹ Kathleen M. SULLIVAN, *op. cit.*, pp. 126-127.

¹⁸² Esto es, no se aplica a la protección de las comunicaciones comerciales la doctrina contenida en *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444 (1969)), según la cual "free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action". En el asunto, se declaró inconstitucional la condena penal a un líder del Ku Klux Klan por sus declaraciones sobre una posible vengaza contra las instituciones políticas del país.

¹⁸³ Véase *infra* p.261.

3.2. Lo más incluye lo menos: *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.* (478 U.S. 328 (1986)).

Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. (478 U.S. 328 (1986)) es, sin duda, la decisión de la *U.S. Supreme Court* más criticada por los analistas de la doctrina del *Commercial Speech*. La sentencia, dictada por el magistrado Rehnquist, transformó el test erigido en *Central Hudson* para reducir casi a cero la protección constitucional de la publicidad.

En el caso, la empresa «Posadas de Puerto Rico Associates Inc.», dedicada a la explotación de dos casinos, tras haber sido multada en diversas ocasiones por realizar publicidad de sus servicios a los ciudadanos de Puerto Rico, cuando en aquel estado estaba prohibida la publicidad de casinos dirigida a los isleños¹⁸⁴, y amenazada con la retirada de la licencia, interpuso acción declarativa de que la ley, en su aplicación por *Tourism Co.* –organismo público regulador del sector del juego–, era contraria a la Primera Enmienda. La *Superior Court* de Puerto Rico, Sección de San Juan, estimó la demanda de forma parcial: si bien la aplicación de la ley era arbitraria, errónea y extralimitada en ocasiones, no había razones para creer en la inconstitucionalidad de la prohibición. El Tribunal Supremo de Puerto Rico confirmó el fallo de instancia.

El Tribunal Supremo decidió revisar el caso y, al hacerlo, recurrió al *four prong test* de *Central Hudson* para declarar válida la prohibición de publicidad de juegos de azar:

- (a) En primer lugar, se trataba de publicidad de una actividad lícita.
- (b) En segundo lugar, el legislador puertorriqueño perseguía un interés sustancial con la restricción: la protección de la salud, la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos.
- (c) En tercer lugar, el Tribunal consideró que, a pesar de que estuviera permitida la publicidad de las quinielas hípicas, de peleas de gallos y de loterías, la limitación a la publicidad de casinos era idónea para conseguir el interés del Estado en reducir la demanda de juegos de azar en casinos.
- (d) Asimismo, el Tribunal también entendió que se cumplía el cuarto requisito del examen: la medida no era desproporcionada, pues continuaba siendo posible realizar anuncios destinados a turistas y no existían otras medidas alternativas más viables (contradiscursos, advertencias) y, en cualquier caso

¹⁸⁴ R. 76-218 y 76a-1(7)

“es el legislador quien debe decidir si (estas medidas alternativas) son tan eficientes para reducir la demanda como lo es una prohibición de la publicidad”, es decir, existe una cierta presunción de constitucionalidad a favor del regulador.

Además, el legislador puertorriqueño “habría podido prohibir los juegos de casino a los residentes de Puerto Rico. En la visión del Tribunal, el mayor poder para prohibir completamente los juegos de casino incluye necesariamente el menor poder para prohibir la publicidad de éstos”¹⁸⁵. El recurso al aforismo “The greater includes the lesser” ha recibido fuertes críticas en el seno del propio Tribunal¹⁸⁶.

El magistrado John Paul Stevens (al que se adhirieron Marshall y Blackmun) formuló un voto particular en el que expresaba su oposición al fallo: no se entiende que la regulación aprehenda dos estándares, uno para los residentes y otro para los turistas, pues con ello se ignora de forma casi grotesca la globalización de los mercados: ¿Qué ocurre con los anuncios publicados en un diario de difusión nacional o los emitidos por un canal de televisión por cable? ¿Por qué debe diferenciarse su régimen del de los medios de comunicación locales?¹⁸⁷

Brennan también escribió un voto particular, suscrito por los magistrados Marshall y Blackmun: no hay motivos para privar al público en general de información adecuada para realizar sus elecciones privadas. Citando a *Bates*, recordó que el interés económico del emisor hace que “la expresión no sea susceptible de verse desplazada por una regulación pormenorizada, pero ello no justifica una supresión de información tal que

¹⁸⁵ El razonamiento ya había sido apuntado por T. H. JACKSON and J. C. JEFFRIES, “Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment”, 65 *Virginia Law Review* 1 (1979), p. 34: “Given the authority to set prices in the first place, [...]there is nothing remarkable in the extension of legislative control to price advertising”.

¹⁸⁶ Véase *infra* el comentario a 44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island* (517 U.S. 484 (1996))

¹⁸⁷ Fred S. MCCHESENEY, *op. cit.*, p. 105-106 responde a la pregunta en clave de economía de la regulación: el interés en distinguir dos mercados (el local y el turístico) explica que se restrinja la publicidad en el primero de ellos. Los habitantes de la isla disponen de suficiente información sobre los casinos y su publicidad tiene sólo un efecto relativo en el incremento de la demanda y lo que hace es variar su elasticidad. Por ello, la prohibición de la publicidad sirve al regulador para mantener una estructura de precios y para impedir la entrada de potenciales competidores. Sobre ello, véase también Cándido PAZ-ARES y Jesús Alfaro ÁGUILA-REAL, “Ensayo sobre la libertad de empresa” en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040, p. 6025.

mantenga a los consumidores en un estado de ignorancia permitiendo a sus gobernantes eliminar discurso protegido por la Constitución”.

4. La publicidad de otros «vicios»: 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island (517 U.S. 484 (1996)) y Lorillard Tobacco Co et al. v. Reilly, Attorney General of Massachusetts (533 U.S. 525 (2001)).

44 *Liquormart, Inc. v. Rhode Island* (517 U.S. 484 (1996)) supone un contrapunto a *Posadas de Puerto Rico* en el análisis de las regulaciones que limitan el discurso comercial para proteger al público de ciertos consumos que el legislador puede considerar contrarios a la salud, a la seguridad o a la integridad física o moral de sus ciudadanos. En este sentido, el Tribunal Supremo tampoco se ha mantenido en una línea firme en el examen de la constitucionalidad de regulaciones implementadas para extinguir o reducir los consumos «viciosos», ya sea la reglamentación de la publicidad de los juegos de azar, del tabaco o de bebidas alcohólicas.

Ni una cierta deferencia a creer en un relativismo moral del vicio por parte de los miembros del Tribunal ni el convencimiento de que en *Posadas de Puerto Rico* podían utilizarse medidas menos restrictivas del discurso explican cómo a casos tan iguales se aparejan soluciones tan dispares.

En 1991 la sociedad «44 Liquormart, Inc.», que contaba con una licencia para vender bebidas alcohólicas en el estado de Rhode Island, insertó un anuncio en un diario en el que informaba de los bajos precios de sus aperitivos y refrescos y acompañaba la información con una fotografía de botellas de ron y vodka y con la palabra “wow”. Diversos competidores consideraron que el anuncio infringía una ley de aquel estado promulgada en 1956 que prohibía la publicidad de los precios de venta de alcohol, lo que llevó al *Rhode Island Liquor Control Administrator* a sancionar a la sociedad con una multa de 400 \$.

Después de satisfacer la multa, «44 Liquormart, Inc.» interpuso una acción para declarar que la ley era contraria a la Primera Enmienda constitucional. La *District Court*, basándose en investigaciones empíricas, consideró que la norma no contribuía directamente a promover el interés del estado en reducir el consumo de alcohol y que era desproporcionada. La *Court of Appeals* consideró que la publicidad incrementaría la competencia en el mercado con el consiguiente efecto de disminución en los precios y aumento de la demanda, por lo que declaró la medida constitucional¹⁸⁸.

¹⁸⁸ 39 F. 3d 5, 7 (CA1 1994).

El Tribunal Supremo, en ponencia de Stevens, criticó la máxima de que “lo más incluye lo menos”:

“[A] veces prohibir un discurso puede ser mucho más nocivo que prohibir una conducta. Como dice un antiguo proverbio, es peor prohibir enseñar a pescar que prohibir vender el pescado. [...] En resumen, deber rechazarse la idea de que las palabras sean menos vitales que las acciones para promover la libertad individual”.

En el caso, el Tribunal argumentó que “[c]uando un Estado regula mensajes comerciales para proteger a los consumidores frente a prácticas de venta engañosas, confusas o agresivas, u obliga a revelar ciertas informaciones beneficiosas para los consumidores, persigue una finalidad coherente con las razones que abogan por la protección constitucional del discurso comercial y, por tanto, queda justificada una revisión menos estricta [que la utilizada en el contexto de la Primera Enmienda]. Sin embargo, cuando un Estado prohíbe enteramente la divulgación de mensajes comerciales verdaderos y claros con finalidades no relacionadas con el mantenimiento de un proceso de negociación equitativo, hay menos razones para abandonar el estándar de revisión riguroso (*strict scrutiny*¹⁸⁹) que demanda en general la Primera Enmienda”¹⁹⁰.

“Los peligros que suscitan las prohibiciones completas de discurso comercial claro y veraz no pueden explicarse por referencia a la «diferencia de sentido común» entre discurso comercial y discurso no comercial”, sino que “tales prohibiciones sirven a menudo sólo para oscurecer una «política gubernamental subyacente» que podría implementarse sin necesidad de regular el discurso. En este sentido, las prohibiciones de discurso comercial no sólo dificultan las decisiones de los consumidores, sino que también impiden el debate acerca de cuestiones fundamentales de política pública”.

¹⁸⁹ Recurrir a este estándar reforzado significa que para que una regulación restrictiva de la libertad de expresión sea constitucional, la autoridad que la dictó debe: a) justificar la existencia de un interés público casi ineludible; y b) establecer aquellas limitaciones menos restrictivas para tal fin. Véase Kathleen M. SULLIVAN y Gerald GUNTHER, *First Amendment Law*, 2d ed., New York, 2003, pp. 204 y ss.

¹⁹⁰ Para Robert C. POST, *op. cit.*, p. 47, este fundamento subvierte la lógica del *Central Hudson test*, pues la función del legislador queda así limitada a evitar “commercial harms”, siendo imposible aducir cualesquiera otras razones de legitimidad de la regulación.

El Tribunal concluyó que la medida era inconstitucional al entender que la prohibición de anunciar los precios de las bebidas alcohólicas no era adecuada para la consecución del interés gubernamental en promover un consumo moderado

El Tribunal Supremo siguió, más o menos, el mismo camino en un caso resuelto cinco años después relativo a la publicidad de productos fabricados con tabaco: *Lorillard Tobacco Co et al. v. Reilly, Attorney General of Massachusetts* (533 U.S. 525 (2001)).

En 1999 el Fiscal General de Massachusetts aprobó una regulación de la publicidad de los productos del tabaco¹⁹¹ para “tapar los agujeros” (*sic*) que, en su opinión, contenía el *Master Settlement Agreement*¹⁹². Entre otras limitaciones, se prohibía la colocación de anuncios de cualquier producto elaborado con tabaco (cigarrillos, cigarros puros y tabaco de mascar) en espacios públicos o en tiendas, cuyo interior fuera visible desde la calle y en cuyo radio existiera una zona de recreo, un parque o una escuela de enseñanza primaria o secundaria a menos de 1000 pies (305 metros), y se obligaba a que los anuncios de tabaco en los puntos de venta y distribución se situaran a más de 5 pies (un metro y medio) del suelo.

¹⁹¹ 940 Code of Mass. Regs. §§21.01-21.07,22.01-22.09 (2000).

¹⁹² El *Master Settlement Agreement* o Acuerdo Marco ponía fin a medio siglo de *tobacco litigation* en los EE.UU.: las seis compañías tabacaleras más grandes del país (Brown & Williamson Tobacco Corp., Lorillard Tobacco, Philip Morris Companiesw Inc., Reynolds Tobacco Co., Commonwealth Tobacco and Liggett & Myers Tobacco Co) transigieron con 46 Estados de la Unión las posibles responsabilidades derivadas de la acción de reembolso de los gastos sanitarios derivados del consumo del tabaco. Para la historia del litigio del tabaco en los Estados Unidos y su transacción, véanse Juan Antonio RUIZ GARCÍA y Pablo SALVADOR CODERCH, “El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales”, *InDret* 3/2002 (www.indret.com) y “El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales”, *InDret* 4/2002 (www.indret.com), y Pablo SALVADOR CODERCH, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, José PIÑEIRO SALGUERO y Antoni RUBÍ PUIG, “Tres transacciones: la industria del tabaco, Microsoft y «Mar Egeo»”, *InDret* 1/2003 (www.indret.com), p. 3-8.

En el Acuerdo Marco, las compañías tabacaleras convenían en adoptar toda una serie de restricciones en su publicidad y en las técnicas de venta de sus productos, entre las que destacan las siguientes:

- a) Los anuncios se van a limitar a publicaciones en blanco y negro, excepto en revistas destinadas al público adulto.
- b) No podrán utilizarse personajes de animación en la publicidad del tabaco como “Joe Camel”.
- c) No podrá realizarse publicidad dirigida a menores.
- d) Las compañías tabacaleras no podrán patrocinar conciertos u otros actos con público juvenil como las competiciones deportivas.
- e) No podrán anunciarse marcas de tabaco en estadios deportivos.

Lorillard Tobacco Company, otras tres tabacaleras y un grupo de fabricantes y vendedores de productos derivados del tabaco demandaron al Fiscal General de Massachusetts ante una *U.S. District Court* de aquel estado y solicitaron la nulidad de la regulación alegando su contravención de la *Federal Cigarette Labeling and Advertising Act* (FCLAA)¹⁹³ y de la Primera Enmienda.

La *District Court* entendió que la FCLAA no impedía una regulación de origen estatal referida a productos diferentes de los cigarrillos, ni tampoco imposibilitaba a los Estados legislar sobre la localización de los anuncios, puesto que la limitación federal era aplicable únicamente a la información contenida en las etiquetas y en los anuncios de cigarrillos. Aplicando el test de *Central Hudson*, concluyó que la regulación no era contraria a la Primera Enmienda excepto en las restricciones a la publicidad en los puntos de venta. La *U.S. Court of Appeals for the First Circuit* confirmó la sentencia de instancia¹⁹⁴ y, además, concluyó que la regulación de los anuncios en los puntos de venta no era inconstitucional.

El Tribunal Supremo, en ponencia de la magistrada O'Connor, estableció que la FCLAA prevalecía sobre la legislación estatal en cuanto a la publicidad de los cigarrillos, pero no afectaba a otros productos derivados del tabaco. Cuatro magistrados disintieron de este fundamento.

En cuanto a la cuestión que más interesa en esta sede -la publicidad de los cigarros puros y el tabaco de mascar-, el Tribunal consideró que su regulación era contraria a la libertad de expresión comercial. El Tribunal rechazó la solicitud de los recurrentes de aplicar un examen estricto de la medida en favor de utilizar el *four-prong test* acuñado en *Central Hudson*: concluyó que el Fiscal General tenía un interés sustancial en proteger a los menores del consumo de tabaco y aportó prueba suficiente mediante estudios empíricos de que la publicidad estaba directamente relacionada con el consumo de tabaco. Sin embargo, el Tribunal resolvió que restringir la publicidad constituía una medida excesiva e innecesaria para servir al interés perseguido: por ejemplo, el requisito de los 350 metros de distancia impedía la publicidad del tabaco en entre un 87 y 91 % del área metropolitana de Boston. En cuanto a la prohibición de anuncios a menos de un metro y medio del suelo, el Tribunal consideró que la medida era inútil para proteger a los menores ya que nada impide que puedan alzar la vista para mirar los anuncios que cuelguen del techo.

¹⁹³15 U.S.C. Section 1334 (b)

¹⁹⁴ *Consolidated Cigar Corp. v. Reilly*, 218 F. 3d 30 (2000).

Si bien, existe un interés sustancial en proteger a los menores del consumo de tabaco compartido por el Tribunal¹⁹⁵, concluye que la industria tabacalera ostenta un interés protegido en comunicar información sobre sus productos y los consumidores adultos tienen derecho a recibirla

5. Discursos comerciales que hacen algo más que simplemente proponer una transacción comercial: Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp. (463 U.S. 60 (1983))

Como se ha apuntado, *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 (1976)) inició la protección constitucional de aquel discurso comercial que “no hacía nada más que simplemente proponer una transacción comercial”. En muchas ocasiones, sin embargo, no resulta tan obvio que una comunicación comercial proponga directamente una transacción comercial. Además, en muchas otras ocasiones los discursos comerciales proponen una transacción económica pero también hacen algo más. En este sentido, un discurso comercial puede servir también para informar acerca de elementos ajenos a la transacción, para entretener o para dar a conocer una opinión.

La utilización de un doble rasero por parte de la *U.S. Supreme Court* —uno para enjuiciar el discurso público y otro para el discurso comercial—, obliga a los operadores jurídicos a recurrir a un determinado criterio para decidir la aplicación de uno u otro estándar cuando estén entreverados elementos de ambas formas de discurso (*mixed commercial speech*). Desde la aparición de la doctrina del *Commercial Speech*, el Tribunal Supremo de los EE.UU. se ha pronunciado en una ocasión sobre este problema: *Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.* (463 U.S. 60 (1983)).

En 1979 «Youngs Drug Products Corp.», fabricante de anticonceptivos, decidió iniciar una campaña de publicidad por correo mediante folletos en los que, además de promocionar sus productos, se informaría del papel de los preservativos en la prevención de enfermedades de transmisión sexual. En respuesta a la solicitud de autorización, el Servicio Postal advirtió al fabricante que el *Title 39 U.S.C. 3001(e)(2)* prohibía el envío de cualesquiera publicidad sobre medios anticonceptivos no solicitada. El fabricante interpuso una acción para declarar su derecho a enviar sus folletos al público en general. La *U.S. District Court for the District of Columbia* resolvió que el folleto constituía un discurso de naturaleza comercial y que, atendiendo a la doctrina del *Commercial Speech* del Tribunal Supremo, el *Title 39 U.S.C. 3001(e)(2)* era

¹⁹⁵ Véase *FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* (529 U.S. 120 (2000)).

contrario a la Primera Enmienda, pues la restricción que contenía era excesiva para proteger los intereses perseguidos por el regulador.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por las autoridades postales y confirmó el pronunciamiento del tribunal de instancia. A pesar de que los folletos contenían referencias a cuestiones de interés público como la prevención de enfermedades de transmisión sexual y la planificación familiar, el Tribunal Supremo destacó la naturaleza comercial de los folletos por cuanto concurrían tres factores: motivación económica del emisor, formato publicitario de la comunicación, referencias a los productos comercializados. En efecto, el rasero atribuido al discurso comercial, aunque suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la prohibición, fue el aplicado en esta ocasión.

El establecimiento de la frontera entre discurso público y discurso comercial es uno de los principales problemas actuales de la doctrina del *Commercial Speech*. En efecto, la propia existencia de la doctrina conduce a algunos a afirmar que cualquier discurso efectuado por un agente económico reviste una naturaleza comercial, negando con ello la posibilidad de su libre participación en el debate público. Así, la información sobre preservativos recibiría mayor protección cuando fuera proporcionada por un médico que cuando lo fuera por su fabricante. Ello puede parecer de entrada razonable, pero también los discursos sobre anticonceptivos realizados por un fanático religioso o un charlatán recibirían mayor protección.

En definitiva, utilizar dos estándares diferentes obliga a recurrir a criterios de delimitación en aquellos supuestos en los que informaciones relacionadas con los productos o servicios ofrecidos por un empresario repercuten de algún modo en la formación de opinión pública. El Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre esta cuestión, a pesar de contar con una excelente oportunidad¹⁹⁶, y ha venido tolerando que tribunales inferiores se escuden en la doctrina del *Commercial Speech* para justificar la discrecionalidad de sus pronunciamientos en la materia.

6. Obligación de realizar publicidad: United States and Department of Agriculture. v. United Foods, Inc. (533 U.S. 405 (2001))

En los casos expuestos hasta ahora, el Tribunal Supremo fundamentaba la protección de la publicidad en el derecho de los consumidores a recibir una información adecuada

¹⁹⁶ Véase *Nike Inc. v. Kasky* (539 U.S. 654 (2003)) e *infra* p. 345 y ss.

para una toma inteligente de decisiones¹⁹⁷. O, como algún autor ha referido críticamente, en la usurpación de los derechos de libertad de expresión de la audiencia¹⁹⁸. Este enfoque se corresponde, en términos de filosofía política de la libertad de expresión, con la concepción de democracia sostenida por Alexander MEIKLEJOHN¹⁹⁹. Sin embargo, el Tribunal en el fallo a *United States and Department of Agriculture. v. United Foods, Inc.* (533 U.S. 405 (2001)) añade a este enfoque la idea de que también los emisores de publicidad y de otros discursos comerciales ostentan un derecho a expresarse independiente del derecho de su audiencia.

El Congreso de los Estados Unidos promulgó en 1990 la *Mushroom Promotion, Research, and Consumer Information Act*²⁰⁰ que establecía que el Secretario de Agricultura podía obligar a los productores de champiñones a realizar pagos al gobierno para la realización de promoción y publicidad genérica de este producto. Uno de los agricultores afectados, la sociedad de Tennessee «United Foods, Inc.», se negó a satisfacer los pagos al considerar que eran contrarios a la Primera Enmienda.

¹⁹⁷ Y poco debe importar el estatus del que la emite: “The inherent worth of the speech in terms of its capacity for informing the public does not depend upon the identity of its source, whether corporation, association, union or individual” (*First National Bank of Boston v. Bellotti* (435 U.S. 765 (1978))).

¹⁹⁸ Véase Burt NEUBORNE, “The First Amendment and Government Regulation of Capital Markets”, 55 *Brooklyn Law Review* 5 (1989), p. 26.

¹⁹⁹ Véase en extenso, Robert C. POST, *op.cit.* y Robert C. POST, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Harvard University Press, 1995, especialmente pp. 268-89; y “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, 88 *Cal. L. Rev.* 2353 (2000) [disponible en www.ssrn.com]. Alexander MEIKLEJOHN (1872 - 1964) defendió la idea de que la libertad de expresión no era un derecho público subjetivo de los ciudadanos, sino un principio que informa el sistema de autogobierno: “La Primera Enmienda no protege una libertad de expresión. Ampara la libertad de aquellas actividades del pensamiento y de la comunicación mediante las cuales nos “gobernamos”. Se refiere no a un derecho privado, sino a un poder público, a una responsabilidad de gobierno... La libertad que la Primera Enmienda protege no es, pues, la ausencia de regulación. Es la presencia del autogobierno” (Alexander MEIKLEJOHN, “The First Amendment is an Absolute”, 1961 *Supreme Court Review* 245 (1961), 255 (la traducción es de Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 25-26). Véanse, además, Alexander MEIKLEJOHN, *Free Speech and its Relation to Self Government*, Harper, New York, 1948; y *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Greenwood Press, New York, 1960 y confróntense para examinar la evolución del pensamiento de este autor en cuanto a las implicaciones de la idea de autogobierno sobre el contenido protegido por la libertad de expresión.

²⁰⁰ 104 Stat. 3854, 7 U.S.C. §6101 *et seq.*

Los Estados Unidos iniciaron un procedimiento ante la *U.S. District Court for the Western District of Tennessee* para conseguir el cumplimiento forzoso de la exacción. El Tribunal de Distrito estimó la demanda. El Tribunal de Apelación para el Sexto Circuito estimó el recurso de «United Foods, Inc.» y consideró la medida inconstitucional²⁰¹.

El Tribunal Supremo, en sentencia del magistrado Anthony Kennedy, tuvo que superar el escollo del precedente para confirmar la sentencia de instancia:

En 1997 el Tribunal había resuelto *Glickman v. Wileman Brothers & Elliott Inc.* (521 U.S. 457 (1997)), un caso análogo en el que se obligaba a los productores de fruta del Estado de California a contribuir económicamente a su publicidad genérica. La mayoría formada por sólo cinco magistrados consideró que la medida era constitucional ya que formaba parte de un contexto regulador más extenso destinado al mercado en su conjunto: el programa de publicidad obligatoria sólo constituía una parte de esta regulación para mejorar el concreto mercado de la fruta y no implicaba ninguna cuestión constitucional referida a la Primera Enmienda, por lo que el Tribunal resolvió que no era necesario utilizar el test de *Central Hudson* para examinar la constitucionalidad de la medida.

Para ello, el Tribunal afirmó que, para el caso, no importaba tanto la regulación del mercado como la regulación de la publicidad en sí. Para el Tribunal, la *Mushroom Promotion, Research, and Consumer Information Act* no pasaba de ser una regulación de la publicidad cooperativa. El argumento, lejos de convencer, permitió al Tribunal confirmar que son contrarios a la Constitución los pagos y subsidios forzosos para realizar publicidad, lo que es traducible en una libertad negativa de realizar publicidad. En este sentido, el magistrado Clarence Thomas afirmó en su voto particular al caso que “cualquier regulación que obligue a contribuir económicamente a la publicidad debe someterse al escrutinio más severo que impone la Primera Enmienda”. Con todo, el Tribunal dejaba la puerta abierta a la constitucionalidad de contribuciones forzosas a la realización de publicidad como medida incidental inserida en un programa más amplio de regulación de la industria; y a la conformidad con la Primera Enmienda de la publicidad institucional financiada solamente por un determinado grupo de sujetos²⁰².

²⁰¹ 197 F. 3d 221 (1999).

²⁰² Este último argumento y el recurso a *Glickman* han servido al Tribunal Supremo para declarar constitucional un sistema obligatorio de tasas para contribuir a la promoción del mercado de carne vacuna (*Johanns v. Livestock Marketing Associations* (544 U.S. 550 (2005))). La mayoría del tribunal concluyó que la medida se insertaba en un marco regulatorio general del sector y que la promoción tenía lugar mediante publicidad institucional y, por tanto, se trataba de discurso del gobierno. Para

un comentario del pleito, véase Gregory KLASS, "The Very Idea of a First Amendment Right against Compelled Subsidization", 38 *U.C. Davis L. Rev.* 1087-1139 (2005) (también disponible en www.ssrn.com) y Robert C. POST, "Compelled Subsidization of Speech: *Johanns v Livestock Marketing Association*", 2005 *Sup. Ct. Rev.* 195 (2005). En su voto particular, el magistrado Souter disintió del fallo y destacó que los consumidores no podían percibir los anuncios genéricos como discurso institucional del gobierno y que los subsidios vulneraban la autonomía individual de los empresarios al ver reducidas sus opciones de escoger el contenido de sus mensajes.

CAPÍTULO TERCERO

COMUNICACIONES COMERCIALES Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EUROPA

Este capítulo analiza la protección de las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión dictada en Europa. En primer lugar, se examinan las jurisprudencias de dos tribunales supranacionales –el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de las CC.EE–, para concluir que sus resultados no son trasladables a la interpretación de la cuestión en el marco de un ordenamiento jurídico nacional y hacen deseable el estudio de los desarrollos legales y jurisprudencial en el marco de un ordenamiento doméstico. En este sentido, en el apartado III se analiza el tratamiento del problema de la protección constitucional del discurso comercial en las resoluciones del Tribunal Constitucional alemán, por contar con una jurisprudencia ya consolidada en la materia y por la enorme influencia de la cultura jurídica germánica sobre la española.

Antes de proceder al desarrollo de la exposición, un *caveat* resulta necesario: el TEDH y el TJCE no comparten una misma visión de los derechos humanos o fundamentales y ello por causa de las diferencias en los diseños institucionales de ambos tribunales²⁰³, la desigual composición de los Estados miembros de la UE y del Consejo de Europa²⁰⁴, la falta de una relación estable y formal entre ambas instituciones y, en especial, los diferentes objetivos perseguidos por ambas organizaciones internacionales: en resumen, la vista puesta en la integración económica y en el potenciamiento de las libertades fundamentales permea la jurisprudencia del TJCE sobre comunicaciones comerciales²⁰⁵. En otros términos, el Tribunal de Luxemburgo no constituye –ni en un

²⁰³ Existen al menos tres diferencias relevantes, como se verá, para la interpretación de algunas doctrinas judiciales en este ámbito: a) imposibilidad de emisión de votos particulares a las sentencias del TJCE y, correlativamente, mayores dificultades de control del comportamiento de los jueces por parte de los gobiernos nacionales (véanse artículos 27 y 64(2) del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 19.6.1991 [DO L 176, de 4.7.1991; última modificación: 18.10.2005 [DO L 288, de 29.10.2005]]; *cfr.* art. 45.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos); b) participación del juez nacional del Estado demandado en el procedimiento ante el TEDH y consiguiente influencia de un *sesgo nacional* en la resolución de los casos (*cfr.* artículo 18 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, firmado en Niza el 26 de febrero de 2001); y c) diferencias en el proceso de nombramiento de los jueces y relaciones de agencia más o menos reforzadas (arts. 22 CEDH y 223 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (TCE), versión consolidada: DO núm C-325 de 24.12.2002).

²⁰⁴ Forman parte del Consejo de Europa, además de los veinticinco Estados miembros de la UE, Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Georgia, Islandia, Liechtenstein, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Malta, Moldavia, Noruega, Rumanía, Rusia, San Marino, Serbia, Suiza, Turquía y Ucrania.

²⁰⁵ Patrick M. TWOMEY, “Freedom of Expression for Commercial Actors”, en Nanette A. NEUWAHL y Allan ROSAS (Ed.), *The European Union and Human Rights*, International Studies in Human Rights, Vol. 42, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1995, 265-280, p.265.

sentido técnico, ni en otro funcional- un órgano de protección de derechos humanos como, paradigmáticamente, lo es el TEDH.

Con todo, ambos tribunales comparten muchos rasgos, que se han visto incrementados a partir de la promulgación de la Carta de Derechos Fundamentales²⁰⁶ y la vinculación del TJCE a la jurisprudencia del TEDH en virtud del artículo 52(3) de aquélla²⁰⁷. Además, cierto activismo judicial ha convertido al TJCE en un garante más de la protección de los derechos fundamentales en Europa y, entre ellos, la libertad de expresión²⁰⁸.

²⁰⁶ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, promulgada en Niza el 7.12.2000, (DOCE 2000/C C 364/01, 18.12.2000).

²⁰⁷ Véase *infra* p. 160.

²⁰⁸ Véase *infra* p. 157 y ss.

I. Protección de la publicidad y de otros discursos comerciales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos

1. Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Europea de Derechos Humanos carecen de un acervo jurisprudencial tan amplio y desarrollado como el del Tribunal Supremo norteamericano en materia de *Commercial Speech*. La naturaleza supraestatal de los órganos del Consejo de Europa, su carácter marcadamente subsidiario en el sistema de protección de los derechos e intereses individuales frente a las jurisdicciones internas, así como la propia literalidad del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁰⁹ –que reconoce el derecho a la libertad de expresión– limitan de forma sustancial la construcción de una doctrina como la establecida a la otra orilla del Atlántico.

²⁰⁹ Convenio firmado en Roma y abierto a firma el 4 de noviembre de 1950 (Versión actualizada: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo nº 11, en vigor desde el 1 de noviembre de 1998):

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales, para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Véanse sobre la aplicación general de este artículo Monica MACOVEI, *A Guide to the Implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks n. 2, Council of Europe (<http://www.humanrights.coe.int/pdfs/hb/hrhb2.pdf>, consultado el 10.6.2006); y CONSEJO DE EUROPA, *Freedom of Expression in Europe. Case Law concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No. 18, Council of Europe, Revised edition, 2002. En España, véanse Íñigo LAZCANO BROTONS, “Comentario al artículo 10”, en Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 356-443; y Daniel Ignacio GARCÍA SAN JOSÉ, “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, 2000, pp. 13-30.

El diseño institucional actual y las reglas básicas de procedimiento del TEDH están previstas en los artículos 19 a 51 CEDH, en su versión dada por el Protocolo núm. 11, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998.

De forma muy resumida, el Tribunal está compuesto por un número de jueces igual al de Estados miembros del Consejo de Europa y parte en el CEDH (47, a septiembre de 2007). Los jueces son elegidos por la Asamblea del Consejo de Europa a partir de una terna de candidatos presentada por los gobiernos nacionales y ordenada según preferencia. Es habitual escoger al primer candidato propuesto por cada gobierno y las pocas excepciones responden a falta de aptitudes necesarias o a la aplicación de políticas de igualdad de género²¹⁰. La duración del cargo es de 6 años, con posibilidades de reelección, y finaliza en todo caso cuando un juez alcanza los 70 años de edad.

Con arreglo a las Reglas de procedimiento dictadas por el Pleno del Tribunal (última versión: julio 2006), el Pleno del Tribunal, a propuesta de su Presidente, asigna cada juez a una de las cinco Secciones del Tribunal, cuyas composiciones se rigen por principios de distribución geográfica, representación de familias jurídicas y paridad de género. La composición de cada Sección es modificada cada tres años por el Pleno, así como la designación del Presidente y Vicepresidente de aquélla.

La mayoría de sentencias y resoluciones son dictadas por Salas, compuestas por siete magistrados pertenecientes a una misma Sección. En cada asunto, participan el Presidente de la Sección y el juez nacional del Estado demandado. Si éste último no perteneciera a la Sección, participaría en la Sala como miembro *ex officio*. En caso de ser el mismo que el Presidente, la presidencia de la Sala corresponderá al Vicepresidente de la Sección.

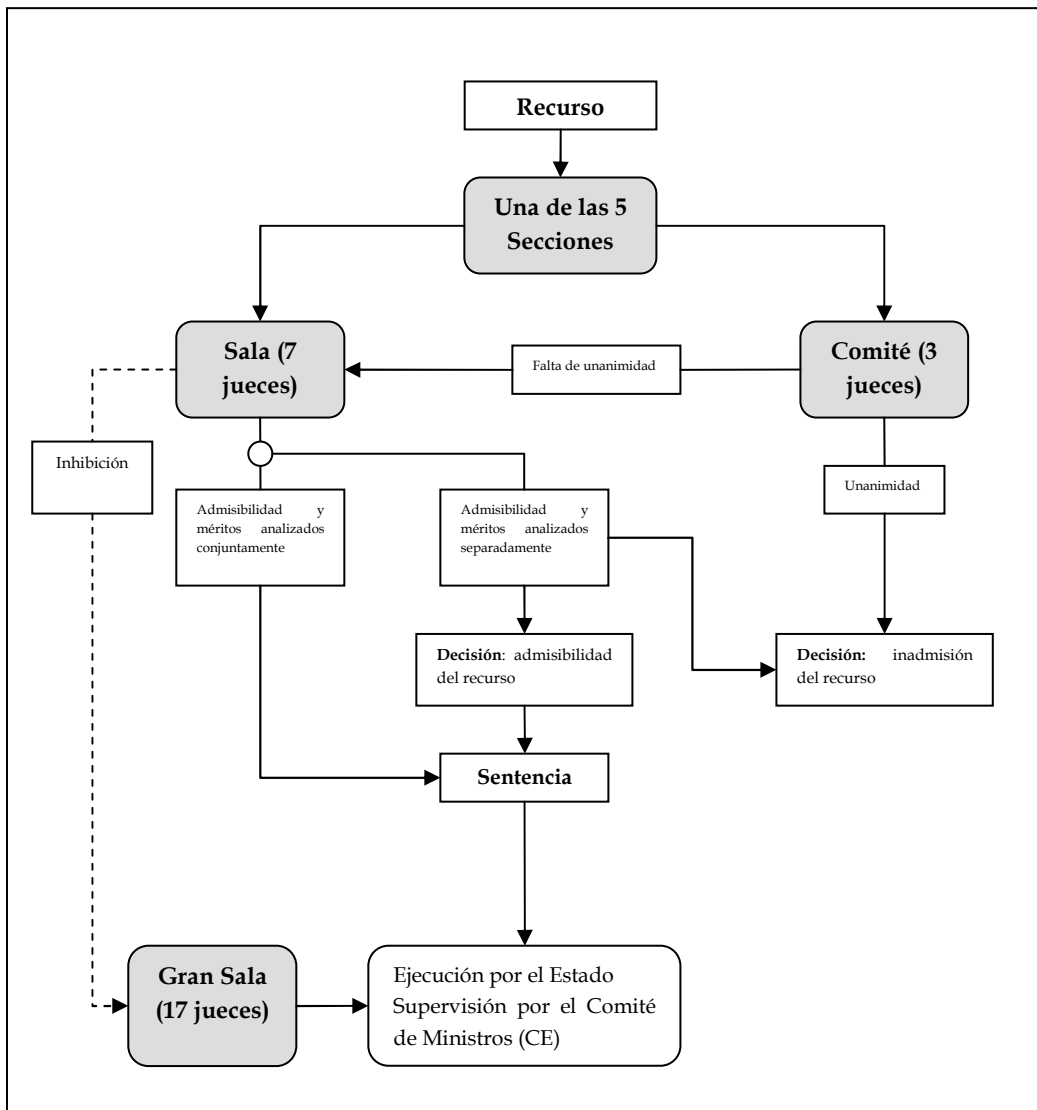
Cada reclamación individual es asignada a una Sección, cuyo Presidente designa a un *rapporteur*, habitualmente el juez nacional por sus ventajas comparativas en el conocimiento de su ordenamiento, quien examina el recurso y decide si debe ser resuelto por una Sala o un Comité de tres jueces. Si es asignado a un Comité, éste decidirá sobre la admisibilidad de la reclamación. Esta función de control correspondía con anterioridad al Protocolo núm. 11 a la Comisión. Para archivar una demanda o declarar la inadmisibilidad, se requiere un voto por unanimidad.

Si finalmente el Comité decide admitir la reclamación o si directamente había sido asignada a una Sala, ésta deberá resolver sobre la admisibilidad y las cuestiones de fondo de la reclamación, generalmente en dos resoluciones diferentes. Las sentencias de

²¹⁰ Véase Erik VOETEN, "Judicial Behavior on International Courts: The European Court of Human Rights" (2005) (disponible en <http://mjtier.people.wm.edu/intlpolitics/seminar/papers/Voeten.pdf>. Consultado el 15.7.2006), p. 5.

una Sala son recurribles en un plazo de tres meses ante la Gran Sala del Tribunal por motivos tasados.

Finalmente, en asuntos que plantean una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con la jurisprudencia anterior, la competencia para conocer corresponde a la Gran Sala del Tribunal, compuesta por 17 jueces, que incluyen como miembros *ex officio* el Presidente y los Vicepresidentes del TEDH y los Presidentes de cada sección. Las Salas deben inhibirse a favor de la Gran Sala al conocer uno de estos asuntos (véase cuadro siguiente).



Fuente: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/Procedure/Case-processing+flow+chart/> (consultado en 15.7.2007).

Los órganos del Consejo de Europa no han dudado en incluir a la publicidad y a otras formas de comunicación comercial o con incidencia sobre el mercado en el derecho a la

libertad de expresión reconocido por el art. 10.1 CEDH²¹¹: la Comisión en 1979 en el asunto *Pastor X e Iglesia de la Cienciología c. Reino de Suecia* y el TEDH, de forma expresa y clara, en 1994 en el asunto *Casado Coca c. España*. Pero, por otra parte, en relación con el grado de protección ofrecido a las comunicaciones comerciales, han resuelto, como enseguida se expondrá, que la gran mayoría de restricciones y limitaciones a la publicidad se adecuan al art. 10.2 CEDH, que demarca el estándar al uso: el principio de proporcionalidad.

De todas formas, son necesarias algunas cautelas en la utilización de la jurisprudencia del TEDH como guía interpretativa en un ámbito interno. En primer lugar, la naturaleza internacional del Tribunal conlleva que en la interpretación de los derechos se realicen consideraciones acerca de la distribución de poderes entre autoridades nacionales y la institución de control supranacional: tales consideraciones se resumen en la aplicación de la «doctrina del margen de apreciación» y no pueden trasladarse a la relación entre poderes internos. En segundo lugar, algunos autores han advertido que resulta muy difícil pretender generalizar las afirmaciones contenidas en las sentencias del TEDH a toda clase de comunicaciones comerciales: por ejemplo, la jurisprudencia sobre publicidad de profesionales se centra sólo en determinadas profesiones (abogados y médicos²¹²), en determinados tipos de mensajes publicitarios (el nombre, dirección y titulación académica, pero no sobre la calidad de los servicios prestados, la comparación con otros colegas, o los resultados a obtener), en métodos bastante elementales de publicidad (anuncios en folletos, no publicidad audiovisual) y

²¹¹ Sobre la relación entre publicidad y libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, véanse especialmente Maya HERTIG RANDALL, "Commercial Speech under the European Convention on Human Rights: Subordinate or Equal?", *Human Rights Law Review* 2006 6(1), pp. 53-86; Krateros IOANNOU, "Ban on Publicity in the Light of the European Convention on Human Rights", en Wassilios SKOURIS (Ed.), *Advertising and Constitutional Rights in Europe. A study in comparative constitutional law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, pp. 347-386; y Georg NOLTE, "Werbefreiheit und Europäische Menschenrechtskonvention", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 63 (1999), pp. 507-519; y, en la doctrina española, Anxo TATO PLAZA, "Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa", *La Ley* 1994, núm. 3, pp. 988-1000; y del mismo autor, *La Publicidad Comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 100-120; y "Derecho privado, publicidad y libertad de expresión en la Europa de veinticinco miembros", en Elena F. PÉREZ CARRILLO (Coord.), *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 105-118; y José Luis GARCÍA GUERRERO, "La publicidad comercial en la convención europea para la protección de los derechos humanos", *Revista General de Derecho* núm. 648, Septiembre de 1998, pp. 10699-10725.

²¹² Véase *infra* p. 123 y ss.

un ámbito territorial de influencia muy limitada (casi siempre de carácter local)²¹³. Finalmente, las características propias de cada asunto y sus específicos marcos legales e institucionales determinan que las soluciones de un caso no sean trasladables a otros: desde una perspectiva realista, los supuestos de hecho en la jurisprudencia están en muchas ocasiones relacionados con problemáticas jurídicas y sociales muy delimitadas como la regulación de sectas o de profesiones de baja reputación social.

2. Publicidad y libertad de expresión en las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos: sobre los límites del artículo 10.2 CEDH y el principio de proporcionalidad

La CEDH²¹⁴ se pronunció por primera vez sobre el alcance de la protección del art. 10 CEDH a la publicidad y a los mensajes de naturaleza comercial en su decisión de 5.5.1979, que resolvía el asunto *Pastor X e Iglesia de la Cienciología c. Reino de Suecia*²¹⁵.

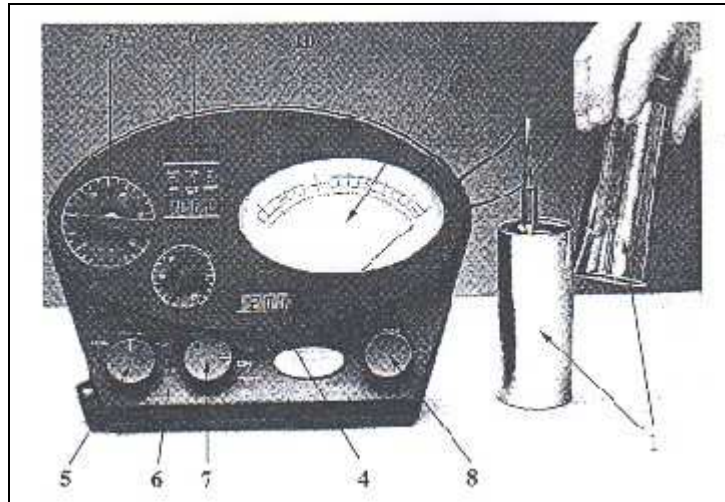
En 1973 la Iglesia de la Cienciología de Suecia había publicado en la revista que distribuía entre sus fieles un anuncio con el siguiente texto: “*La técnica de la cienciología actual exige que ustedes dispongan de su propio E-metro (Electrómetro Hubbard). El E-metro es un aparato electrónico de medida del estado de ánimo y de sus variaciones. No hay purificación sin E-metro. Precio: 859 coronas suecos; para miembros extranjeros, 20 % de descuento: 780 coronas suecas*”. Un *Ombudsman* del gobierno sueco, competente en materia de protección de consumidores, solicitó ante un Tribunal mercantil que se prohibiera la utilización de determinadas frases en la publicidad de la Iglesia por considerarlas

²¹³ Vincent BERGER, “Publicité professionnelle et liberté d’expression”, en Paul MAHONEY, Franz MATSCHER, Herbert PETZOLD y Luzius WILDHABER, *Protection des droits de l’homme:: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia/Berlin/Bonn/Munich, 2000, pp. 113-114 *apud* Íñigo LAZCANO BROTONS, *op. cit.*, 392.

²¹⁴ Téngase en cuenta que el Protocolo núm. 11 suprimió la Comisión y estableció un único órgano de fiscalización: el TEDH. Generalmente, una Sala del Tribunal o un Comité se encarga de resolver sobre la admisibilidad de los recursos antes del fallo del caso por el TEDH. El Protocolo también estableció un período de transición de un año para que la Comisión resolviera los asuntos que ya había admitido a trámite.

²¹⁵ La decisión de la CEDH modificó la postura titubeante mantenida en el asunto *X y Sociedad Z c. Reino Unido*. En esta decisión de 4.12.1978, la Comisión afirmó que, dada la diversidad de regulaciones de la publicidad en Europa, “puede interpretarse el artículo 10.1 en el sentido de permitir al Estado, al otorgar una licencia, excluir [...] ciertas formas de publicidad”. Véase L. BOISSON DE CHAZOURNES, “Publicité commerciale et liberté d’expression dans le cadre du Conseil de l’Europe”, *Revue Générale de Droit International Public* 92 (1988), p.929.

engañosas. La demanda fue estimada y la sentencia confirmada en las instancias nacionales superiores.



El electrómetro patentado por Ron Hubbard.
Fuente: Institut de Criminologie de Lausanne.

El E-metro mide, mediante un galvanómetro, cambios en la resistencia eléctrica del cuerpo humano. La persona que, de acuerdo con la doctrina de la Cienciología, quiere examinar su estado de ánimo debe asir con sus manos los dos cilindros metálicos conectados al aparato y que le transmiten corrientes eléctricas de baja intensidad, mientras se le requiere que imagine determinadas situaciones dolorosas (engramas, en la terminología de la secta).

La Iglesia de la Cienciología y uno de sus predicadores formularon recurso ante las instituciones del Consejo de Europa, desestimado por la CEDH, que, por una parte, afirmó que los mensajes de naturaleza comercial están protegidos por el art. 10.1 CEDH, si bien con un nivel inferior al previsto para la expresión de ideas políticas:

“Although the Commission is not of the opinion that commercial «speech» as such is outside the protection conferred by Article 10 (1), it considers that the level of protection must be less than that accorded to the expression of «political» ideas, in the broadest sense, with which the values underpinning the concept of freedom of expression in the Convention are chiefly concerned”.

Y por otra, resolvió que la prohibición constituía una injerencia necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para la protección de los consumidores (art. 10.2 CEDH). La Comisión rechazó analizar las connotaciones religiosas del discurso y, al igual que las autoridades nacionales, consideró que la promoción de un

aparato para medir la purificación del alma debía enjuiciarse con el mismo estándar que la publicidad comercial de cualquier electrodoméstico²¹⁶.

La pauta interpretativa utilizada por la Comisión no recurría a la configuración de una categoría discreta de discurso, como el Tribunal Supremo de Estados Unidos, sino que, de hecho, no se alejaba demasiado del esquema general previsto para todas las formas de discurso y delimitado por el art. 10.2 CEDH. Este test al uso puede resumirse en tres partes:

(1) La medida restrictiva debe estar, en primer lugar, prevista legalmente. Tal previsibilidad legal se refiere, según el TEDH, a la posibilidad del ciudadano de conocer las consecuencias jurídicas de una determinada conducta suya. Es decir, no se sigue una concepción formal: es “ley” tanto el derecho escrito (*statutory law*) como el consuetudinario (*common law*).

(2) La medida restrictiva debe, en segundo lugar, dirigirse a la protección de determinados intereses. Esto es, el TEDH realiza un juicio de adecuación entre la medida restrictiva y uno de los bienes jurídicos contenidos en el artículo 10.2 CEDH: “[...] la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales, para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. En el ámbito de las comunicaciones comerciales, la protección de la salud y de los consumidores y la salvaguarda de la lealtad en el mercado se erigen las más de las veces en medidas adecuadas para justificar una medida nacional restrictiva.

(3) En tercer lugar, la medida restrictiva debe constituir una injerencia necesaria en una sociedad democrática. Este requisito, que roza la salmodia en las sentencias del Tribunal en la materia, engloba dos juicios diferentes pero interrelacionados: uno de necesidad y otro de proporcionalidad.

En cuanto a la necesidad de la medida, el Tribunal ha resuelto que ésta “[...] no es sinónimo de ‘indispensable’ o tan flexible como ‘razonable’ o ‘deseable’, sino que implica la existencia de una necesidad social imperiosa”²¹⁷. En definitiva,

²¹⁶ Cfr. *Murdock v. Pennsylvania* (319 U.S. 105 (1943)), en la que el Tribunal Supremo norteamericano declaraba inconstitucional la aplicación a los Testigos de Jehová de una ordenanza municipal que exigía una licencia administrativa para distribuir sus libros y panfletos puerta a puerta.

²¹⁷ Véase STEDH de 7.12.1976, Asunto *Handyside c. Reino Unido* (FF.DD. 48 y 58). Véase también STEDH de 26.11.1991, Asunto *Observer and Guardian c. Reino Unido* (FD 71).

una injerencia no será necesaria si existen alternativas menos restrictivas para la consecución del fin aducido por las autoridades nacionales²¹⁸.

En el examen de la proporcionalidad de la medida, el TEDH exige que una injerencia a la libertad de expresión sea proporcionada para la consecución del interés perseguido y las razones en su defensa aportadas por las autoridades nacionales sean relevantes y suficientes²¹⁹. Para su concreción, el Tribunal tiene en cuenta diversos factores: el contexto, el modo y medio de expresión en que se difunde el mensaje y el tiempo transcurrido y la duración de la restricción impuesta²²⁰.

Este doble esquema (adscripción *prima facie* de las comunicaciones comerciales al ámbito de aplicación del art. 10.1 CEDH y superación del juicio de proporcionalidad) se reproduce prácticamente en todos los asuntos analizados por la CEDH en su función de filtro previo al conocimiento del TEDH. Así, la Comisión en su día consideró ajustadas al art. 10 CEDH las siguientes limitaciones a la realización de publicidad: una sanción por anunciar fármacos sin tener licencia para su venta²²¹; la calificación como desleal de un anuncio que destacaba indirectamente la bioequivalencia entre dos medicamentos²²²; una sanción impuesta a un abogado por realizar publicidad²²³; la

²¹⁸ Sobre el análisis del juicio de necesidad en el ámbito de la regulación de las comunicaciones comerciales, véase *infra* pp. 383 y ss.

²¹⁹ STEDH de 26.11.1991, Asunto *Observer and Guardian c. Reino Unido* (FD 72).

²²⁰ Íñigo LAZCANO BROTONS, *op. cit.*, p. 405.

²²¹ Decisión de 1.3.1983, Asunto *Liljenberg c. Gran Bretaña*: sanción impuesta a los partícipes en una SL por realizar publicidad de productos con finalidad sanitaria amparados en una licencia para comercializar alimentos.

²²² Decisión de 8.11.1990, Asunto *R. GmbHgMBh c. República Federal de Alemania*: deslealtad por contrariar las buenas costumbres (§ 1 UWG) de un anuncio publicado en una revista dirigida a profesionales médicos sobre el medicamento genérico “Nifedipin-ratiofarm 20”, en el que se afirmaba que era “bioequivalente” con los fármacos disponibles en el mercado con el citado principio activo.

Véase *infra* p. 190 para un caso análogo en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional alemán.

²²³ Decisión de 7.3.1991, Asunto *Walter-Georg Hempfing c. República Federal de Alemania*: sanción a un abogado por infracción de las normas colegiales sobre prohibición de publicidad por haber enviado cartas a a diversas sociedades en las que explicaba su experiencia y ofrecía sus servicios.

prohibición de utilización de publicidad de tono excluyente²²⁴; una multa por publicidad encubierta a menores²²⁵; y una sanción por publicidad encubierta de un médico naturista²²⁶.

En otras ocasiones, asuntos relacionados con la regulación de la publicidad no superaron el filtro de la Comisión por cuestiones de orden procesal, como la falta de agotamiento de todos los recursos internos²²⁷, u otras²²⁸.

3. Publicidad de abogados: el asunto Casado Coca y los problemas asociados a la doctrina del «margen de apreciación»

3.1. STEDH de 24.2.1994, asunto *Casado Coca c. España*

La STEDH de 24.2.1994, asunto *Casado Coca c. España*, resuelve el primer supuesto en el que el Tribunal de Estrasburgo se pronuncia sobre el alcance de la protección de la publicidad por el art. 10 CEDH²²⁹. La doctrina establecida en el caso constituye el mejor

²²⁴ Decisión de 2.7.1991, Asunto *K. c. República Federal de Alemania*: prohibición de utilizar el eslogan “La Escuela de Danza de Ludwigshafen”, justificada en su carácter engañoso, al poder hacer creer a los consumidores que se trataba de la única escuela en la localidad.

²²⁵ Decisión de 13.10.1993, Asunto *Nederlandse Omroepprogramma Stichting c. Holanda*: multa por emitir en un programa destinado al público infantil un reportaje sobre un campamento de vacaciones y un sketch con un grupo de niños bebiendo “Coca-Cola” y consumiendo un aperitivo.

²²⁶ Decisión de 31.8.1994, Asunto *Ingrid Janssen c. Alemania*: publicidad encubierta contraria al art. 1 UWG y al art. 11 de la *Gesetz über die Werbung im Heilwesen* por la publicación en un diario local de Hamburgo de un reportaje sobre la experiencia, servicios y precios de una naturópata.

²²⁷ Decisión de 10.12.1987, Asunto *Jean Alexandre y otros c. Francia*: régimen de autorización previa para la publicidad de cualesquiera productos farmacéuticos; y Decisión de 3.12.1997, Asunto *Evora B.V. c. Holanda*: publicidad denigratoria de marcas de renombre.

²²⁸ Decisión de 10.2.1992, Asunto *Röda Korsets Ungdomsförbund, Gnesta y Moderata Samlingspartiet, Trosa-Vagnhärads c. Suecia*: prohibición de emisión radiofónica de anuncios comerciales. Los recurrentes no alegaron una injerencia en su libertad de expresión y solamente consideraron que los hechos constituían una infracción a su derecho a un procedimiento con todas las garantías (art. 6 CEDH).

²²⁹ El TEDH no había podido entrar en el análisis de este extremo en un asunto anterior. Véase la STEDH de 28.6.1993, Asunto *Colman v. Reino Unido*.

Richard Colman, médico holístico en York interesado en anunciar sus servicios en la prensa local, contactó con el *General Medic Council* y solicitó la revisión de las prohibiciones de publicidad en sus

resumen de la postura del TEDH sobre la protección de las comunicaciones comerciales por la libertad de expresión y es objeto de remisión en la mayoría de resoluciones en la materia.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia son como siguen. El Sr. Pablo Casado Coca, abogado ejerciente en Barcelona, publicó anuncios en diferentes diarios y revistas locales ofreciendo sus servicios como asesor jurídico cuando las normas deontológicas del Colegio de Abogados de Barcelona prohibían la realización de publicidad. El Colegio impuso diversas sanciones de apercibimiento al Sr. Casado y una de ellas fue recurrida, en concreto, la impuesta por la publicación de un anuncio en el Boletín de la Asociación de Residentes y Propietarios de Valldoreix en el que figuraban únicamente su nombre, su condición de letrado y su número de teléfono.

El recurso fue desestimado por el Colegio de Abogados, cuya resolución fue confirmada por la Audiencia Territorial de Barcelona y por el Tribunal Supremo (STS, Sala 3ª, 23.9.1988 (Ar.7252)). El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo del actor por Providencia de 17.4.1989.

El Sr. Casado recurrió entonces ante el TEDH. La CEDH, en su informe de 1.12.1992, resolvió que la sanción impuesta constituía una injerencia contraria a la libertad de expresión, pues la prohibición total de emitir un anuncio neutro y veraz como el publicado por el Sr. Casado suponía, en opinión de la mayoría de magistrados²³⁰, una medida innecesaria en una sociedad democrática y desproporcionada para la defensa de los intereses de los clientes y de la profesión²³¹.

estatutos. Ante la negativa, el facultativo inició procedimiento para declarar la ilicitud de las prohibiciones en los estatutos, pretensión rechazada sucesivamente por la *High Court*, la *Court of Appeal* y la *House of Lords*.

La Comisión (19.10.1992) entendió que la prohibición constituía una violación del artículo 10 innecesaria en una sociedad democrática, mas el TEDH no entró a conocer el caso, puesto que el recurrente y el Reino Unido transigieron la controversia y el Estado acabó indemnizando al facultativo en 12.500 libras.

²³⁰ La opinión dirimente del Presidente de la Comisión determinó el desempate y la consiguiente estimación del recurso por parte de la Comisión.

²³¹ Solamente un año antes, la Comisión, en la decisión del asunto *Walter-Georg Hempfing c. República Federal de Alemania*, otro caso sobre publicidad de abogados, había entendido que una prohibición absoluta constituía una medida proporcionada y necesaria en una sociedad democrática para la protección de los intereses de la profesión. En el asunto, las autoridades nacionales argumentaron que la prohibición de publicidad constituía un principio para fomentar la entrada de nuevos abogados frente a los despachos y profesionales ya establecidos y contribuir al interés en una administración de justicia adecuada (*geordnete Rechtspflege*). Véase *supra*.

El TEDH resuelve, en primer lugar, que el art. 10 CEDH alcanza a la publicidad comercial, pues ésta puede proporcionar información valiosa: en el caso, para las personas que requieran asistencia jurídica, facilitándoles en consecuencia su acceso a la justicia. Por otra parte, y a diferencia de la Comisión, el TEDH considera que la sanción impuesta y la prohibición de publicidad no fueron desproporcionadas, ya que las normas del Colegio permitían realizar publicidad en determinados supuestos (por ejemplo, en caso de apertura de nuevo despacho o cambio de su estructura)²³².

“Para el ciudadano, la publicidad constituye un medio para conocer las características de los servicios y los bienes que le son ofrecidos. No obstante, a veces puede ser objeto de restricciones destinadas, especialmente, a impedir la competencia desleal y la publicidad falsa o engañosa. En ciertos contextos, incluso la publicación de mensajes publicitarios objetivos y verídicos podría sufrir limitaciones encaminadas al respeto de los derechos ajenos o basadas en las particularidades de una actividad comercial o de una profesión determinada” (FD 51).

La prohibición constituía una medida necesaria en una sociedad democrática para la protección de los intereses de la profesión y de los clientes, que había sido analizada por los tribunales internos sin superar el margen de apreciación que les correspondía:

“[L]a regulación de la profesión de abogado, especialmente en el ámbito de la publicidad, varía de un país a otro en función de las tradiciones culturales. Por otra parte, la mayoría de los Estados contratantes, entre ellos España, conocen desde hace algún tiempo una evolución hacia la flexibilidad, a causa de los cambios en sus sociedades y, especialmente, del papel creciente de los medios de comunicación en éstas. [A] título de ejemplo, [...] el Gobierno [español] ha comenzado a examinar un proyecto de nuevo Estatuto General de la Abogacía Española que liberaliza en cierta medida la materia” (FD 54)

“[Los desarrollos normativos en el derecho español] y las diferencias de ritmo en los Estados miembros del Consejo de Europa muestran la complejidad del problema. Gracias a su contacto directo y constante con sus miembros, las

²³² No puede desprenderse del caso la idea de que es amparable una prohibición total a los abogados de realizar publicidad, pero sí que es justificable su regulación mediante gran número de limitaciones. En este sentido, véase Juan Antonio CREMADES SANZ-PASTOR, “La publicidad del abogado”, *La Ley*, 1994-2, 1121.

autoridades colegiales o los jueces y tribunales del país se encuentran mejor situados que el juez internacional para precisar donde se sitúa, en un momento dado, el justo equilibrio a establecer entre los diversos intereses en juego: los imperativos de una buena administración de justicia, la dignidad de la profesión, el derecho de toda persona a recibir una información sobre la asistencia jurídica y la posibilidad para un abogado de hacer publicidad de su despacho” (FD 55)

Para el TEDH, a diferencia de la línea principal de argumentación de la *U.S. Supreme Court*²³³, la “profesionalidad” se erige en piedra de toque para fundamentar la necesidad de una medida restrictiva de la publicidad de los abogados. En definitiva, para la Corte de Estrasburgo, la defensa de los intereses propios mediante la autorregulación justifica una limitación intensa a la publicidad. La misma pauta de justificación se repetirá en casos posteriores como en la Decisión de 9.3.1999, Asunto *Klaus Lindner c. Alemania*..

En agosto de 1991, Klaus Lindner, abogado en Göttingen, envió cartas a 60 productores y editores musicales anunciando sus servicios profesionales en el campo del derecho de la propiedad intelectual, conducta por la que fue sancionado con una reprimenda y una multa de 3.000 marcos por el *Ehrengericht für den Bezirk der Rechtsanwaltskammer Celle*.

El Tribunal de apelación estimó parcialmente el recurso del Sr. Lindner y redujo la sanción a 2.000 marcos. La Sala Especial (*Senat für Anwaltssachen*) del *Bundesgerichtshof* confirmó la sentencia. El *Bundesverfassungsgericht* inadmitió el recurso de amparo del Sr. Lindner, quien acudió entonces ante el TEDH.

El TEDH, con base en la argumentación desplegada en los asuntos *Casado Coca y Schöpfer*²³⁴, declara el recurso del Sr. Lindner inadmisibile: repite que “[p]ara el ciudadano, la publicidad es un medio para descubrir los bienes y servicios que se le ofrecen. Sin embargo, [...] en algunos contextos, incluso puede restringirse la publicación de anuncios objetivos y veraces para asegurar el respeto a derechos ajenos o debido a las circunstancias especiales de una determinada actividad económica o profesional”; y también recuerda la importancia de los desarrollos legislativos en la materia en la mayoría de Estados del Consejo de Europa, cuyas autoridades están en mejor posición que el Tribunal para el examen de las diferentes medidas restrictivas.

²³³ Véase *supra* p. 92 y ss.

²³⁴ Véase *infra* p. 142 y ss.

3.2. Deferencia hacia las autoridades nacionales: la doctrina del «margen de apreciación»

Además, el interés en la defensa de la “profesionalidad” se observa desde una óptica nacional y, por ello, el TEDH resuelve que “las autoridades colegiales o los jueces y tribunales del país se encuentran mejor situados que el juez internacional para precisar donde se sitúa, en un momento dado, el justo equilibrio a establecer entre los diversos intereses en juego” (FD 55). Se trata de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación al ámbito de las comunicaciones comerciales.

En virtud de esta doctrina, el TEDH concede un determinado ámbito de libertad, opción o maniobra a las autoridades nacionales para valorar la necesidad y proporcionalidad de cada medida en su contexto nacional, social y cultural²³⁵.

²³⁵ La doctrina del margen de apreciación es un instrumento exegético que ostenta un órgano jurisdiccional para interpretar una norma jurídica o un acto jurídico y que consiste en garantizar un cierto ámbito de discreción o deferencia al autor de dicha norma o acto. Es decir, no se trata de un instrumento exclusivo del TEDH, sino que también es utilizado por tribunales internos, como, por ejemplo, un Tribunal Constitucional, que, a pesar de su independencia orgánica y funcional, puede preferir autolimitarse para señalar su compromiso con los intereses generales perseguidos por el poder ejecutivo. En este sentido, véanse Barry FRIEDMAN, “The Politics of Judicial Review”, 84 *Tex. L. Rev.* 257 (2005), p. 309 y s. y bibliografía que allí se cita. En el ámbito de las relaciones internacionales, véase Andrew T. GUZMAN, “The Cost of Credibility: Explaining Resistance to Interstate Dispute Resolution Mechanisms”, 31 *J. Leg. Stud.* 303 (2002). Por su parte, Eric A. POSNER y John C. YOO correlacionan la eficacia de un tribunal supraestatal como instrumento de cooperación y transmisión de información con su menor grado de independencia respecto de los gobiernos nacionales: Eric A. POSNER y John C. YOO, “Judicial Independence in International Tribunals”, 93 *Cal. L. Rev.* 37 (2004), pp. 47 y ss.

Ni la historia legislativa del Convenio (*Travaux Préparatoires*), ni su texto definitivo hacen referencia explícita a la noción de «margen de apreciación». Cabe situar el origen de esta doctrina en el derecho militar clásico y en la jurisprudencia tradicional del *Conseil d'État* francés (*marge d'appréciation*), que asimismo se relaciona con algunos principios de derecho construidos por la doctrina alemana: *Beurteilungspielraum*, *Ermessensfehler*, *Ermessensspielraum*, *Ermessensmissbrauch*, *Ermessensüberschreitung* y *unbekannte oder unbestimmte Rechtsbegriffe*. Es frecuente citar, como prueba de la relación entre el concepto de margen de apreciación y el derecho militar, el artículo 15 CEDH, que recoge el principio de deferencia máxima hacia el Estado en casos de guerra y otras situaciones de emergencia pública para limitar los derechos contenidos en el Convenio, en cuyo desarrollo jurisprudencial el TEDH introdujo primeramente la doctrina.

Sobre la doctrina del margen de apreciación en el ámbito del TEDH, véanse, especialmente, Howard Charles YUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff Publishers y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht (Holanda), 1996; Eyal BENVENISTI, “Margin of appreciation, consensus, and universal standards”, 31 *International Law and Politics* 843 (1999); y Yutaka ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Amberes/Oxford/New York,

La doctrina afecta a muchos de los derechos reconocidos por el Convenio en diferencias de grado y, en efecto, las facultades de las autoridades nacionales a la hora de afectarlos quedan configuradas a modo de círculos concéntricos:

1) En primer lugar, las autoridades nacionales no retienen ningún ámbito de apreciación sobre un núcleo duro de derechos básicos y, correlativamente, el poder de revisión judicial del TEDH es absoluto. Nos estamos refiriendo a la prohibición de torturas y de tratos inhumanos o degradantes (art. 2 CEDH).

2) Una segunda categoría comprende los derechos de los detenidos y los propios de la tutela judicial efectiva (arts. 5 y 6 CEDH) en los que el poder de discreción en manos de los Estados es reducido y, a su vez, las potestades de revisión del Tribunal son muy amplias.

3) El tercer grupo está compuesto por derechos (arts. 8-12 CEDH), en los que existe un cierto margen de apreciación en manos de las autoridades nacionales siempre que las medidas de limitación, restricción, condición o sanción aprobadas sean necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, entre otros intereses generales. El análisis del TEDH se centra en determinar que la medida restrictiva haya sido establecida por ley y que resulte necesaria y proporcionada en una sociedad democrática. En definitiva, se trata de un escrutinio estricto, que se aplica, con las salvedades que veremos, a la libertad de expresión²³⁶.

4) Seguidamente, existe un círculo más exterior configurado por un ámbito en el que se incrementan las facultades normadoras de los Estados. El control mínimo por parte del TEDH se circunscribe a analizar la justificación de intereses públicos y a evaluar que no se trate de una medida arbitraria o un desvío de poderes. El derecho de propiedad (art. 1. del Protocolo 1 a la CEDH²³⁷) y las políticas socioeconómicas constituyen su ejemplo más destacable.

2002. Para desarrollos posteriores en la materia, véase la bibliografía citada por Maya HERTIG RANDALL, *op. cit.*, p. 57, n. 18.

²³⁶ Véanse SSTEDH de 8.7.1986, Asunto *Lingens c. Austria*, de 23.4.1992, Asunto *Castells c. España*, y de 25.6.1992, Asunto *Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*.

²³⁷ Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en París el 20 de marzo de 1952.

5) Finalmente, el círculo más externo está formado por determinados supuestos en los que el control del TEDH es ínfimo: determinadas causas excepcionales justifican medidas restrictivas de derechos aprobadas por los Estados disfrutando de un altísimo grado de discreción (art. 15 CEDH).

Las críticas mayoritarias a esta tesis denuncian sus implicaciones en el menoscabo del sistema de protección internacional de los derechos humanos instituido por el CEDH al restringir sobremanera la potestad jurisdiccional del TEDH²³⁸. En este orden de ideas, los reproches a la doctrina del margen de apreciación suelen dirigirse a aspectos de justicia procedimental. Así, se ha afirmado que el uso de la doctrina compromete la credibilidad de la institución minando con ello la protección ofrecida por el CEDH y su *garante*, el TEDH. También se ha objetado la multiplicidad de estándares de análisis y protección con la consiguiente inseguridad jurídica.

No obstante, tales críticas deben complementarse: en primer lugar, la doctrina del margen de apreciación incrementa las cargas de argumentación que deben soportar las autoridades nacionales para justificar una injerencia en los derechos reconocidos por el Convenio²³⁹ y, en definitiva, se refuerza así la legitimidad de ésta; en segundo lugar, desde un enfoque pragmático, la doctrina se inserta en el juicio de proporcionalidad o ponderación de bienes e intereses jurídicos como exigencia de examen de todas las circunstancias de un caso y atribuye la carga de su prueba a quien dispone de la información relevante a un menor coste (*cheapest cost provider*); y, por último, la doctrina no es solamente un instrumento de libertad política del que disponen las autoridades nacionales, sino que también es una poderosa arma en manos del TEDH²⁴⁰.

²³⁸ Véase, por todos, Howard Charles YOUROW, *op. cit., passim*. Véase también Paul MAHONEY, "Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", *Human Rights Law Journal*, Vol. II, 1990, pp. 57-88.

²³⁹ En este sentido, Gráinne DE BÚRCA y Oliver GERSTENBERG, "The Denationalization of Constitutional Law", *47 Harvard International Law Journal* 243 (2006), pp. 252-253.

²⁴⁰ Otras defensas de la doctrina del margen de apreciación, que a los efectos de este trabajo interesan menos, conciernen la mayor legitimidad democrática de las autoridades internas frente al TEDH, la articulación del principio de subsidiariedad en el derecho internacional, y la variedad sociocultural y jurídica de los diferentes Estados miembros (véase *infra*).

Por otra parte, algunos autores han indicado que la utilización de la doctrina del margen de apreciación ha venido proporcionando incentivos a las autoridades nacionales a no resistirse al control externo del Tribunal de Estrasburgo. Con todo, téngase en cuenta que el Protocolo nº 11, en vigor desde el 1 de noviembre de 1998, prohibió a los Estados miembros restringir el acceso de sus nacionales al TEDH e instituyó un sistema de jurisdicción obligatoria. Con anterioridad, empero, muchas legislaciones internas contenían limitaciones. Así, por ejemplo, a principios de los 90 en muchos países de Europa del Este se reconocía legalmente la facultad de sus gobiernos de resistirse al control del TEDH.

Mediante la doctrina del margen de apreciación, el TEDH puede hacer frente a vicisitudes prácticas y conflictos políticos que plantea un caso determinado, en la medida que puede estratégicamente ampliar o restringir las facultades de actuación de los Estados.

Esta última observación parte de la posibilidad de que surjan conflictos «jurisdiccionales» entre el TEDH y los tribunales internos de un Estado miembro, esto es, enfrentamientos sobre la interpretación jurídica que cada tribunal o poder pueda atribuir a un concepto —en nuestro caso: el alcance de la libertad de expresión en escenarios comerciales—. Resulta muy discutible que la naturaleza y la evolución previsible de un conflicto interpretativo de este tipo puedan ser iluminados sólo por medio de las doctrinas jurídicas tradicionales sobre interpretación de las leyes, dado su carácter normativo²⁴¹. Y por ello, en las dos últimas décadas algunos autores dedicados a la *Positive Political Theory*²⁴² han recurrido a modelos analíticos y han mostrado cómo las posibles interpretaciones de un texto normativo pueden quedar limitadas por las capacidades de reacción que cada órgano decisorio tiene frente a otros dentro del proceso político y no por lo que expresamente prevé la ley²⁴³. Por otra parte, como

²⁴¹ Esto es, dicen como se *han de* interpretar los enunciados legales, pero no son teorías positivas que permitan concluir explicaciones y predicciones.

²⁴² Véase, en general, Ken SHEPSLE y Mark BONCHEK, *Analyzing Politics: Rationality, Behavior, and Institutions*, Norton, New York/London, 1997, pp. 405-431; y Robert D. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, EUA, 2000, pp. 215 y ss. Para un resumen de las teorías expuestas por estos autores, véase Pablo SALVADOR CODERCH, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Álvaro LUNA YERGA y Sonia RAMOS GONZÁLEZ, “Libertad de expresión y lucha de poder entre Tribunales. Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y las libertades de información y expresión en la Jurisprudencia de la Sala 1a del Tribunal Supremo de los años 1998-2000 (I)” *Indret* 4/2001 (www.indret.com) y, en general, Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (Eds.), *Libertad de expresión y conflicto institucional. Cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Cívitas, Madrid, 2002.

²⁴³ Es decir, no mediante el sentido usual de los enunciados convencionales, constitucionales o legales, como, en cambio, sostiene la doctrina jurídica dominante sobre la interpretación de la Constitución y de las leyes. En este sentido, véanse John A. FERREJOHN y Richard R. WEINGAST, “A Positive Theory of Statutory Interpretation”, 12 *Int. Rev. of L.&Econ.* 263 (1992); Pablo SALVADOR CODERCH, “Interpretación judicial y decisión política”, *ADC*, Tomo XLV, Fascículo IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992; William N. ESKRIDGE y Philip P. FRICKEY, “Foreword: Law as Equilibrium”, 108 *Harv. L. Rev.* 26 (1994); McNOLLGAST, “Politics and the Courts: a Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law”, 68 *Southern Cal. L. Rev.* 1631 (1995); Cass R. SUNSTEIN y Adrian VERMEULE, “Interpretation and Institutions”, 105 *Mich. L. Rev.* 885 (2002-2003); y Barry FRIEDMAN, *op. cit.*

enseguida se dirá, el diseño institucional del tribunal y la configuración del sistema de incentivos determinan también las tareas y resultados de la interpretación judicial. Sin embargo, estas teorías no han calado todavía en los análisis doctrinales de autores europeos, ya por no citar a los comentaristas de la jurisprudencia del TEDH²⁴⁴.

El recurso a estas tesis ilumina la comprensión de la jurisprudencia dictada por el TEDH en materia de protección constitucional de las comunicaciones comerciales y, en especial, el análisis de por qué en este ámbito el Tribunal ha recurrido a diferentes grados en el margen de apreciación atribuido a las autoridades nacionales.

3.3. Libertad de expresión, comunicaciones comerciales y márgenes de apreciación

Además de las diferencias de grado en el margen de deferencia otorgado a las autoridades nacionales para la afectación de los diferentes derechos humanos, en el ámbito de la libertad de expresión, la doctrina del margen de apreciación opera con distintos alcances. Según el TEDH:

“[Un] margen de apreciación es particularmente necesario en materia comercial, especialmente en un campo tan complejo y fluctuante como es la competencia desleal [...]. Conviene, sin embargo, relativizar el alcance de de ésta [*sic*] cuando lo que está en juego no es el discurso estrictamente «comercial» de dicho individuo sino su participación en un debate que afecta al interés general como, por ejemplo, la salud pública”.²⁴⁵

“[E]n el caso presente, la extensión del margen de apreciación es reducida, ya que lo que entra en juego no son intereses puramente «comerciales» de un individuo dado, sino su participación en un debate que afecta al interés general”.²⁴⁶

²⁴⁴ Véase, sin embargo, Erik VOETEN, “Judicial Behavior on International Courts: The European Court of Human Rights” (2005) (disponible en <http://mjtier.people.wm.edu/intlpolitics/seminar/papers/Voeten.pdf>. Consultado el 15.7.2007).

²⁴⁵ STEDH de 25.8.1998, Asunto *Hertel c. Suiza* (FD 47). Véase *infra* pp. 149 y ss.

²⁴⁶ STEDH de 28.6.2001, Asunto *VGT, Verein gegen Tierfabriken c. Suiza* (FD 71). Véase *infra* pp. 151 y ss.

El establecimiento de diferentes grados ha llevado a los autores a calificar al art. 10.2 CEDH de “libertad de varias velocidades”²⁴⁷ y a su jurisprudencia de “vaporosa” o “arbitraria”²⁴⁸, “abigarrada”²⁴⁹, con un control de “geometría variable”²⁵⁰, y generadora de incertidumbre²⁵¹, que, en definitiva, manifiestan la debilidad del sistema de protección internacional de derechos humanos²⁵².

Se ha apuntado también que las diferencias en el margen de apreciación responden a un enfoque categorial por parte del TEDH, que, influido por la doctrina sobre *Commercial Speech* elaborada por el Tribunal Supremo norteamericano, distinguiría así entre discursos más o menos valiosos²⁵³. La afirmación anterior debe, sin embargo, matizarse: aunque la influencia y la autoridad de la jurisprudencia norteamericana no pueden obviarse, debe tenerse presente que el Tribunal concede también un amplio margen de apreciación en la regulación de algunos discursos públicos²⁵⁴. En este sentido, es más adecuado sostener que la aplicación de la doctrina en esta materia se debe al diseño institucional del TEDH y al juego de incentivos de sus miembros y, en

²⁴⁷ Gérard COHEN-JONATHAN, “Article 10”, en Louis Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX y Pierre Henri IMBERT (Eds.), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme. Commentaire article per article*, Economica, Paris, 1995, p. 408.

²⁴⁸ Henri LECLERC, “Les principes de la liberté d’expression et la Cour Européene des Droits de l’Homme”, *Legipresse Revue Mensuelle de Droit de la Communication*, núm. 167, 1999, p. 150.

²⁴⁹ Roger A. SHINER, *Freedom of Commercial Expression*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2003, p. 106.

²⁵⁰ Michel LEVINET, “L’incertaine détermination des limites de la liberté d’expression. Reflexions sur les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg en 1995-1996 à propos de l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue Française de Droit Administratif*, 5, 1997, p. 1000.

²⁵¹ Maya HERTIG RANDALL, *op. cit.*, p. 53.

²⁵² Howard Charles YOUROW, *op. cit.*, p. 196.

²⁵³ Maya HERTIG RANDALL, *op. cit.*, p. 57.

²⁵⁴ STEDH de 10.7.2003, Asunto *Roy Murphy c. Irlanda*. Véanse asimismo la SSTEDH de 24.5.1988, Asunto *Müller y otros c. Suiza* (clausura de una exposición y secuestro de obras pictóricas por su contenido obsceno), de 20.9.1994, Asunto *Otto-Preminger-Institut c. Austria* (retirada y confiscación de película por su carácter denigratorio de la religión católica), y de 25.11.1996, Asunto *Wingrove c. Reino Unido* (condena por blasfemia a director de cine). Para un análisis de estos casos, y la utilización en ellos de la doctrina del margen de apreciación, véase, en extenso, Onder BAKIRCIOGLU, “The Application of the Marginal Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, 8 *German Law Journal* 711 (2007).

su caso, la interpretación del margen de apreciación en manos de las autoridades nacionales puede encontrar justificación retórica o *normativa* en las diferencias entre los mercados de los Estados miembros del Consejo de Europa y al hecho de que no todos estén integrados en la UE²⁵⁵. Estos dos últimos factores se suman así a las oposiciones enumeradas por YOUROW²⁵⁶ como fundamentos normativos de la doctrina del margen de apreciación:

- Europa occidental vs. Europa oriental.
- Nuevas democracias vs. democracias consolidadas.
- Norte rico protestante anglo-teutónico vs. sur latino pobre católico.
- *Common law* vs. *civil law*.
- Estados unitarios vs. estados federales.
- Control previo de constitucionalidad vs. control *ex post*.
- Sistemas monistas vs. sistemas dualistas.
- Diversidad lingüística

En desarrollo de nuestra tesis, podría anticiparse que los magistrados del TEDH no desearían asumir una línea de decisiones que pudiera permitir a los operadores económicos de mercados emergentes de la Europa oriental erigirse contra sus regulaciones internas. El Tribunal carece, en primer lugar, de los mecanismos adecuados y suficientes para potenciar una verdadera integración económica entre los miembros del Consejo de Europa. Pero, en segundo lugar, como se ha avanzado, es imaginable una explicación menos bondadosa que tenga presentes el diseño institucional del tribunal, así como los incentivos de sus miembros, con independencia de que provengan de una u otra Europa.

El TEDH, como hemos avanzado, está integrado por 46 magistrados, uno por Estado miembro del Consejo de Europa, que si bien formalmente son independientes de las autoridades internas, están sujetos a determinados incentivos que influyen en la configuración de la doctrina del margen de apreciación.

²⁵⁵ Como pone de relieve Roger A. SHINER, *op. cit.*, p. 109: “[...] deference to a an autonomous national government in Europe is not the same as deference to a parliament in Canada or a congress in the U.S. [...] the reason is not necessarily one having to do with respect for a substantively different range of values of political morality, more ‘communitarian’ values as opposed to individualist values. It is rather the result of the unique systemic context in which the Court operates”. En el mismo sentido, pero desde un enfoque totalmente distinto, véase Eric A. POSNER & John C. YOO, *op. cit.*, p. 39.

²⁵⁶ Howard Charles YOUROW, *op. cit.*, p. 40.

En primer lugar, aunque después de la aprobación del Protocolo núm. 11²⁵⁷, los gobiernos nacionales no nombran a *su* juez, la Asamblea del Consejo de Europa suele escoger el primer candidato propuesto por cada gobierno. En segundo lugar, las posibilidades de renovación del mandato dependen a su vez de las autoridades nacionales, así, como en muchas ocasiones, las oportunidades para conseguir una posición laboral interna similar al término de su mandato. En definitiva, no hay demasiados problemas para calificar a cada juez como un agente de sus autoridades internas y, con ello, anticipar que su comportamiento esperado estará alineado con los intereses de aquéllas en no perder los pleitos en Estrasburgo²⁵⁸.

Por otra parte, la alineación de los intereses no es completa. En primer lugar, los grados de independencia que ostenta un tribunal internacional o, si se prefiere, el establecimiento de más o menos amplios márgenes de apreciación, de acuerdo a la teoría de la agencia, sirven para señalar el compromiso de sus promotores a los objetivos perseguidos, que, en ocasiones, serán contrarios a sus intereses²⁵⁹.

En segundo lugar, influyen otros mecanismos informales y, en especial, el conjunto de normas sociales y profesionales de la comunidad jurídica y el hecho de que las decisiones son colegiadas y adoptadas por mayoría. Los magistrados tendrán en cuenta el coste reputacional, en especial, en su red social más próxima, la formada por sus colegas en Estrasburgo, y, luego, en el seno de la academia jurídica y, si el asunto versa sobre alguna cuestión espionosa, de la opinión pública en general.

Además, otras fuerzas que pueden repercutir en el alejamiento de los intereses del principal no pueden obviarse: por ejemplo, un magistrado a punto de jubilarse tendrá menos incentivos a fallar a favor de su principal; la dislocación entre los mandatos de los magistrados y los mandatos electorales podrá, en algunos casos, conllevar la

²⁵⁷ Protocolo núm. 11 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 (entrada en vigor: 1.11.1998).

²⁵⁸ La literatura en el ámbito del TEDH es prácticamente inexistente a excepción del trabajo citado de VOETEN. Para la aplicación de la teoría de la agencia en el ámbito de los tribunales internacionales, véase Eric A. POSNER y John C. YOO, *op. cit.*; y Karen J. ALTER, "Agents or Trustees? International Courts in their Political Context", *Transtate Working Paper No. 8* (2005) [disponible en www.ssrn.com].

²⁵⁹ VOETEN señala que los jueces menos deferentes a sus principales son los nacionales de Estados candidatos a ingresar en la UE en un futuro próximo. Erik VOETEN, *op. cit.*, pp. 16-17.

imposibilidad de renovación de un juez en el cargo y la reducción de sus incentivos a actuar en favor de su principal.

Finalmente, los propios magistrados tienen un interés en la perpetuación del tribunal y, por ello, si no quieren menoscabar la credibilidad de la institución deberán, en ocasiones, fallar en contra de sus principales²⁶⁰: resulta patente que si rechazaran de forma sistemática las reclamaciones interpuestas por los ciudadanos, el número de recursos disminuiría y la falta de una función jurisdiccional determinaría su desaparición.

En este escenario, el juez nacional puede adoptar diversos grados de deferencia para satisfacer las exigencias de su principal y para señalar el compromiso de éste con el Consejo de Europa y, por ello, tendrá en cuenta los factores que debilitan la relación de agencia y los costes asociados a cada decisión. Acaso estos factores tengan menos repercusión en el ámbito de las comunicaciones comerciales: por ejemplo, se trata de asuntos que no despiertan el interés de la opinión pública y no existen presiones de grupos activistas organizados; por otra parte, si el magistrado deseara obtener una posición profesional en el sector privado nacional es posible que tenga más posibilidades de hacerlo en el ámbito de sujetos que han capturado de alguna manera las autoridades nacionales para limitar la competencia mediante restricciones de la publicidad o prohibiciones de la publicidad. Esto es, dado que un magistrado no puede fallar siempre denegando las reclamaciones interpuestas por particulares que han visto sacrificados sus derechos fundamentales, parece intuitivo creer que *ex ante* el coste que debe soportar al ser deferente para con las autoridades nacionales en el ámbito del discurso político es superior al coste en el ámbito de las comunicaciones comerciales²⁶¹.

3.4. Últimos desarrollos: ¿una reducción del margen de apreciación?

El asunto más reciente en el que el TEDH se ha enfrentado al estatus constitucional de la publicidad afecta a un supuesto de publicidad comparativa de precios. En la STEDH

²⁶⁰ En un sentido similar, Eric A. POSNER y John C. YOO, *op. cit.*, p. 32: “If the tribunal violates its instructions and/or allows the personal preferences, ideological commitments, or national loyalties of its members to influence the judgment too much, then compliance might not occur. States will comply with judgments, and will use tribunals in the first place, only if they believe that the judgments will be unbiased”.

²⁶¹ Con todo, se trata de una hipótesis que creo ilumina la comprensión de la doctrina del margen de apreciación, pero que requiere confirmación empírica, tarea que excede con creces el objeto de esta tesis doctoral.

de 11.12.2003, Asunto *Krone Verlag GmbH & CoKG c. Austria*, el Tribunal ofrece acaso su sentencia más interesante en la materia hasta la fecha.

El 9 y el 11 de diciembre de 1994, la edición local de Salzburgo del periódico sensacionalista *Neue Kronenzeitung*, editado por Krone Verlag GmbH & CoKG, publicó un anuncio sobre la suscripción mensual en el que comparaba sus precios con los de otro diario de la ciudad, *Salzburger Nachrichten*.

Salzburger Nachrichten demandó a Krone Verlag GmbH & CoKG y solicitó una medida cautelar de cesación de la publicidad (*einstweilige Verfügung*) fundada en los artículos 1 y 2 de la Ley Austriaca de Competencia Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) y la posterior declaración de cesación.

El Tribunal Regional de Salzburgo adoptó la medida cautelar. El Tribunal de Apelación de Linz (*Oberlandesgericht*) revocó la adopción de la medida cautelar. El Tribunal Supremo (*Oberster Gerichtshof*) estimó el recurso de la actora y adoptó de nuevo la medida cautelar al entender que el anuncio era engañoso. En el procedimiento principal, el Tribunal Regional de Salzburgo estimó la demanda y consideró que el anuncio era desleal si no informaba también de las diferencias de contenido entre los dos periódicos (que pueden resumirse en destacar que los contenidos de la publicación de la actora eran de “calidad” frente al carácter sensacionalista de los de la demandada). En efecto, prohibió a la demandada referirse a la publicación de la actora como “cara” y proscribió la publicidad comparativa de precios, a excepción de si se informaba de forma completa sobre las diferencias en el estilo y tratamiento de las noticias de ambos periódicos. El Tribunal de Apelación confirmó en parte la sentencia. El Tribunal Supremo inadmitió el recurso de Krone Verlag GmbH & CoKG.

Para el TEDH, la medida adoptada por los tribunales austriacos persigue la finalidad legítima de protección de la reputación ajena, pero lo hace de forma desproporcionada:

“[T]he measure at issue has quite far-reaching consequences as regards future advertising involving price comparison: the applicant company will also need to provide information on how its reporting style differs on matters of foreign or domestic politics, economy, culture, science, health, environmental issues and law”. (FD 33)

En definitiva, para el TEDH supeditar la publicidad comparativa de precios a una revelación exhaustiva de información sobre las diferencias entre ambos productos, cuando los lectores potenciales conocen ya los diferentes enfoques de ambas publicaciones, y a riesgo de ser sancionado por su infracción con multas de 100.000

euros, rebasa el margen de apreciación concedido a las autoridades nacionales, pues disuade cualquier intento de comparación de precios en el mercado.

Además, el TEDH parece reducir el alto margen de apreciación que correspondía a las autoridades nacionales en materia de publicidad y resuelve que la ponderación de los intereses en juego debe ser objeto de un escrutinio riguroso:

“For the public, advertising is a means of discovering the characteristics of services and goods offered to them. Nevertheless, it may sometimes be restricted, especially to prevent unfair competition and untruthful or misleading advertising. In some contexts, even the publication of objective, truthful advertisements might be restricted in order to ensure respect for the rights of others or owing to the special circumstances of particular business activities and professions. *Any such restrictions must, however, be closely scrutinised by the Court, which must weigh the requirements of those particular features against the advertising in question; to this end, the Court must look at the impugned penalty in the light of the case as a whole*” (FD 31, énfasis añadido).

Con todo, no es posible concluir a partir de la sentencia que se produce un cambio sustancial en la doctrina del TEDH, pues no es tan obvio que, a pesar de señalar la necesidad de realizar un escrutinio riguroso de una injerencia en la libertad de expresión comercial, éste sea el estándar efectivamente aplicado en el pleito: atendiendo a las circunstancias del caso, es posible que, con la aplicación de un estándar más flexible y un margen de apreciación más amplio, el TEDH también hubiera declarado el carácter desproporcionado de la medida.

4. El problema de los discursos mixtos

A diferencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, el acervo del TEDH sobre comunicaciones comerciales se compone mayormente de asuntos referidos a discursos mixtos, esto es, a expresiones que hacen algo más que proponer una transacción económica y contienen tanto aspectos de discurso público como elementos comerciales. De cara a su análisis, resulta más útil evitar un examen cronológico y proceder a una clasificación material. Podemos clasificar estos discursos mixtos en diferentes categorías:

- a) Discursos públicos con efecto publicitario residual.
- b) Comunicaciones comerciales que contribuyen de forma residual al discurso público.

- c) Discursos públicos con incidencia en el mercado.
- d) Discursos públicos que utilizan formas de expresión propias del discurso comercial.

La utilización de estas categorías responde únicamente a la organización de la información en este apartado y de ella no es posible extraer consecuencias jurídicas razonables sobre la interpretación del estatus constitucional de las comunicaciones comerciales: como se verá, en más de una categoría los fallos del TEDH no siguen un patrón común.

4.1. Discursos públicos con efecto publicitario residual

Un primer grupo de discurso mixto que ha centrado la atención del TEDH está constituido por el conjunto de expresiones que contribuyen a la formación de la opinión pública pero que, a su vez, presentan un efecto publicitario residual para sus emisores. El hecho de que estos últimos sean profesionales cuyas regulaciones especiales prohíben o restringen la realización de publicidad lleva a sus corporaciones a sancionarlos por publicidad encubierta.

4.1.2. STEDH de 25.3.1985, asunto *Barthold c. República Federal de Alemania*

Los hechos que dieron lugar a la primera sentencia en la materia son los siguientes. El 24 de agosto de 1978 el diario *Hamburger Abendblatt* publicó un artículo titulado “Dificultades para encontrar un veterinario a partir de las 20 horas; por qué Shalen consiguió sobrevivir a la noche, a pesar de todo”, en el que se narraban los problemas para encontrar a un veterinario de madrugada en Hamburgo que había tenido la propietaria de una gata, que al final consiguió ser atendida en la clínica del veterinario Sr. Sigur Barthold. El artículo se acompañaba de una foto del Sr. Barthold y de su clínica y reproducía diversas declaraciones en las que éste se quejaba de la diferencia de trato que establecían las normas del Colegio profesional –que obligaban a las clínicas veterinarias a prestar sus servicios durante las 24 horas a diferencia de los veterinarios que ejercían su profesión a título individual, que prestaban este servicio mediante un sistema de rotación– y propugnaba la creación de un sistema de rotación que incluyera tanto a veterinarios individuales como a clínicas.

Unos veterinarios denunciaron al Sr. Barthold considerando que sus declaraciones constituían publicidad encubierta prohibida por las normas del Colegio y, en consecuencia, competencia desleal contraria a la UWG, por lo que solicitaron su

cesación. El Tribunal Regional de Hamburgo estimó la demanda, que fue confirmada en las ulteriores instancias nacionales.

El Sr. Barthold recurrió ante el TEDH. La Comisión, en su informe de 13 de julio de 1983, consideró que no se trataba propiamente de un supuesto de publicidad o de información comercial, sino de la expresión de una opinión o información objetiva:

“El asunto no concierne en absoluto a la publicidad comercial, en el sentido en que este término se entiende generalmente [...]. El demandante no inició la publicación en cuestión ni pagó por ella. La publicación no ha tomado tampoco la forma de una publicidad y no tenía esencialmente como objetivo, por su contexto, el hacer publicidad para la clínica del demandante”.

El TEDH, en sentencia de 25 de marzo de 1985, hace suya la argumentación de la CEDH:

“No es posible disociar los elementos que afectan menos a la sustancia que al modo de formulación y que, según los tribunales alemanes, tienen un efecto publicitario; mucho menos desde el momento en que se trataba de un artículo escrito por un periodista y no de un anuncio comercial [...] Un criterio tan rígido en la forma de abordar el problema de la publicidad de las profesiones liberales no cuadra con la libertad de expresión. Su aplicación entraña el peligro de desanimar a los miembros de estas profesiones a contribuir a la discusión pública de las cuestiones relativas a la vida de la colectividad, a poco que semejante contribución pueda parecer como productora de algún efecto publicitario” (FJ 42).

El TEDH no se pronunció pues sobre la protección de la publicidad por la libertad de expresión, por cuanto condujo el caso a un supuesto de libertad de opinión²⁶²: se trataba meramente de discurso público que podía tener una incidencia en el mercado y un efecto publicitario residual, cuya declaración de ilicitud y deslealtad constituía una injerencia contraria al artículo 10 CEDH.

²⁶² Véase sobre este punto, Anxo TATO PLAZA, *op. cit.*, p. 993 y, en especial, el voto particular concurrente en el fallo del juez Pettiti que reprocha la ausencia de una alusión directa a la protección de la publicidad por el CEDH.

4.1.3 STEDH de 17.10.2002, asunto *Stambuk c. Alemania*

Casi dos décadas después, el TEDH volvió a pronunciarse sobre la publicidad profesional encubierta en la STEDH de 17.10.2002, Asunto *Stambuk c. Alemania*.

El 26.9.1994, el periódico *Schwäbische Zeitung* publicó un artículo firmado por la Sra. K. con el título “La córnea bajo el fuego – El láser devuelve la visión completamente. En Blauberen, se lleva aplicando desde hace tres años la ‘queratotomía fotorrefractiva’ –los riesgos de la operación son mínimos – los gastos son reembolsados parcialmente por las aseguradoras”, en el que se entrevistaba al oftalmólogo Sr. Miro Stambuk, de quien aparecía una foto de 12x19 cms. En el reportaje, el Dr. Stambuk afirmaba que había operado a más de 400 pacientes y que las intervenciones habían resultado exitosas en un 100 %.

Por estos hechos, el *Bezirksberufsgericht für Ärzte* de Tübingen, un tribunal disciplinario para médicos, sancionó al oftalmólogo el 25.10.1995 con una multa de 2.000 marcos al entender que se trataba de publicidad indirecta que contravenía la prohibición de realización de publicidad que recaía sobre los oculistas y otros facultativos²⁶³: el Sr. Stambuk había hecho alarde de su persona y loado su experiencia profesional, consideraciones que según el tribunal administrativa sobrepasaban los límites de la información objetiva a la que estaban sujetos los facultativos (*verantwortungsbewusste Objektivität*). El oftalmólogo recurrió la sanción ante el *Landesberufsgericht* de Stuttgart, que el 15.6.1996 desestimó la petición. Finalmente, el 7.5.1997, el BVerfG inadmitió el recurso de amparo.

Tanto el TEDH, como el particular demandante y el Estado demandado, aceptaron que la multa impuesta al Sr. Stambuk suponía una injerencia en su libertad de expresión (FD 23). Sin embargo, ésta perseguía finalidades legítimas (FD 31): la regulación de la profesión médica y de su conducta está destinada a la protección de la salud. Pero, prosigue el Tribunal, la injerencia no resulta necesaria en una sociedad democrática (FD 39).

A continuación el Tribunal se refiere a sus pronunciamientos con relación a la regulación de la profesión de abogado (FD 40), y su aplicación *mutatis mutandis* a la profesión médica (FD 41). Se trataba de información de interés general presentada en

²⁶³ § 25 *Berufsordnung der Landesärztekammer* (Código del Colegio Profesional de Médicos de Baden-Württemberg).

un periódico y, aunque la noticia pudo proporcionar publicidad del Sr. Stambuk, se trata, como en el asunto *Barthold*, de un efecto accesorio del artículo:

“[N]o es posible aislar el pasaje del artículo relativo al porcentaje de éxito del demandante en el pasado al aplicar dicha técnica de operación y la fotografía que acompañaba al artículo como un todo, para alegar la necesidad de tomar medidas disciplinarias por incumplimiento de los deberes profesionales. El artículo puede haber tenido el efecto de dar publicidad al demandante y a su práctica, pero, teniendo en cuenta el contenido principal del artículo, este efecto demostró ser de naturaleza secundaria” (FD 49).

En efecto, el TEDH resuelve que se trata de una injerencia contraria al artículo 10 e innecesaria en una sociedad democrática, pues la sanción era desproporcionada para la protección de la salud.

4.2. Comunicaciones comerciales que contribuyen de forma residual al discurso público

El segundo supuesto de discurso mixto que ha ocupado al TEDH es el formado por comunicaciones comerciales que contribuyen de forma residual a la formación de opinión pública.

La distinción frente a la anterior categoría reside en que las comunicaciones no aparecen en la prensa, sino que son realizadas directamente por los profesionales, por lo que el TEDH entiende que el efecto publicitario no es residual, sino que constituye la verdadera razón que motiva el discurso y que lo secundario es la aportación al debate público. En definitiva, el Tribunal presupone que el emisor del discurso captura la mayoría o todas las externalidades del discurso.

Para reforzar la fundamentación de sus fallos, el TEDH toma en consideración la motivación económica detrás de los mensajes. Este criterio resulta, sin embargo, del todo irrelevante en discursos como el artístico, en lo que existe o puede existir un ánimo de lucro y en los que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, el margen de discreción es limitado²⁶⁴.

²⁶⁴ El Tribunal es consciente de las limitaciones de este criterio; véase STEDH de 20.11.1989, Asunto *Markt intern Verlag GmbH y Klaus Beermann c. República Federal de Alemania* (FD 203).

4.2.1. STEDH de 23.6.1994, asunto *Jacobowski c. Alemania*

Un ejemplo de esta tendencia es el tratamiento de la expresión en el asunto *Jacobowski c. Alemania*. El periodista Manfred Jacobowski, tras ser despedido de la agencia informativa que dirigía, envió cartas a los clientes de ésta en las que explicaba las razones de su despido y se defendía frente a acusaciones de su empleadora, criticaba su situación financiera, informaba de la pérdida de determinados clientes y, finalmente, ofrecía sus servicios como periodista.

La agencia demandó a Jacobowski por competencia desleal y solicitó una orden de cesación de las críticas a la situación económica de la primera. La carta fue calificada por los tribunales alemanes como un acto de competencia desleal contrario a la cláusula general del art. 1 UWG²⁶⁵, por cuanto su objetivo era la promoción del periodista y la denigración de la actora.

Para el TEDH, la oferta de prestación de servicios por parte del periodista se erigía como el objetivo principal de la carta. La contribución a la opinión pública sobre el mercado local de agencias de noticias era residual, por lo que su consideración como desleal no supone una injerencia desproporcionada y contraria al artículo 10 del Convenio.

4.2.2. STEDH de 20.5.1998, Asunto *Schöpfer c. Suiza*

La misma razón subyace al fallo contenido en el asunto *Schöpfer c. Suiza*. El 9.11.1992 el abogado Alois Schöpfer celebró una rueda de prensa en su bufete de Lucerna (Suiza) para quejarse de la actuación de los policías de la Prefectura de Hochdorf en el arresto de uno de sus clientes, de la que dieron noticia dos diarios locales. El Prefecto de Hochdorf denunció al Sr. Schöpfer ante el Colegio de Abogados de Lucerna por infracción de las normas deontológicas relativas a la falta de discreción en asuntos pendientes y a la realización de publicidad encubierta.

La Comisión deontológica del Colegio de Abogados sancionó al Sr. Schöpfer con una multa de 500 francos suizos por haber informado a la prensa de forma subjetiva y perseguir su notoriedad mediante publicidad encubierta (*versteckte Reklame*). Los tribunales nacionales suizos desestimaron el recurso. El Tribunal Federal constató que

²⁶⁵ Véase *infra* pp. 179 y ss. para el tratamiento jurídico en el derecho alemán de la cláusula general de deslealtad y su relación con la libertad de expresión.

en el caso el interés en el buen funcionamiento de la administración de justicia y en la profesionalidad desplazaba la libertad de expresión del Sr. Schöpfer.

La Comisión, en su informe de 9.4.1997, entendió que la sanción constituía una injerencia contraria al art. 10 CEDH.

El TEDH considera, en cambio, que la defensa de su cliente debe tener lugar por los cauces judiciales habituales y que cuando, como en el caso, se acude a la prensa, es posible que normas deontológicas limiten o regulen esta posibilidad: “el estatus específico de los Abogados les coloca en una situación central en la Administración de Justicia, como intermediarios entre los justiciables y los Tribunales, lo que explica las normas de conducta impuestas a los miembros de la Abogacía” (FJ 29). La importancia del rol profesional del actor, así como la existencia de un marco institucional propio y la posibilidad de aplicación de un régimen sancionador específico, determinan la deferencia hacia la valoración de las autoridades nacionales.

Asimismo, en el asunto *Jacobowski*, las posibilidades de aplicación de la Ley nacional de competencia desleal llevan al Tribunal a rechazar inmiscuirse en la interpretación de este bloque de regulación del mercado. Con todo, el Tribunal observa, en el asunto *Jacobowski*, que algunas de las informaciones contenidas en las cartas eran inexactas y, en el asunto *Schöpfer*, que las críticas del abogado no fueron comedidas. En definitiva, en ambos casos, existía un daño o la posibilidad de un daño que las autoridades tenían potestad para prevenir. En otros términos, la inexistencia de externalidades positivas para el público en general y la posibilidad de internalización del resto de externalidades por los emisores de la expresión conllevarían la aplicación de un nivel de protección inferior o, para el TEDH, la desestimación del recurso.

Frente a la categoría descrita en el apartado 4.2, la característica distintiva de ambos asuntos reside en la falta de participación de terceros en la transmisión de la información. Por ejemplo, en *Schöpfer* la conducta perseguida es la realización de la rueda de prensa, no su cobertura por la prensa local. No parece que este argumento deba ser suficiente para un tratamiento diferente de la expresión, pues condiciona la protección de determinadas formas de discurso a su resonancia mediática.

Por otra parte, la utilización de una finalidad económica o comercial es un criterio débil. Muchos otros discursos reciben una protección mayor aunque se realicen con ánimo de lucro. En otros supuestos, la finalidad comercial puede interpretarse de forma muy amplia (véase *infra* 4.2.3 y 4.3.1).

4.2.3. STEDH de 5.11.2002, asunto *Demuth c. Suiza*

En muchas ocasiones, será muy difícil o muy costoso determinar si lo comercial supera a lo público o viceversa²⁶⁶, sin evitar un elevado riesgo de error²⁶⁷. Ello ocurre especialmente en supuestos en que la finalidad económica o comercial aparece de forma difusa como en los hechos de la STEDH de 5.11.2002, asunto *Demuth c. Suiza*. A pesar de que se trata de un supuesto sobre derecho audiovisual, es importante considerarlo en esta sede por sus implicaciones en el estatus jurídico de las comunicaciones comerciales para el TEDH.

El Sr. Walter Michael Demuth proyectó realizar un programa de televisión por cable, Car TV AG, sobre aspectos relacionados con el automovilismo con temas como novedades en el mercado, accesorios para vehículos, políticas de transporte y energías, seguridad vial, turismo y deporte. La duración del programa proyectada era de dos horas y el programa se repetiría hasta una semana cada día durante las 24 horas de emisión. El Sr. Demuth colaboraba activamente con la industria, asociaciones automovilistas y prensa especializada.

La administración suiza (Oficina Federal de Comunicación) denegó la licencia al entender que un canal de las características pretendidas por el solicitante era contrario al artículo 3(1) de la Ley Federal de Radio y Televisión (*Bundesgesetz über Radio und Fernsehen*), que establece:

La Radio y la Televisión deberán en su totalidad:

Contribuir a la libre expresión de la opinión y a la información variada, general y objetiva del público, a su educación y entretenimiento, y transmitir conocimientos cívicos;

Tener en cuenta, y acercar al público, la diversidad del país y de su población y promover el entendimiento con los demás;

Promover la iniciativa cultural suiza y estimular al público a participar en la vida cultural;

[...]

Interpuesto recurso contencioso, fue desestimado por el *Bundesrat*, que resolvió que un programa como el proyectado era contrario al modelo audiovisual propio de Suiza:

²⁶⁶ Maya HERTIG RANDALL, *op. cit.*, p. 72. Para esta autora, son inútiles los siguientes criterios: a) existencia de una motivación económica; b) existencia de una relación de competencia entre las partes; c) influencia del discurso en el mercado; d) contribución a un debate público *ya existente*.

²⁶⁷ Maya HERTIG RANDALL, *op. cit.*, p. 75-76.

“[...] Los medios de comunicación electrónicos tienen la tarea de transmitir contenidos útiles para el desarrollo de una opinión democrática informada. Deben además contribuir activamente a una cultura de comunicación que sirva de base para el desarrollo cultural y un discurso democrático íntegro”.

Y que:

“Los programas dirigidos a un segmento se centran en temas concretos y están dirigidos a sectores particularmente interesados del público. El resultado debe ser la formación de la opinión pública, influenciada por los medios de comunicación mediante un contenido específico, y no por medio de programas con fundamento liberal. Semejante evolución tendrá sin duda consecuencias para la cultura de la comunicación. La integración comunicativa por vía de los medios electrónicos se vería perjudicada y conduciría a una sociedad cada vez más determinada por la segmentación y la atomización”.

El TEDH respalda la argumentación de las autoridades nacionales suizas:

“Dado el fuerte impacto en el público, las autoridades internas deben tratar de prevenir una oferta desigual del tipo de programas de televisión comercial” (FD 43).

Es razonable que el Tribunal se inhiba en supuestos sobre la regulación de un mercado televisivo nacional, mas el problema es que, para ello, recurre a la supuesta motivación económica del Sr. Demuth:

“[Car TV AG] pretendía abordar materias tales como políticas energéticas, seguridad vial, turismo y cuestiones medioambientales. Sin embargo, aunque no se excluye que dichos aspectos puedan contribuir al debate general en curso²⁶⁸ sobre los distintos aspectos de una sociedad motorizada, en opinión del Tribunal el objetivo de Car TV AG era ante todo comercial ya que *pretendía promocionar coches y, en consecuencia, fomentar las ventas*” (FD 41, énfasis

²⁶⁸ Martin SCHEYLI propone como criterio para distinguir entre el carácter público o comercial de un discurso su contribución a un debate ya en curso, restringiendo así sobremanera la posible puesta en la agenda pública de una nueva cuestión o tema. Véase Martin SCHEYLI, “Die Abgrenzung zwischen ideellen und kommerziellen Informationsgehalten als Bemessungsgrundlage der «margin of appreciation» im Rahmen von Art. 10 EMRK: Anmerkung zum Urteil des EGMR vom 5.11.2002 im Fall Demuth vs. Schweiz”, 30 *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 455 (2003).

añadido); y en consecuencia, “cuando está en juego el discurso comercial, los estándares de escrutinio deben ser menos severos” (FD 42).

Además de los problemas que implica justificar restricciones en la libertad de expresión en su motivación económica, en este caso, la dificultad estriba en reconocer el carácter difuso del objetivo comercial perseguido por el canal. Y así lo destacó el magistrado Jörundsson en su voto particular:

“[E]l programa de televisión previsto iba más allá de lo comercial, ya que incluía políticas de circulación, seguridad vial y cuestiones medioambientales. Estas materias eran sin duda del interés general y público y habrían contribuido al debate general en curso sobre los distintos aspectos de una sociedad motorizada. Es por tanto necesario reducir el margen de valoración de que disponen las autoridades, ya que lo que estaba en juego no era simplemente un interés individual puramente «comercial», sino su participación en el curso del debate que afecta al interés general”.

4.3. Discursos públicos con incidencia en el mercado

En los casos descritos a continuación, el Tribunal tuvo que resolver un aspecto que aquí interesa de forma tangencial: el estatus de las expresiones vertidas por diferentes agentes que, pese a no tener un carácter comercial, inciden en el funcionamiento del mercado y que por ello, en algunos y sólo en algunos Estados miembros –como, por ejemplo, España y Alemania –, son reprimidas mediante los remedios ofrecidos por los derechos nacionales contra la competencia desleal²⁶⁹.

4.3.1. STEDH de 20 de noviembre de 1989, Asunto *Markt intern Verlag GmbH y Klaus Beermann c. República Federal de Alemania*

El 20 de noviembre de 1975, Klaus Beermann, redactor jefe de un boletín de publicación semanal editado por «Markt intern Verlag GmbH» (Düsseldorf) dedicado a la defensa de la pequeña y mediana empresa, publicó un artículo en el que criticaba los servicios de venta por correo de la distribuidora británica «Cosmetic Club

²⁶⁹ Algunos autores consideran que estos casos se refieren directamente a la protección de la publicidad por el art. 10 CEDH. Véase, especialmente, L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.*, p. 937 y ss. En general, la mayoría de autores comentan estas sentencias al examinar la doctrina del TEDH sobre la protección constitucional de las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión.

International»: comentaba el descontento de una consumidora ante la no devolución del importe de unos productos adquiridos por correspondencia a la distribuidora y solicitaba a los lectores el relato de experiencias similares.

«Cosmetic Club International» demandó a Markt intern y a Klaus Beermann por competencia desleal (comportamiento contrario a las buenas costumbres, § 1 UWG). El LG de Hamburgo estimó parcialmente la demanda. El *Hanseatisches Oberlandesgericht* revocó la sentencia y absolvió a los demandados. La actora interpuso entonces recurso ante el BGH, que fue estimado. El recurso de amparo de los demandados ante el BverfG no fue admitido a trámite, por lo que recurrieron ante el TEDH.

La Comisión, en su informe de 18.12.1987, consideró que se había producido una injerencia en la libertad de expresión de los recurrentes, que no podía ser considerada necesaria en una sociedad democrática, por lo que resolvió que el recurso debía ser estimado por el TEDH. Para la CEDH, la publicación del reportaje no constituía un supuesto de discurso emitido por un operador comercial, sino que se trataba de informaciones que repercutían en el funcionamiento del mercado, protegidas por el art. 10 CEDH.

Sin embargo, para la mitad de los magistrados del TEDH, el reportaje publicado revestía un carácter comercial y su calificación como desleal no era desproporcionada. Por ello, el TEDH resolvió que no se había producido una injerencia contraria al art. 10 CEDH.

En primer lugar, el TEDH hace referencia al ámbito de aplicación de la libertad de expresión: el artículo se dirigía “a un círculo limitado de comerciantes y no afectaba al público en general; sin embargo, daba informaciones de naturaleza comercial. Ahora bien, no pueden excluirse éstas del ámbito del art. 10, el cual no se aplica sólo a determinadas clases de informaciones, de ideas o de formas de expresión” (FD 26).

Pero, prosigue el Tribunal, la calificación de las informaciones como desleales por parte de los tribunales alemanes no vulnera el Convenio por cuanto tenía su fundamento en la protección de la reputación e intereses ajenos y, en este ámbito, las autoridades nacionales deben contar con un amplio margen de apreciación:

“Claro está que las opiniones sobre si la reacción del Bundesgerichtshof fue la correcta o si las declaraciones en litigio de Markt Intern debían permitirse o tolerarse pueden ser distintas, pero el TEDH no puede sustituir, en este caso, con su propio criterio el de los tribunales nacionales que, con razonables fundamentos, consideraron necesarias las restricciones” (FD 37).

Por ello, gracias al voto dirimente del Presidente del tribunal, desestimó el recurso.

Obsérvese que el Tribunal no entra a analizar que la información era veraz y que podía contribuir a la protección de los consumidores:

“Es indiscutible que el artículo contenía algunas declaraciones exactas, pero expresaba también sus dudas sobre el crédito que se podía conceder al Club [...]” (FD 36), pero “[...] incluso la publicación de artículos veraces que describan acontecimientos reales puede prohibirse en algunos casos: la obligación de respetar las vidas privadas de los demás o el deber de mantener reservadas algunas informaciones comerciales son ejemplos de lo que se dice” (FD 35).

A pesar de no existir una relación de competencia, innecesaria para poner en funcionamiento el derecho alemán de la competencia desleal, el Tribunal se empeña en buscar fundamento en la defensa de los intereses económicos de la pequeña y mediana empresa como argumento para reforzar el carácter comercial de la información²⁷⁰:

“Se trata [...] de un artículo escrito en un contexto comercial: Markt Intern no era en si un competidor del Club, pero pretendía –con pleno derecho– proteger los intereses de los dueños de las droguerías y de los vendedores al por menor de los productos de belleza. [...]L]a divulgación prematura del incidente tendría necesariamente repercusiones desfavorables en las actividades del Club, por cuanto facilitaría a los detallistas especializados un argumento eficaz contra él ante su clientela, que podría utilizarse incluso si se trataba de un incidente aislado que no permitía ninguna conclusión sobre sus prácticas comerciales” (FD 36).

Nueve de los dieciocho magistrados formularon votos particulares en los que, en general, afirmaban que las autoridades nacionales habían sobrepasado el margen de apreciación que les corresponde y que no habían ponderado los perjuicios a la reputación de la actora con los beneficios que obtiene la sociedad de la diseminación de información comercial objetiva y contrastable²⁷¹.

²⁷⁰ Téngase en cuenta que en EE.UU., los *Consumer Reports* son calificados como discurso público y no comercial. Véase *Bose Corp. v. Consumers Union of the United States, Inc.* (466 U.S. 485 (1984)). Asimismo, la literatura secundaria no ha cuestionado tal naturaleza. Por ejemplo, para Daniel FARBER, constituyen un bien público frente a la publicidad comercial. Véase *infra* pp. 257 y ss.

²⁷¹ Véase, en especial, el voto particular redactado por Martens, al que se adhirió McDonald.

4.3.2. STEDH de 25.8.1998, Asunto *Hertel c. Suiza*

En febrero de 1992, el Sr. Hertel coescribió con el Sr. Blanc, profesor de la Universidad de Lausana, un artículo en el periódico *Franz Weber* sobre los efectos perniciosos para la salud de la ingesta de alimentos cocinados con microondas. El artículo se anunciaba en la portada del periódico con la imagen de un esqueleto con una guadaña sobre un microondas. Con posterioridad a la publicación, el Sr. Blanc declaró que no había consentido a la publicación del artículo y que la investigación llevada a cabo no permitía concluir que la utilización de microondas podía producir ciertas patologías.

La Asociación Suiza de Fabricantes y Proveedores de Aparatos Electrodomésticos demandó al Sr. Hertel y al Sr. Weber, editor de la publicación, y solicitó como medida cautelar la abstención de utilización de referencias al artículo en el futuro por constituir competencia desleal. El Tribunal de Distrito de Vevvey desestimó la solicitud al entender que la información científica era ajena a cualquier tipo de relación de competencia económica, por lo que no resultaba aplicable la LCD.

Desestimada la medida cautelar, la Asociación demandó al Sr. Hertel ante un Tribunal de Comercio y solicitó la declaración de ilicitud del reportaje y multa de 5.000 francos suizos. El Tribunal de Comercio de Berna estimó la demanda al considerar que la LCD no requiere la existencia de una relación de competencia ni de una intención de influir en el mercado: basta con que una información inexacta, falaz u ofensiva se publique para generar un acto de competencia desleal.

El Tribunal Federal desestimó el recurso del Sr. Hertel y confirmó la sentencia del Tribunal de Comercio.

La Comisión en su informe de 9.4.1997 estimó que la condena al Sr. Hertel constituía una violación del art. 10 CEDH, por lo que elevó el recurso al TEDH.

El TEDH estima que la sanción impuesta al Sr. Hertel era desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática: en primer lugar, no participó en el diseño de la portada y en el editorial de la revista, su artículo matizaba las consecuencias negativas del uso de microondas y la publicación no tuvo una incidencia clara en el mercado, por estar dirigida a una audiencia muy delimitada, conformada por suscriptores ya preocupados por la protección de la salud y del medioambiente.

4.3.3. Auto de 12.4.2001, Asunto *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) v. Suiza*

El contrapunto al asunto *Hertel* lo representa el auto de inadmisión del recurso de SRG. Los hechos del caso son los siguientes: los responsables del programa “Kassensturz”, producido por la recurrente y dedicado a temas sobre protección de consumidores, proyectaron la emisión de un reportaje sobre los efectos secundarios de los analgésicos. El programa se anunció en la prensa el mismo día con la siguiente información: “B.S., quien ha tomado demasiada histamina, se levanta con ‘resaca’. Como siempre, toma una píldora de ‘C.-pain’. Sin embargo, varios facultativos se niegan a recomendar este concreto analgésico. Tiene demasiados principios activos”.

Wild, sociedad fabricante del “Contra-Schmerz” solicitó una medida cautelarísima (*superprovisorische Verfügung*), que fue estimada por el juez, quien prohibió referirse singularmente al medicamento para atacar o poner en duda su eficacia o la del resto de analgésicos similares.

Las escenas donde se mencionaba el Contra-Schmerz fueron substituidas por una pantalla negra con la frase entre tijeras: “La emisión de parte de este programa sobre el Contra-Schmerz ha sido prohibida hoy. Juzgado de Distrito de Berna”.

Con posterioridad, los responsables del programa publicaron en su revista un reportaje sobre medicamentos y productos homeopáticos, en el que no recomendaban el Contra-Schmerz, junto a otros trece medicamentos.

La fabricante del medicamento interpuso demanda por entender que el anuncio en prensa y la mención de la medida cautelar en el programa constituían actos contrarios a la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal y solicitó una indemnización de daños y perjuicios.

El tribunal mercantil estimó la demanda y fijó la indemnización en 480.000 francos suizos (unos 300.000 euros).

Para el TEDH, el caso difiere del asunto *Hertel*, puesto que

“[...] the broadcast not only dealt with the alleged dangers resulting from a whole group of equivalent medical products. Rather, it singled out one particular medicament as an example, even though it has not been alleged that this medicament provided any particular dangers which the others did not. Moreover, the applicant association would have been free, on the one hand, to broadcast the programme without reference to any particular medicament, or on

the other hand, as the Commercial Court of the Canton of Bern pointed out in its judgment of 21 September 1994, to mention all the products of the group, which is indeed what it subsequently did in the “K-Tip” magazine (FD 1).

“the Court notes that, by employing two pairs of scissors in the text shown and by expressly mentioning the “C.-pain” medicament, the applicant association was attempting to symbolise censorship in respect of this particular product. However, no mention was made of the reasons for the judicial prohibition. (FD 1)²⁷².

4.4. Discursos públicos en formato publicitario

Finalmente, existe un último grupo de supuestos en la jurisprudencia del TEDH referido a discursos claramente públicos, que pueden tener en algunos casos incidencia en el funcionamiento del mercado, y que utilizan el formato publicitario como caja de resonancia.

4.4.1. Publicidad desagradable: STEDH de 28.6.2001, Asunto VGT, *Verein gegen Tierfabriken c. Suiza*

Verein gegen Tierfabriken (VGT), una asociación suiza dedicada a la protección de animales, realizó un spot publicitario como estrategia de contradiscurso a la publicidad realizada por empresas del sector cárnico. El anuncio duraba cincuenta y cinco segundos y constaba de dos escenas: en la primera, con música orquestal de fondo, una cerda construía un nido junto a sus crías; en la segunda, acompañada de música estridente, se mostraban a cerdos en jaulas minúsculas, gruñendo y golpeándose contra los barrotes. La voz en off comparaba la situación de los animales

²⁷² En un asunto más reciente, el TEDH ha entendido que una crítica feroz a una empresa estaba protegida por la libertad de expresión. Así, en la STEDH de 15.2.2005, Asunto *Steel and Morris c. Reino Unido*, el Tribunal consideró una injerencia innecesaria la condena a dos miembros de un grupo ecologista a pagar una indemnización por los daños y perjuicios causados a la reputación comercial de McDonald’s por la publicación de un folleto en el que se criticaban sus prácticas y se manipulaban sus signos e imagen corporativa con mensajes como McMurder, McDollars y McCancer. Con todo, hay que buscar el fundamento de la sentencia en la conexión del derecho a expresarse libremente con la tutela judicial efectiva: puesto que el derecho inglés no ofrece asistencia letrada gratuita en pleitos por difamación, una sentencia que condenara a activistas sin recursos económicos podría disuadir en el futuro la participación en debates públicos sobre las prácticas de empresas multinacionales.

con campos de concentración nazis e informaba de la utilización de medicamentos en el engorde. El spot terminaba exhortando “Coma menos carne, por su salud, por los animales y por el medio ambiente”.

El 3 de enero de 1994, la asociación solicitó la emisión del anuncio en la televisión nacional a la empresa dedicada a la publicidad en sus canales: AG für das Werbefernsehen. Una semana después, ésta informó a aquélla su negativa a la emisión del anuncio por su “naturaleza claramente política”.

En el procedimiento subsiguiente, la Oficina Federal de Comunicación (*Bundesamt für Kommunikation*) informó que la televisión era libre en sus decisiones sobre qué publicidad emitir. Interpuesto recurso, el Departamento de Transporte, Comunicación y Energía (*Eidgenössisches Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement*) señaló, además, el artículo 18 (5) de la Ley Federal sobre Radio y Televisión:

Está prohibida la publicidad religiosa y política, además de la publicidad de bebidas alcohólicas, tabaco y medicamentos. El Consejo Federal podrá promulgar cualquier prohibición de publicidad para la protección de los menores y del medio ambiente.

El Tribunal Federal desestimó en sentencia de 18.6.1996 el recurso contencioso-administrativo de la asociación (*Verwaltungsgerichtsbeschwerde*) y al hacerlo, señaló las funciones del citado artículo:

“Debería evitar que grupos financieramente poderosos obtuvieran una ventaja política con respecto a la competencia. En interés del proceso democrático, intenta proteger la formación de la opinión pública de la influencia comercial indebida y establecer una cierta igualdad de oportunidades entre las diferentes fuerzas de la sociedad. La prohibición contribuye a la independencia de los productores de radio y de televisión en temas editoriales, que podrían estar amenazados por patrocinadores comerciales políticamente poderosos [...]; admitir anuncios políticos en la radio y en la televisión [...] influirá de manera sustancial en el proceso democrático de formación de la opinión -tanto más cuanto que está establecido que la televisión con su propagación y su inmediatez tendrá un efecto mayor en el público que los otros medios de comunicación-. La reserva respecto a anuncios políticos a favor de los medios impresos garantiza a éstos una cierta parte del mercado de la publicidad y contribuye así a su financiación, lo que a cambio contrarresta una indeseable concentración de la prensa y contribuye así indirectamente al sistema plural de medios que requiere el artículo 10 del Convenio”.

Para el TEDH, se produce una limitación desproporcionada a la libertad de expresión. Y ello, especialmente, porque, con independencia de su formato publicitario, no estamos ante una comunicación comercial:

“[...] la película de la asociación demandante no entraba en el contexto comercial en el sentido de incitar al público a comprar un producto determinado. Más bien, reflejaba opiniones controvertidas pertenecientes a las sociedades modernas en general” (FD 69). “[E]n el caso presente, la extensión del margen de apreciación es reducida, ya que lo que entra en juego no son intereses puramente «comerciales» de un individuo dado, sino su participación en un debate que afecta al interés general” (FD 71).

Además, otra razón aducida en contra de la necesidad de la prohibición era la inexistencia de restricciones menos gravosas: la publicidad en la cadena era la única forma de desarrollar una campaña de publicidad audiovisual a nivel estatal (FD 77)²⁷³.

Resultan de especial interés las reflexiones en *obiter dicta* que el Tribunal realiza relativas a al carácter desagradable u ofensivo del mensaje pretendido por la asociación:

“[...] Importaba poco que las imágenes y las palabras empleadas en el anuncio en cuestión pudieran aparecer como provocativas o incluso desagradables” (FD 76).

Con todo, es arriesgado pretender generalizar esta reflexión a los mensajes difundidos por operadores comerciales, ya que, en el caso, el Tribunal se aferra a la distinción entre discurso público y discurso comercial y entiende que:

“Como establece el artículo 10, esta libertad [la de expresión] está sujeta a excepciones. Dichas excepciones deben, sin embargo, interpretarse de manera estricta y la necesidad de cualquier restricción debe quedar establecida convincentemente, especialmente cuando la naturaleza del discurso es política más que comercial” (FD 66).

²⁷³ Cfr. con *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo* (418 U.S. 241 (1974)), sentencia en la que el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos resolvió que una ley del Estado de Miami que reconocía a candidatos políticos un derecho de réplica y obligaba a los periódicos a ofrecer un espacio similar para que aquellos pudieran constestar a las críticas era contrario a la libertad de expresión.

4.4.2. Discursos públicos y márgenes de apreciación reducidos: STEDH de 10.7.2003, *Asunto Roy Murphy c. Irlanda*

Esta última sentencia en la materia sirve para ilustrar la tesis mantenida en este trabajo según la cual las consecuencias aparejadas a la doctrina del margen de apreciación no responden al carácter comercial de la información, sino a otras razones.

Roy Murphy, sacerdote encargado del *Irish Faith Centre* de Dublín, “un ministerio cristiano de base bíblica” (*sic* en la sentencia), preparó un anuncio de radio con el siguiente contenido: “¿Qué piensas de Jesucristo? ¿Dirías, como Pedro, que sólo es el hijo de Dios? ¿Te has enfrentado alguna vez a la realidad histórica de Jesucristo? El *Irish Faith Centre* presenta durante la Semana Santa un video de una hora producido por el Dr. Jean Scott sobre la prueba de la resurrección. Del lunes 10 al sábado 15 de abril cada noche a las 8.30 h.”. La *Independent Radio and Television Commission* no permitió la emisión del anuncio por considerarlo contrario al art. 10(3) de la Ley de Radio y Televisión, que prohíbe la emisión de anuncios con finalidad religiosa o política, así como aquellos otros referidos a una disputa industrial.

El reverendo Murphy interpuso recurso contra la prohibición, que fue desestimado por una *High Court* y confirmado por la *Supreme Court*, cuyos magistrados resolvieron que la neutralidad informativa constituía un interés general suficiente para prohibir la emisión de anuncios de carácter religioso y para desplazar a la libertad de expresión y de comunicación de los ciudadanos.

Interpuesto recurso ante el TEDH, fue desestimado:

“[T]here is little scope under Article 10.2 of the Convention for restrictions on political speech or on debate of questions of public interest [...]. However, a wider margin of appreciation is generally available to the Contracting States when regulating freedom of expression in relation to matters liable to offend intimate personal convictions within the sphere of morals or, especially, religion. Moreover, as in the field of morals, and perhaps to an even greater degree, there is no uniform European conception of the requirements of "the protection of the rights of others" in relation to attacks on their religious convictions. What is likely to cause substantial offence to persons of a particular religious persuasion will vary significantly from time to time and from place to place, especially in an era characterised by an ever growing array of faiths and denominations. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements with regard to the rights of others as well as on the "necessity" of

a "restriction" intended to protect from such material those whose deepest feelings and convictions would be seriously offended" (FD 67).

Además:

"He was consequently free to advertise the same matter in any of the print media (including local and national newspapers) and during public meetings and other assemblies" (FD 74).

II. Publicidad y libertad de expresión en la jurisprudencia del TJCE

1. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE

La Unión Europea no tiene como objetivo primario la protección de derechos fundamentales: su finalidad, un mercado único que funcione con arreglo a criterios de eficiencia económica, es articulada a través de las libertades fundamentales (circulación de mercancías, servicios, personas y capitales)²⁷⁴, imbricadas con los derechos fundamentales pero no equiparables sin más. Desde esta premisa, resulta fácil anticipar que la jurisprudencia del TJCE carece de una doctrina específica sobre la relación entre comunicaciones comerciales y libertad de expresión.

Sin embargo, en algunas ocasiones, el TJCE se ha referido a esta cuestión y podrá hacerlo con mayor medida en el futuro merced a la aprobación de la Carta de Derechos fundamentales cuyo artículo 11 establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.
2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

En sus orígenes, el Tribunal de Luxemburgo se mostraba reacio a examinar cuestiones relacionadas con la protección de derechos constitucionales²⁷⁵: no existía un catálogo

²⁷⁴ Según Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO, el reconocimiento de la libertad de empresa y de los derechos fundamentales auxiliares hace posible la existencia de un mercado, mientras que la existencia de las libertades fundamentales hace posible su funcionamiento eficiente. La conclusión que extraen, siguiendo a KLUTH, es la utilización de dos estándares diferentes: en relación a las libertades económicas cualquier medida estatal limitadora habrá de valorarse desde su capacidad para afectar el funcionamiento del mercado interior y, en cambio, desde la perspectiva de la limitación al derecho individual, el juez ha de incrementar el grado de escrutinio para examinar la medida con independencia de que se produzcan efectos significativos sobre el mercado del que se trate. Véase Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO, "Ensayo sobre la libertad de empresa" en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040, en particular, pp. 6009-6010; y Winfried KLUTH, "Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteil des EuGH, *AöR*, 122 (1997), pp. 557-582; en especial, pp. 574-576.

²⁷⁵ Sobre la protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE, véase en general, Joseph H.H. WEILER, "Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and

escrito de derechos en la Comunidad, ni era necesario aplicar derecho constitucional interno de los Estados miembros para el desarrollo de la función judicial del TJCE²⁷⁶. Sin embargo, gradualmente, el TJCE ha venido incorporando los derechos fundamentales en sus sentencias, ya como recurso argumentativo ya como límites imperativos a la actuación de las autoridades comunitarias o nacionales: en un primer estadio, reconoció que los derechos fundamentales o constitucionales vinculaban a las instituciones de la UE como principios generales del derecho²⁷⁷. Después extendió esta vinculación a los Estados miembros cuando transponían una Directiva comunitaria en sus ordenamientos internos²⁷⁸. Con posterioridad, el respeto a los derechos fundamentales alcanzó también a aquellas medidas nacionales adoptadas como excepción a una libertad fundamental²⁷⁹.

De forma paralela, el respeto a los derechos fundamentales obtenía también reconocimiento en los Tratados. Así, el Tratado de Maastricht²⁸⁰ reconocía en su artículo 6:

1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.
2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de

Values in the Protection of Human Rights”, en Nanette A. NEUWAHL and Allan ROSAS (Ed.), *The European Union and Human Rights*, International Studies in Human Rights, Vol. 42, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1995, pp. 51-76. La literatura española en la materia también es muy nutrida: véase, por todos, Ricardo ALONSO GARCÍA, “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Cuadernos de derecho público*, núm. 13, 2001, pp. 11-44.

²⁷⁶ STJCE de 4.2.1959, Asunto C-1/58, *Stork & Co. c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*.

²⁷⁷ STJCE de 14.5.1974, Asunto C-4/73, *J. Nold, Kohlen-und Baustoffgrosshandlung c. Comisión*. Véanse también SSTJCE de 12.11.1969, Asunto C-29/69, *Stauder c. Stadt Ulm*; y de 17.12.1970, Asunto C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

²⁷⁸ STJCE de 13.7.1989, Asunto C-5/88, *Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*.

²⁷⁹ STJCE de 18.6.1991, Asunto C-260/89, *Elliniki Radiofonia Tileorasi – Anonimi Etairia (ERT-AE) c. Dimotiki Etairia Pliroforissis*.

²⁸⁰ Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) (DO núm. C-325, de 24.12.2002).

las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

(...)

Con posterioridad, la Carta de Derechos Fundamentales va más allá y establece en su artículo 52 (3) (Artículo II-112(3) de la Constitución europea) que:

“En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.²⁸¹

En ocasiones los derechos fundamentales nacionales se superponen a las libertades fundamentales, en otras, entran en conflicto con ellas. En el primer supuesto, los derechos fundamentales operan como límite a las exigencias imperativas y al interés público²⁸² alegados por las autoridades nacionales para justificar una restricción a las

²⁸¹ Sobre esta relación Paul LEMMENS, “The Relationship between the Charter of Fundamental Rights of the EU and the ECHR: Substantive Aspects”, 8 *MJ* 49 (2001); y Hans Christian KRÜGER y Jörg POLAKIEWICKZ, “Proposals for a Coherent Human Rights Protection System in Europe/ The European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights”, 22 *Human Rights Law Journal* 1 (2001). En España, con anterioridad a la aprobación de la Carta, téngase en cuenta José Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ y Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, “El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *RDCE* núm. 2, 1997, pp. 239-376.

²⁸² Como es sabido, se reputan contrarias a las finalidades del mercado interior las medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación o exportación de mercancías (arts. 28 y 29 TCE) y las medidas que supongan una traba para la circulación de servicios (art. 49 TCE).

En el ámbito de la libre circulación de mercancías, el concepto de medida de efecto equivalente se ha interpretado de forma amplia como “toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario” (STJCE de 11.7.1974, Asunto C-8/74 *Procureur du Roi c. Dassonville*). Con todo, serán conformes al derecho comunitario aquellas que, pese a obstaculizar el comercio intracomunitario, estén “justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial” (art. 30 TCE) o, en su caso, resulten “necesarias para satisfacer exigencias imperativas tales como la eficacia de los controles fiscales, la protección de la salud pública, la lealtad de las transacciones comerciales y la defensa de los consumidores” (STJCE de 20.2.1979, Asunto C-120/78 *Rewe Zentrale AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* -doctrina “Cassis de Dijon”-. Véanse también, entre otras, SSTJCE de 12.3.1987, Asunto C-178/84 *Comisión c. Alemania* y de 23.2.1988, Asunto C-216/84 *Comisión c. Francia*), con el límite de que no constituyan “un medio de

libertades de movimiento. En el segundo, la protección de bienes constitucionales justifica una restricción a las libertades fundamentales, pues constituye, en definitiva, el interés público alegado por las autoridades del Estado miembro.

2. Desarrollos jurisprudenciales sobre publicidad y libertad de expresión

2.1. Influencia de los pronunciamientos del TEDH

La jurisprudencia del TJCE en materia de libertad de expresión es fragmentaria²⁸³ y replicante de la jurisprudencia del TEDH, pero permite vislumbrar algunas consecuencias en cuanto al discurso comercial:

2.2. Comunicaciones comerciales como manifestación de la libertad de expresión

La publicidad está protegida por la libertad de expresión²⁸⁴ y ello sirve como argumento ulterior contra medidas nacionales limitadoras de la libertad de movimiento cuyos autores pretenden justificar en las exigencias de protección de los

discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros" (art. 30 TCE) y "se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros" (STJCE de 24.11.1993, Asuntos C-267/91 y C-268/91 *Procedimientos penales c. Keck y Mithouard*).

En cuanto a la libre prestación de servicios, la jurisprudencia del TJCE es análoga a la resuelta en el ámbito de la libre circulación de mercancías (SSTJCE de 3.12.1974, Asunto C-33/74 *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*; y otras). Véanse asimismo las sentencias citadas en *infra* n. 286 y, en la doctrina española, Luis GONZÁLEZ VAQUÉ, "La jurisprudencia relativa al artículo 28CE (antiguo artículo 30 TCE) sobre la libre circulación de mercancías después de «Keck y Mithouard»", *GJ*, núm. 206, 2000, pp. 24-38; y del mismo autor, "La libre circulación de mercancías en el Tratado Constitucional de la Unión Europea", *GJ*, núm. 225, 2003, pp. 40-55, en especial, pp. 41-47.

²⁸³ Véase Norbert BERNSDORFF, "Artikel 11", en Jürgen MEYER (Hrsg.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, pp. 182-192, p. 187. Los supuestos más destacables en la jurisprudencia del TJCE conciernen la libertad de expresión de funcionarios de la Unión. Véase también Derrick WYATT, "Freedom of Expression in the EU Legal Order and in EU Relations with Third Countries", en Jack BEATSON y Yvonne CRIPPS (Eds.), *Freedom of expression and freedom of information. Essays in honour of Sir David Williams*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 205-224.

²⁸⁴ En este mismo sentido, véase *Libro Verde de la Comisión sobre las comunicaciones comerciales en el mercado interior*, COM(96), 192, abril de 1996, pp. 14-15.

consumidores o de protección de la salud²⁸⁵ ²⁸⁶. Sin embargo, tales consideraciones revisten un carácter secundario en la argumentación del TJCE y, como se afirma en su

²⁸⁵ El asunto más importante que sigue esta pauta, aunque ajeno al discurso comercial, es la STJCE de 18.6.1991, Asunto C-260/89, *ERT v. Dimotiki*, en el que el TJCE consideró que la creación, en el marco de una política cultural proteccionista, de un monopolio en Grecia para controlar la emisión de todas las producciones audiovisuales extranjeras era contrario a la libertad de expresión, que, entre otras facultades, protege la difusión de las creaciones audiovisuales propias.

²⁸⁶ Excede del objeto de este trabajo analizar los efectos de la normativas publicitarias internas sobre la libre circulación de mercancías, de prestación de servicios o la libre competencia y su consideración jurídica por parte del TJCE. Téngase en cuenta que la inmensa mayoría de las sentencias que se citan a continuación no hacen referencia a la libertad de expresión: SSTJCE de 10.7.1980, Asunto 152/78, *Comisión c. Francia* (prohibición de cualquier forma de publicidad de determinadas bebidas alcohólicas); de 26.4.1988, Asunto 352/85, *Bond van Adverteerders y otros c. Países Bajos* (Difusión transfronteriza mediante teledistribución de programas de televisión con mensajes publicitarios); de 7.3.1990, Asunto C-362/88, *GB-INNO-BM* (prohibición en ley de competencia desleal luxemburguesa de indicar el precio antiguo del producto rebajado y la duración de la oferta); de 12.12.1990, Asunto C-241/89, *SARPP* (prohibición de mencionar el azúcar en anuncios de edulcorantes); de 25.7.1991, Asunto C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros c. Commissariaat voor de Media* (regulación de la retransmisión de mensajes publicitarios contenidos en programas de radio y televisión emitidos desde otros estados miembros); de 25.7.1991, Asunto C-353/89, *Comisión c. Países Bajos* (regulación de la retransmisión de mensajes publicitarios contenidos en programas de radio y televisión emitidos desde otros estados miembros); de 25.7.1991, Asuntos C-1/90 y C-176/90, *Aragonesa de Publicidad SA y Publióia SAE c. Departament de Sanitat i Seguretat Social de la Generalitat de Catalunya* (prohibición de anunciar bebidas alcohólicas de más de 23° en cines, vallas, carreteras y transportes públicos); de 18.5.1993, Asunto C-126/91, *Yves Rocher* (prohibición de indicar el precio antiguo del producto rebajado); de 15.12.1993, Asunto C-292/92, *Hünernmund* (norma deontológica que prohibía a los farmacéuticos publicitar productos parafarmacéuticos fuera de sus establecimientos); de 10.11.1994, Asunto C-320/93, *Lucien Ortscheit GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH* (prohibición de publicidad de medicamentos autorizados en otro Estado miembro); de 9.2.1995, Asunto C-412/93, *Leclerc c. Siplec* (restricciones a la publicidad televisiva); de 9.7.1997, Asuntos C-34/95, C-35/95 y C-36/95, *Konsumentombudsmannen c. De Agostini (Svenska), Förlag AB y TV-Shop i Sverige AB* (prohibición de publicidad destinada a niños); de 28.1.1999, Asunto C-77/97, *Österreichische Unilever GmbH c. Smithkline Beecham Markenartikel GmbH* (prohibición de publicidad de dentífrico antisarro uno de cuyos compuestos no estaba previsto en la legislación austriaca como sustancia antisarro); de 28.10.1999, Asunto C-6/98, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten c. PRO Sieben Media AG*. (limitación del tiempo de radiodifusión televisiva dedicada a la publicidad); de 5.10.2000, Asunto C-376/98, *Alemania c. Consejo y Parlamento* (prohibición de publicidad y patrocinio del tabaco en Directiva 98/43/CE); de 5.10.2000, Asunto C-74/99, *The Queen c. Secretary of State for Health y otros, ex parte Imperial Tobacco Ltd y otros* (prohibición de publicidad y patrocinio del tabaco en Directiva 98/43/CE); de 8.3.2001, Asunto C-405/98, *Konsumentombudsmannen c. Gourmet International Products AB* (legislación sueca sobre publicidad de bebidas alcohólicas); de 5.4.2001, Asunto C-123/00, *Proceso penal contra Christina Bellamy y English Shop Wholesale SA, responsable civil* (publicidad de productos alimentarios); de 21.1.2003, Asunto C-318/00, *Bacardi-Martini SAS y Cellier des Dauphins c. Newcastle United Football Company Limited* (prohibición absoluta de publicidad de bebidas alcohólicas en espectáculos deportivos emitidos por

sentencia de 25.3.2004, Asunto C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH y Troostwijk GmbH*, de poco peso jurídico si los mensajes están desvinculados del debate político:

“Cuando el ejercicio de la libertad no contribuye a un debate de interés general y, además, se trata de un contexto en el que los Estados miembros poseen cierto margen de apreciación, el control se limita a un examen del carácter razonable y proporcionado de la injerencia. Es lo que sucede con el uso mercantil de la libertad de expresión, en particular en un ámbito tan complejo y fluctuante como la publicidad” (FD 51).

En el citado caso, el TJCE resolvía una cuestión prejudicial planteada por un tribunal austriaco sobre la compatibilidad con el derecho comunitario del artículo 30.1 de la ley de competencia desleal²⁸⁷, que prohíbe mencionar en la publicidad el hecho de que un bien procede de la masa de una quiebra, a excepción de si la promoción es realizada por el síndico concursal. El Tribunal entiende que la disposición nacional no constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa prohibida por el artículo 28 TCE, ni una limitación desproporcionada a la libertad de expresión.

En cuanto a esta segunda consideración, *Troostwijk*, la sociedad demandada en el pleito, había alegado ante el TJCE que la disposición mencionada reducía la posibilidad de difundir información publicitaria cuyo uso era lícito en otros Estados miembros y no contribuía a la protección del consumidor en la medida en que «prohíbe afirmaciones publicitarias verídicas». Además, señaló, que la prohibición de emitir

televisión); de 23.10.2003, Asunto C-245/01, *RTL Television GmbH y Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk* (límites cuantitativos a pausas publicitarias en la emisión de largometrajes); de 25.3.2004, Asunto C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH y Troostwijk GmbH* (prohibición de informar en la publicidad la procedencia concursal de los bienes).

La evolución del acervo jurisprudencial en la materia puede consultarse en la magnífica exposición de Ernesto VALLEJO LOBETE, “La prohibición de publicidad destinada a los niños ¿una opción viable?”, *GJ* núm. 210, Noviembre/Diciembre 2000, pp. 79-91, especialmente, pp. 83-88.

²⁸⁷ UWG § 30(1): “Wird in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, der Verkauf von Waren angekündigt, die aus einer Konkursmasse stammen, aber nicht mehr zum Bestand der Konkursmasse gehören, so ist dabei jede Bezugnahme auf die Herkunft der Ware aus einer Konkursmasse verboten”. (Se prohíbe cualquier publicación o anuncio destinado a un gran número de personas que haga referencia al hecho de que un bien procede de la masa de una quiebra cuando el bien de que se trata, pese a tener dicho origen, ya no forme parte de la masa concursal). En Alemania, la nueva UWG de 2004 derogó este ilícito concurrencial previsto en el § 6(1) de la antigua ley.

información comercial veraz debía reputarse siempre como contraria al artículo 10 CEDH.

Ello no obstante, como hemos transcrito, el TJCE reconoce un margen de maniobra a las autoridades internas “para determinar dónde se halla el equilibrio justo entre la libertad de expresión y los objetivos citados [que] varía en función de cada una de las finalidades que permiten limitar este derecho y según la naturaleza de las actividades en juego”, margen que flexibiliza el juicio de proporcionalidad y –siguiendo al TEDH– otorga a las comunicaciones comerciales una posición secundaria con relación al discurso que “contribuye a un debate de interés general”.

Esta posición subordinada también había sido mantenida en pronunciamientos anteriores del TJCE. Así, en la STJCE de 23.10.2003, Asunto C-245/01, *RTL Television GmbH y Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*²⁸⁸, el Tribunal resolvió que los límites cuantitativos a la emisión de publicidad durante la emisión de largometrajes y en televisión contenidos en el artículo 26.4 de la ley de televisión alemana²⁸⁹ y el artículo 11.3 de la Directiva 89/552²⁹⁰ se justificaban en la finalidad de

²⁸⁸ En este ámbito, puede consultarse también la STJCE de 28.10.1999, Asunto C-6/98, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten c. PRO Sieben Media AG*, en la que el Tribunal, sin entrar en consideraciones sobre el alcance de la libertad de expresión, ofrece una interpretación sobre el cálculo de los límites cuantitativos a la emisión de publicidad.

²⁸⁹ Con posterioridad a la reforma legislativa de 2005, § 44(4) Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland (Rundfunkstaatsvertrag - RStV): “*Abweichend von Absatz 3 Satz 2 kann die Übertragung audiovisueller Werke wie Kinospielefilme und Fernsehfilme mit Ausnahme von Serien, Reihen, leichten Unterhaltungssendungen und Dokumentarfilmen für jeden vollen Zeitraum von 45 Minuten einmal unterbrochen werden, sofern ihre programmierte Sendezeit mehr als 45 Minuten beträgt. Eine weitere Unterbrechung ist zulässig, wenn die programmierte Sendedauer um mindestens 20 Minuten über zwei oder mehrere volle 45 Minutenzeiträume hinausgeht*” (Sin perjuicio del apartado 3, segunda frase, las obras como largometrajes cinematográficos y películas concebidas para la televisión, a excepción de las series, seriales, emisiones de entretenimiento y documentales, cuando su duración sea superior a cuarenta y cinco minutos, podrán ser interrumpidas un vez por cada período completo de cuarenta y cinco minutos. Se autorizará otra interrupción si dichas emisiones tienen una duración superior en al menos veinte minutos a dos o más períodos completos de cuarenta y cinco minutos).

²⁹⁰ Art. 11.3 Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (Televisión sin fronteras): “La transmisión de obras audiovisuales tales como los largometrajes cinematográficos y las películas concebidas para la televisión (con exclusión de las series, seriales, emisiones de entretenimiento y documentales), cuya duración programada sea superior a 45 minutos, podrá ser interrumpida una vez por cada período completo de 45 minutos. Se autorizará otra interrupción si la duración programada de la transmisión total es superior en, por lo menos, 20 minutos a dos o más períodos completos de 45 minutos”.

“protección de los consumidores que son los telespectadores y su interés en tener acceso a programas de calidad” (FD 70) y eran proporcionados para la consecución de tal fin: “no afecta[n] al contenido del mensaje publicitario, no implica[n] una prohibición sino únicamente límites de frecuencia que se imponen a los organismos de radiodifusión y deja[n], en principio, a los responsables de las emisiones, la libertad de determinar el momento [...] y, dentro de los límites del artículo 18 de la Directiva 89/552, la duración de las interrupciones publicitarias” (FD 72).

Finalmente, cabe considerar los pronunciamientos del TJCE sobre el papel de la libertad de expresión en la regulación de la publicidad del tabaco²⁹¹. En primer lugar, la declaración de nulidad de la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco por falta de base jurídica suficiente en el Tratado²⁹² eximió al TJCE de pronunciarse sobre la protección de la publicidad de los productos del tabaco mediante la libertad de expresión²⁹³.

Sin embargo, la posterior promulgación de la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco²⁹⁴ y su impugnación por las autoridades alemanas ha obligado al TJCE a considerar el argumento relativo a la posible vulneración de la libertad de expresión.

Con todo, el razonamiento del Estado alemán se refería más bien a la protección de la publicidad como subsidio cruzado al funcionamiento de los medios de comunicación. Para el Estado demandante, las prohibiciones contenidas en la Directiva privan “a las empresas de prensa de importantes ingresos publicitarios, cuando no coadyuvan al

²⁹¹ Sobre la evolución de la legislación comunitaria sobre productos de tabaco y su publicidad, véase Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO, “Prohibiciones de la publicidad del tabaco: impacto de la armonización europea e internacional”, *Diario La Ley* núm. 6661, 28.2.2007.

²⁹² STJCE de 5.10.2000, Asunto C-376/98, *República Federal de Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*.

²⁹³ STJCE de 5.10.2000, Asunto C-74/99, *Secretary of State for Health y otros ex parte Imperial Tobacco Ltd y otros*.

²⁹⁴ DO L núm. 152 de 20.6.2003.

cierre de algunas de ellas, y menoscaban, en última instancia, la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 del CEDH” (FD 153 de la STJCE de 12.12.2006, Asunto C-380/03, *Alemania c. Parlamento y Consejo de la Unión Europea*).

Para el Tribunal, “aun suponiendo que las medidas de prohibición de la publicidad o del patrocinio [...] tengan por efecto que la libertad de expresión se vea indirectamente menoscaba, la libertad de expresión en el periodismo, como tal, queda intacta, de tal modo que las colaboraciones de los periodistas no resultan afectadas” (FD 156). La valoración del Tribunal no se refiere a la protección de la expresión mercantil por la libertad de expresión, aunque en *obiter dicta*, replicando la jurisprudencia del TEDH, señala que “en un ámbito tan complejo y fluctuante como el de la publicidad”, las autoridades deben contar con cierto margen de apreciación en el examen del carácter razonable y proporcionado de una injerencia (FD 155).

En definitiva, las diferencias en los argumentos utilizados por las autoridades nacionales en el Asunto C-74/99 y en el Asunto C-380/03 sobre la posible vulneración de la libertad de expresión impiden concluir que el TJCE hubiera hecho propia la argumentación de las autoridades británicas reflejada, más que menos, en las Conclusiones del Abogado General Nial FENNELLY²⁹⁵ al primero de los asuntos en cuanto al alcance la protección de la publicidad mediante la libertad de expresión:

“La expresión comercial debe ser también protegida en el Derecho comunitario. La expresión comercial no contribuye de igual modo que la expresión política, periodística, literaria o artística, en una sociedad democrática liberal, al logro de bienes sociales como, por ejemplo, el fomento de la responsabilidad y del debate democrático o la crítica de las opiniones actualmente dominantes con el fin de promover la tolerancia o el cambio. Sin embargo, a mi parecer, se reconoce el carácter fundamental de los derechos subjetivos no solamente a causa de sus funciones instrumentales y sociales, sino también porque son necesarios para la autonomía, la dignidad y el desarrollo personal de los sujetos. Así pues, la libertad de los individuos para promover actividades mercantiles no deriva tan sólo de su derecho a emprender actividades económicas y del compromiso general, en el contexto comunitario, con una economía de mercado basada en la libre competencia, sino también de su inherente derecho como seres humanos a expresar y recibir libremente opiniones sobre *cualquier* asunto, incluidas las cualidades de las mercancías o los servicios que comercializan o adquieren” (Cdo. 154, énfasis en el original).

²⁹⁵ Cfr. las Conclusiones del Abogado General Philippe LÉGER en el asunto C-380/03.

“[...L] a expresión política por sí misma sirve a determinados intereses sociales de suma importancia; la expresión comercial no cumple normalmente una función social más amplia de igual importancia, más allá de su función en la promoción de la actividad económica, respecto de la cual el legislador dispone apropiadamente de amplia discrecionalidad para imponer restricciones en razón del interés público” (Cdo. 158).

2.3. Conflicto entre libertad de expresión y comunicaciones comerciales

En aquellos supuestos en los que se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y las libertades fundamentales, aquélla, entendida desde una perspectiva institucional –en especial, la salvaguarda del pluralismo informativo– se erige como límite a algunas prácticas comerciales²⁹⁶, y, entre ellas, la publicidad²⁹⁷. Así, en el asunto *Gouda*²⁹⁸, el TJCE se decantó por una versión comunitarista de la libertad de expresión frente a otra liberal y entendió:

“[D]ebe señalarse, en primer lugar, que pueden estar justificadas por razones imperativas de interés general aquellas restricciones a la emisión de mensajes publicitarios tales como la prohibición de publicidad de determinados productos o determinados días, la limitación de la duración o de la frecuencia

²⁹⁶ STJCE de 26.6.1997, Asunto *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Bauer Verlag*.

²⁹⁷ También en caso de manifestaciones que paralizan el tráfico: *Schmidberger* (en sentido contrario *Comisión c. Francia*). Sobre el conflicto entre libertad de expresión y libertad de circulación de personas, véase Joanna KRZEMIŃSKA, “Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law”, *ZERP-Diskussionspapier* 3/2005, Zentrum Für Europäische Rechtspolitik, Universität Bremen (http://www.zerp.uni-bremen.de/english/pdf/dp3_2005.pdf). Véase también Matej AVBELJ, “European Court of Justice and the Question of Value Choices. Fundamental human rights as an exception to the freedom of movement of goods”, *Jean Monnet Working Paper* 06/2004 (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040601.pdf>). En España, comentan la sentencia Luis GONZÁLEZ VAQUÉ, “El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia «Schmidberger»”, *GJ* núm. 277, 2003, pp. 61-76; y Nicole STOFFEL VALLOTON, “Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículos 10 y 11 del CEDH)(A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto Schmidberger/República de Austria”, de 12 de junio de 2003)”, *RDCE* núm. 18, 2004, pp. 483-506.

²⁹⁸ STJCE de 25.7.1991, Asunto C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros c. Commissariaat voor de Media*.

de los mensajes, o restricciones que tengan por finalidad permitir que los oyentes o los telespectadores no confundan la publicidad comercial con otras partes del programa. Tales restricciones pueden, en efecto, ser impuestas para proteger a los consumidores contra los excesos de la publicidad comercial o, *por razones de política cultural, para mantener una cierta calidad de los programas.*" (FD 27; énfasis añadido).

En el asunto, el TJCE, sin embargo, calificó como una restricción a la libre prestación de servicios una norma que prohíbe a los emisores extranjeros de programas en los Países Bajos emitir mensajes publicitarios dirigidos a la audiencia neerlandesa, excepto si cumplen unos determinados requisitos.

(iii) Si bien sin enfocar la cuestión desde el punto de vista de la libertad de expresión, el TJCE ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre un supuesto de publicidad cooperativa. La *Hoofdbedrijfschap Ambachten* (HBA), una corporación de derecho público holandesa con competencias para la regulación del sector de la óptica, organizó un sistema de exacciones obligatorias a sus miembros para financiar una campaña publicitaria colectiva. Algunos de los miembros, entre ellos, la sociedad «Pearle BV», se opusieron y solicitaron la nulidad del esquema de publicidad cooperativa. El pleito llegó al Tribunal Supremo holandés, que elevó cuestión prejudicial al TJCE para examinar si constituían una ayuda estatal, a los efectos del artículo 92.1 TCE y, en efecto, deber haber sido notificadas a la Comisión con arreglo al 93.3 TCE. Con la calificación del sistema de publicidad cooperativa como ayuda pública, los demandantes hubieran obtenido la devolución de las cantidades recaudadas para la financiación de la campaña.

El TJCE, en sentencia de 15.7.2004, Asunto C-345/02 *Pearle BV y otros c. Hoofdbedrijfschap Ambachten*²⁹⁹, resolvió que "los reglamentos adoptados por una corporación profesional de Derecho público, para financiar una campaña publicitaria a favor de sus miembros y que ha sido organizada por éstos mediante recursos percibidos de dichos miembros y obligatoriamente afectados a la financiación de dicha campaña, no forman parte de una ayuda [...] y no debían ser notificados previamente a la Comisión".

²⁹⁹ Sentencia comentada por Francisco DELGADO PIQUERAS, "Exacciones obligatorias para la financiación de campañas publicitarias y ayudas de Estado (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de julio de 2004, «Caso Pearle»)", *GJ* núm. 240, Noviembre/Diciembre 2005, pp. 19- 34.

III. Publicidad y libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

1. Introducción

Los límites interpretativos asociados al carácter supranacional del TEDH y del TJCE, que tienen su reflejo jurídico en la doctrina del margen de apreciación, relativizan el peso que sus jurisprudencias puedan tener para el intérprete doméstico. Aportan razones generales para la protección de las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión, pero el efecto distorsionador que presenta la doctrina del margen de apreciación impide un traslado sin más al ordenamiento interno de las pautas de resolución utilizadas por aquellos tribunales. Por ello, puede resultar más razonable examinar la jurisprudencia en la materia desarrollada en el marco de un estado nacional.

En Europa continental, la elección es fácil: Alemania. En primer lugar, su Tribunal Constitucional Federal o *Bundesverfassungsgericht* (en adelante, BVerfG) cuenta con un nutrido conjunto de sentencias sobre la materia. En segundo lugar, algunas de las normas de su ordenamiento han tenido una gran influencia en sus homólogas españolas: así, ocurrió con la Ley Fundamental de Bonn de 1949 sobre la Constitución española de 1978 y con la UWG de 1909 y su desarrollo dogmático sobre nuestra LCD³⁰⁰. Finalmente, no puede pasarse por alto el prestigio con que cuenta la cultura jurídica alemana en Europa y en el mundo.

En el ordenamiento jurídico alemán, la cuestión de la protección constitucional del discurso comercial³⁰¹ se ha desarrollado sobre todo a partir de dos supuestos: por un lado, la regulación de las prohibiciones o limitaciones a la publicidad de profesionales y las consecuencias de su infracción para el derecho sancionador y para el derecho de

³⁰⁰ Por todos, Cándido PAZ-ARES, "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981, pp. 7-147.

³⁰¹ Para un estudio completo de la materia en Alemania y su comparación con los desarrollos jurisprudenciales del TEDH y del TJCE, véase Dimitrios DOUKAS, *Werbefreiheit und Werbebeschränkungen: Eine europa- und grundrechtliche Untersuchung der Kontrollmaßstäbe für der Beschränkungen der kommerziellen Kommunikation, dargestellt am EG-Recth, an der EMRK, am deutschen Grundgesetz und an der griechischen Verfassung*, Nomos, Baden Baden, 2005. Aunque desfasado, también resulta útil la consulta de Udo STEINER, "The Constitutional Framework for Commercial Advertising in the Federal Republic of Germany", en Wassilios SKOURIS (ED.), *Advertising and Constitutional Rights in Europe. A study in comparative constitutional law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, pp. 123-146.

la competencia; y por otro, el tratamiento jurídico de la publicidad que apela a los sentimientos de los consumidores o que procura aprovecharse de sus emociones.

El análisis de la jurisprudencia del BVerfG sobre estas materias manifiesta una evolución que se inicia con el reconocimiento de la protección constitucional del discurso comercial mediante la libertad de empresa, continúa con la consideración de que las restricciones a la facultad de realizar publicidad pueden suponer además una injerencia en la libertad de expresión, y culmina con la utilización de la libertad de expresión como criterio de resolución autónomo y autosuficiente.

2. Enfoque tradicional: protección del discurso comercial mediante la libertad de empresa

2.1. La jurisprudencia del BVerfG sobre libertad de empresa y limitaciones a la publicidad de profesionales

En las primeras sentencias sobre la materia dictadas por el BVerfG en la década de los setenta, se entendía que las regulaciones que prohibían o limitaban la realización de publicidad, paradigmáticamente a profesionales liberales, suponían una injerencia a la libertad de empresa reconocida por el Art. 12 Abs. 1 de la *Grundgesetz* (GG)³⁰² y no a la libertad de expresión (Art. 5 Abs. 1 GG³⁰³). La manifestación más clara en este sentido es la sentencia del BVerfG de 10.12.1975 (BVerfGE 40, 371), que declaró inconstitucional por violar la libertad de expresión a una norma que prohibía toda forma de comunicación comercial que utilizara un vehículo como soporte publicitario. Según el BVerfG, la norma perseguía la finalidad legítima de regular la ordenación y la seguridad del tráfico, pero era desproporcionada:

³⁰² Art. 12 Abs. (1): *“Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden”*. Esto es, los ciudadanos alemanes tienen el derecho a elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y el de aprendizaje. El ejercicio de la profesión podrá ser regulado por ley o en virtud de una ley.

Para el BVerfG, el bien jurídico protegido por este precepto constitucional es *“die Außendarstellung von selbständig Berufstätigen soweit sie auf Förderung des beruflichen Erfolgs gerichtet ist”* (BVerfGE 94, 372).

³⁰³ Art. 5 Abs. (1): *“Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. [...]”*. Esto es, menos que más: todos tienen el derecho a expresar y a difundir libremente su opinión por medio de la palabra, el escrito o la imagen, y a obtener sin trabas información a partir de fuentes accesibles a todos.

“Es obvio que una restricción de la publicidad en el tráfico urbano persigue salvaguardar la ordenación y la seguridad de la circulación. Mas no puede admitirse en modo alguno que las características de circulación de todas las calles y en cualesquiera momentos sean iguales. [...] Esta consideración conlleva que no esté justificada la prohibición absoluta de realizar publicidad sobre vehículos”.

Esta pauta de resolución se ha reiterado en la jurisprudencia del BVerfG, principalmente en relación con las restricciones de la actividad publicitaria de profesionales y, en especial, la realizada por médicos³⁰⁴ y abogados³⁰⁵. El Tribunal constitucional también ha recurrido a este patrón para examinar la constitucionalidad

³⁰⁴ Véase, entre otros, Knut SCHULTE, *Das standesrechtliche Werbeverbot für Ärzte. Unter Berücksichtigung Wettbewerbs- und Kartellrechtlicher Bestimmungen*, Peter Lang, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris, 1992. En cuanto a las novedades más recientes, véase Andreas SPICKHOFF, “Die Entwicklung des Arztrechts 2005/2006”, *NJW* 2006, Heft 23, pp. 1630 y ss., pp. 16311-1632.

En la actualidad, el § 27 I MBO-Ä 1997 impide a los médicos realizar publicidad, aunque les permite proporcionar ciertas informaciones de carácter objetivo (*verantwortungsbewusste Objektivität*) sobre determinadas cuestiones previstas en el capítulo D n 1-4 de la citada ley. La prohibición, que se interpreta restrictivamente, persigue la protección de la salud y de una determinada imagen de la profesión médica y, por ello, es considerada constitucional (BVerfG GRUR 86, 382; BVerfGE 33, 125). La normativa que regula la publicidad de clínicas y sanatorios responde a los mismos intereses generales y supone también una limitación constitucional al art. 12 GG (BVerfG GRUR 86, 387). Véanse también BVerfG NJW 94, 1591 y BVerfG 17.7.2003 (1 BvR 2115/02). Al respecto, véase Helmut KÖHLER, Joachim BORNKAMM y Wolfgang HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz*, 24. Auflage., Beck, München, 2006, § 4 UWG Rn. 11.105-11.114.

³⁰⁵ La literatura en la materia es muy abundante. Nos remitimos a Walter BERKA/Harald STOLZLECHNER, *Öffentlichkeitskontakte von Anwälten, Meinungsfreiheit und Werbeverbot*, Manzsche Verl.-Buchh., W., 1998. Para un análisis de los últimos desarrollos jurisprudenciales, véase Barbara GRUNEWALD, “Die Rechtsprechung zum anwaltlichen Berufsrecht in den Jahren 2001 bis 2003”, *NJW* 2004, Heft 16, p. 1146 y ss.; pp. 1148-1149; y, de la misma autora, “Die Rechtsprechung zum anwaltlichen Berufsrecht in den Jahren 2004 bis 2005”, *NJW* 2006, Heft 32, p. 2306 y ss.; pp. 2308-2309.

Como en España, la consideración jurídica de la publicidad de abogados ha pasado por diferentes estadios: desde su prohibición a una intensa regulación limitadora con fundamento en el § 43b BRAO de 1.8.1959 (BGBl. I 565). El BVerfG se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la injerencia de estas regulaciones en la libertad de empresa: véanse, entre otras, BVerfGE 76, 171; BVerfGE 60, 215; BVerfGE 76, 196; BVerfGE 82, 18; BVerfG, NJW 1992, 1614; BVerfG, NJW 1995, 775; BVerfG WRP 2000, 720; BVerfG 21.11.2002 (1 BvR 1965/02), BVerfG 4.8.2003 (1 BvR 2108/02), y recientemente 1 BvR 2292/04 (NJW 2004, 3765). Véase asimismo Helmut KÖHLER, Joachim BORNKAMM y Wolfgang HEFERMEHL, *op. cit.*, § 4 UWG Rn. 11.85-11.102.

de la regulación de la publicidad de dentistas³⁰⁶, naturópatas³⁰⁷, farmacéuticos³⁰⁸, notarios³⁰⁹ y asesores tributarios³¹⁰.

El análisis pormenorizado de la jurisprudencia del BVerfG sobre la libertad de empresa para realizar publicidad o *Werbefreiheit* excede al objeto de este trabajo. Es suficiente ofrecer un sumario de la argumentación jurídica utilizada por el Tribunal Constitucional alemán en la materia. El BVerfG confía *prima facie* en la bondad de la regulación o de la autorregulación de la publicidad llevada a cabo por profesionales y, así, la protección de la salud, la salvaguarda de la imagen y la reputación de la profesión o la defensa de la lealtad en la competencia se erigen en fundamentos suficientes para legitimar la restricción a la libertad de empresa siempre que: a) las medidas restrictivas sean proporcionadas³¹¹ y b) estén justificadas, esto es, coadyuven a la consecución del interés público de forma directa³¹². En definitiva, el BVerfG ofrece un amplio margen de maniobra al legislador y a los reguladores para que determinen qué reglas concretan mejor el interés público y, por lo general, los miembros del

³⁰⁶ La prohibición de realizar publicidad impuesta a los dentistas se encuentra en el § 1 III *ZahnheilkundeG* de 16.4.1987 (BGBl I 1225). Con base a esta prohibición y desde la óptica de la libertad de empresa, el TC alemán se ha pronunciado en BVerfG NJW 2000, 2734, relativa a una sanción a un odontólogo por realizar publicidad, y en las recientes BVerfG 26.9.2003 (1 BvR 1608/02) y BVerfG 26.8.2003 (1 BvR 1003/02) sobre sendos anuncios de una clínica dental en la prensa y en Internet. Véase asimismo Helmut KÖHLER, Joachim BORNKAMM y Wolfgang HEFERMEHL, *op. cit.*, § 4 UWG Rn. 11-75.

³⁰⁷ Véanse BVerfG GRUR 1986, 382; BVerfG NJW 1988, 191 y decisión de la CEDH de 31.8.1994, asunto *Ingrid Janssen c. Alemania*. Véase asimismo Helmut KÖHLER, Joachim BORNKAMM y Wolfgang HEFERMEHL, *op. cit.*, § 4 UWG Rn. 11.78.

³⁰⁸ BVerfG WRP 96, 1087; BVerfGE 94, 372 y BVerfG 11.2.2003 (1 BvR 1972/00, 70/01). Véase asimismo Helmut KÖHLER, Joachim BORNKAMM y Wolfgang HEFERMEHL, *op. cit.*, § 4 UWG Rn. 11.115-11.116.

³⁰⁹ Véanse §§ 1, 14 *BNotO* de 24.2.1961 (BGBl. I, 98); y BVerfG NJW 97, 2510. Véase asimismo Helmut KÖHLER, Joachim BORNKAMM y Wolfgang HEFERMEHL, *op. cit.*, § 4 UWG Rn. 11.103.

³¹⁰ Véanse BVerfGE 33, 125; BVerfGE 60, 215; BVerfGE 85, 248 y, recientemente, la sentencia de 26.10.2004 (NJW 2004, 3765). Véase asimismo Helmut KÖHLER, Joachim BORNKAMM y Wolfgang HEFERMEHL, *op. cit.*, § 4 UWG Rn. 11.104. Téngase en cuenta además la sentencia de 9.10.1991 (BVerfGE 84, 372) que resuelve que la libertad de asociación ampara la publicidad realizada por una *asociación* de asesores tributarios.

³¹¹ Véanse, entre otras, BVerfGE 57, 121 y BVerfGE 60, 215.

³¹² Véanse, entre otras, BVerfGE 30, 292 y BVerfGE 51, 193.

tribunal son reacios a estimar los recursos de amparo por violación de la libertad de empresa en materia de publicidad³¹³.

2.2. Supuestos en los que la libertad de expresión resulta también aplicable

Como hemos visto, el BVerfG ha venido considerado que las restricciones a la publicidad de profesionales suponen únicamente una injerencia, las más de las veces constitucional, en la libertad de empresa de los afectados³¹⁴. No obstante, en un segundo estadio iniciado a partir de 1985, el TC alemán consideró que en ocasiones la aplicación de la normativa sobre publicidad de profesionales vulneraba, además de la libertad de empresa, la libertad de expresión³¹⁵. Nos estamos refiriendo a los supuestos de publicidad encubierta (*Getarnte Werbung*), esto es, la consideración como ilícita o como desleal de la aparición del profesional en un medio de comunicación por entender que la finalidad perseguida era la promoción disimulada de sus servicios profesionales³¹⁶.

Los hechos que dieron lugar a la sentencia del BVerfG de 19.11.1985 (BVerfGE 71/162) son los siguientes: Siegfried Block, médico y propietario de una clínica en Bayern, multado en ocasiones anteriores por haber realizado publicidad directa, publicó un libro titulado *Sieg über das Altern*, en el que relataba su biografía personal y profesional, además de las técnicas y servicios ofrecidos en su clínica. La sección del *Landesgericht*

³¹³ En este sentido, Armin HATJE, "Werbung und Grundrechtsschutz in rechtsvergleichender Betrachtung", en Jürgen SCHWARZE (Ed.), *Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 37-51; p. 42.

³¹⁴ Cabe decir que en la mayoría de ocasiones (los abogados de) los recurrentes no alegaron la protección ofrecida por la libertad de expresión. Es por ello que incluso en casos muy recientes, la regulación de la publicidad de profesionales se ha enjuiciado únicamente desde la óptica de la libertad de empresa. Véanse BVerfG 26.8.2003 (1 BvR 1003/02) y 26.9.2003 (1 BvR 1608/02).

³¹⁵ La mayoría doctrinal entiende que la publicidad, además de estar protegida por la libertad de expresión, también lo está por la libertad de información cuando contiene afirmaciones contrastables. Véanse Helmuth SCHULZE-FIELITZ, en Horst DREIER (Ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 2 Aufl. 2004, Art. 5 I, II, Rn 62, 77; Rudolf WENDT en Ingo VON MÜNCH y Philip KUNIG (Eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl., neubearb., Manchen, Beck, 2000, Art. 5, Rn. 11 y Christoph DEGENHART en Rudolf DOLZER, Klaus VOGEL y Karin GRAßHOF (Eds), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg, Gegründet 1950, 111.Lieferung: Mai 2004, Art. 5 Abs. 1 und 2 (88. Lfg.: Februar 1999), Rn. 94.

³¹⁶ Sobre el tratamiento jurídico de la publicidad encubierta en Alemania, véase en extenso Adolf BAUMBACH (Begr.) y Wolfgang HEFERMEHL, *op. cit.*, § 1 UWG Rn. 27 und ff.

de Bayern encargada de las controversias relativas a las profesiones relacionadas con la salud (*Berufsgericht für die Heilberufe*) resolvió que la publicación del libro constituía un supuesto de publicidad encubierta y sancionó al médico con una multa de 10.000 marcos. El OLG München confirmó el fallo. El Dr. Block recurrió en amparo la sanción ante el BVerfG, que –tras considerar que la intensa regulación de la publicidad responde a una limitación constitucional de la libertad de empresa–, estimó el recurso y resolvió que la sanción era contraria a la libertad de expresión:

“[E]l derecho fundamental a la libertad de expresión para la publicidad comercial ampara en cualquier caso un anuncio cuyo contenido expresa un juicio de valor o consta de manifestaciones tendientes a la formación de opinión”.

Así, la interacción en este tipo de supuestos de afirmaciones materiales –que pueden, en su caso, tener un efecto promocional– con juicios de valor marca un punto de inflexión en la jurisprudencia del BVerfG³¹⁷. La utilización de la libertad de empresa como parámetro único para enjuiciar una aplicación estricta de las consecuencias derivadas de la prohibición de publicidad a profesionales liberales resulta insuficiente para valorar todos los intereses en juego, pues aviva la coerción de los discursos profesionales, el menoscabo de su participación social de acuerdo con sus respectivos roles y la restricción de la información del público en general³¹⁸. En cambio, la utilización de un estándar híbrido –la libertad de expresión superpuesta a la libertad de empresa– supone una mejora en la pauta de enjuiciamiento, aunque, como veremos, enturbia la elección de estándares meridiano para la resolución de controversias³¹⁹: de entrada, no parece bueno que quien pretenda la protección de su

³¹⁷ Cfr. con BVerfGE 71, 183, una sentencia del mismo día en el que el BVerfG enjuicia las sanciones por realizar publicidad impuestas al mismo médico desde la perspectiva única de la libertad de empresa. Véase la reseña de ambas por R. KRAßER, “Anmerkung zu den BVerfGE 71, 162 und BVerfG 71, 183”, *GRUR* 1986, 391.

³¹⁸ Véase asimismo BVerfGE 85, 248.

³¹⁹ Con posterioridad el BVerfG también ha realizado un análisis de las implicaciones que para ambos derechos conlleva la obligación de advertir en las cajetillas de cigarrillos sobre los riesgos del fumar para la salud (BVerfGE 95, 173). Véase el comentario de Udo DI FABIO, “Produkte als Träger fremder Meinungen”, *NJW* 1997, 2863 f., quien se muestra crítico con un examen del problema con los patrones de la protección de la libertad de expresión y no únicamente como medida legislativa restrictiva de la actividad económica y encaminada a la salvaguarda de la salud. En el mismo sentido, Robert SCHWEIZER, “Läßt sich ein Tabakwerbeverbot im Hinblick auf die Pressefreiheit rechtfertigen?”, *AfP* 1998, 571 ff. También para Ingo VON MÜNCH, *op. cit.*, p. 2414, la protección de la salud legitima una regulación intensa de la publicidad del tabaco.

publicidad tenga suficiente con añadirle un juicio de valor o una manifestación tendiente a la formación de opinión ³²⁰.

Resuena en el fallo del caso la entonces muy reciente STEDH de 25 de marzo de 1985, *Asunto Barthold c. República Federal de Alemania*³²¹, sobre un supuesto de publicidad encubierta de veterinarios.

Como se ha advertido, la llamada a la libertad de expresión en esta constelación de casos responde a la interacción de afirmaciones materiales con juicios de valor y a la existencia de un efecto promocional residual³²². En otras palabras, el rol profesional del emisor del discurso no se pone de manifiesto con una intención comercial sino con la difusión de una idea, creencia u opinión y, en este último caso, cualquier expresión que no genere daños a terceros debe quedar protegida y su calidad enjuiciada en el mercado de las ideas.

En cambio, cuando predomina en las afirmaciones una finalidad comercial, esto es, no tengan un efecto publicitario residual –por ejemplo, cuando el emisor las realiza al presentar un nuevo producto al mercado–, el BVerfG es proclive a examinar la calidad del discurso³²³ y el interés de éste para la audiencia y para el funcionamiento del

³²⁰ Véanse Daniel A. FARBER, “Commercial Speech and First Amendment Theory”, 74 *Northwestern University Law Review* 374 (1979-1980); p. 382 y Robert C. POST, “The Constitutional Status of Commercial Speech”, 48 *UCLA Law Rev.* 1 (2000), pp. 6-7. Este argumento también ha sido apuntado reiteradamente por el Tribunal Supremo norteamericano.

³²¹ Véase *supra* pp. 138 y ss. y también la STEDH de 17.10.2002, *Asunto Stambuk c. Alemania*. Cfr. asimismo con la BVerfG 18.2.2002 (1 BvR 1644/01).

³²² Lo mismo ocurriría con aquel discurso rigurosamente público capaz de afectar al funcionamiento de la competencia: véase el Auto del BVerfG de inadmisión del recurso de amparo de 25.2.1993 (1 BvR 934/90) [no publicado; citado por Wolfgang GLOY, “Unlauterer Wettbewerb und Meinungsfreiheit” en Günther HÖHN, Horst KONZEN y Peter KREUTZ (Eds.), *Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag*, Luchterhand, Neuwied/Kriftel, 1998, pp. 113-125; p. 114 n. 4]. Véanse también la sentencia del BVerfG de 7.11.2002 (1 BvR 580/02) en la que el tribunal resuelve que resulta contrario a la libertad de expresión calificar de desleal la publicación del libro *JUVE-Handbuch* con rankings sobre abogados especialistas en derecho patrimonial, pues la posible afectación a la transparencia del mercado legal no es fundamento suficiente para limitar el discurso público; y la BVerfG de 11.3.2004 (1 BvR 517/99 y 313/99), en la que el Tribunal declara inconstitucionales dos sentencias que reputaban desleales dos informaciones sobre el mercado de vehículos aparecidas en una revista de automóviles y en un programa de televisión. Véanse asimismo Helmuth SCHULZE-FIELTZ, en Horst DREIER (Ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 2 Aufl. 2004, Art. 5 I, II, Rn. 295-296; y Axel BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, C.H. Beck, München, 2002, pp. 283-284.

mercado. Es el caso de la sentencia de 27.5.1994 (NJW 1994, 3342), un asunto reconducible técnicamente a un supuesto de dilución de marca y de aprovechamiento de la reputación ajena.

Los hechos del caso son los siguientes: el recurrente en amparo se dedicaba al comercio de artículos de broma y entre los cuales ofrecía cajas de preservativos con el nombre «Mars» —la conocida marca de un fabricante de chocolate— que anunciaba con la misma frase utilizada por este último. Por lo publicado de la sentencia³²⁴, «Mars» obtuvo una sentencia del BGH estimatoria de sus pretensiones. El comerciante planteó un recurso de amparo ante el BVerfG, que fue desestimado: “la finalidad del recurrente no era expresar su opinión acerca de la demandante o acerca de sus productos o sus métodos de realizar publicidad, sino que perseguía el objetivo claramente comercial de aprovecharse de una marca ajena y conocida para introducir en el mercado un producto propio no comercializado hasta la fecha”. Por su parte, “[...] el anuncio objeto de reclamación no goza por ello desde un principio de la protección que ofrece el Art. 5 Abs. 1 GG que, a excepción de la parodia evidente, no puede aplicarse a supuestos de mofa, sátira o escarnio. El BVerfG considera que el derecho fundamental de la libertad de expresión [...] se reserva a aquellas manifestaciones que expresan un juicio de valor”. En definitiva, para el BVerfG de entonces, el cese del discurso del demandado no requiere siempre la acreditación de un daño (especialmente, la denigración o la dilución de la marca del actor), sino que el recurso al mal gusto es suficiente para censurar la expresión de una opinión o de un juicio de valor se se persigue una finalidad promocional.

Con todo, la tesis de considerar que la protección ofrecida por el art. 5 GG desarrolla una función complementaria y superpuesta al fundamento de protección económica únicamente cuando el contenido de un anuncio “expresa un juicio de valor o consta de manifestaciones tendientes a la formación de opinión” es, cuanto menos, poco atractiva: *ex ante* cualesquiera anunciante que quisiera superar una limitación tendría sólo que expresar una opinión; *ex post* cualesquiera información no contrastable puede considerarse opinión³²⁵. Además, distinguir entre opiniones con base en su finalidad comercial o lucrativa resulta, como se verá, poco útil³²⁶.

³²³ Sobre la noción de neutralidad en el examen de la calidad de los discursos, véase Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *op. cit.*, Art. 5 I, II, Rn. 62.

³²⁴ Del extracto publicado de la sentencia, no es posible ofrecer información sobre el contenido de la reclamación de «Mars» y el íter judicial seguido.

³²⁵ Pues como señaló Daniel FARBER y luego Robert C. POST, la expresión de una opinión en un anuncio no es un criterio útil de resolución. Véase *supra* nota 320.

En definitiva, la protección constitucional de la publicidad por vía del art. 12.1 GG oscurece una comprensión del alcance y significado de la libertad de expresión en este sector³²⁷, aunque es preciso relajar esta afirmación en atención a los desarrollos más recientes realizados por el BVerfG³²⁸. Con todo, es posible y deseable la utilización de la libertad de expresión como criterio autónomo y útil de resolución de conflictos en la materia³²⁹.

3. Llamada constitucional a otros derechos: las libertades de prensa y de expresión artística

Antes de analizar los últimos desarrollos jurisprudenciales sobre la protección de la publicidad por la libertad de expresión, conviene destacar que la protección constitucional de la publicidad por la libertad de empresa –y, excepcionalmente, por la libertad de expresión– ya había manifestado sus carencias en casos en los que la publicidad entroncaba directamente con otros derechos, como la libertad de prensa y la libertad de expresión artística.

³²⁶ Véase *infra* p. 251 y ss. Véase asimismo Christoph DEGENHART, *op. cit.*, Art. 5 Abs. 1 und 2 (88. Lfg.: Februar 1999), Rn 125.

³²⁷ Véase Rudolf WENDT en Ingo VON MÜNCH y Philip KUNIG (Eds.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl., Neubearb., München, Beck, 2000, Art. 5 Rn. 11.

³²⁸ No obstante, debemos dejar apuntado que en el análisis de las limitaciones a la publicidad de profesionales, el BVerfG no ha olvidado los estándares de protección derivados de la protección constitucional de la libertad de empresa. En sus últimas sentencias, el BVerfG no utiliza la libertad de expresión como fundamento normativo, pues ésta no había sido alegada por los recurrentes, pero también rehuye las referencias a la misma en *obiter dicta* (sentencias del BVerfG de 26.8.2003 (1 BvR 1003/02) y 26.9.2003 (1 BvR 1607/02)). Con todo, con fundamento tanto en la garantía de la libertad de empresa como en la información del público, los desarrollos jurisprudenciales más recientes restringen cada vez más las limitaciones a la realización de publicidad por parte de profesionales (en este sentido, Helmut KÖHLER, Joachim BORNKAMM y Wolfgang HEFERMEHL, *op. cit.*, § 4 UWG Rn. 11.105).

³²⁹ Cfr. Wolfgang GLOY, *op. cit.*, pp. 123-124. Según Gloy, al disponer la GG de un reconocimiento de la libertad de empresa, ésta supone una libertad especial en relación con la libertad de expresión en este ámbito de forma que han de ser los criterios emanados de la libertad de empresa los que deben servir para enjuiciar la legitimidad constitucional de las limitaciones sobre la publicidad. Véase en España, Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Ensayo sobre la libertad de empresa” en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040, p. 5993.

3.1. Libertad de prensa

El BVerfG resolvió en 1967 en el asunto *Südkurier* (BVerfGE 21, 271) que la negativa de la administración laboral a permitir la publicación en un diario alemán de anuncios de ofertas de empleo realizadas por empresarios suizos y dirigidas a obreros alemanes era contraria a la libertad de prensa:

“La libertad de prensa alcanza también a los anuncios. [...] Un anuncio también reporta una noticia. Por regla general un anuncio no expresa ninguna opinión del anunciante, sino que tiene por finalidad presentar las características de una transacción y la oferta para su conclusión. Pero también es posible que un anuncio busque propagar determinadas opiniones como las de un partido político, una asociación económica o cultural o incluso la de algunos individuos interesados en la sección de anuncios de un periódico como medio para dirigirse a las gentes y expresarles sus consideraciones”.

Además, los medios de comunicación se nutren de los ingresos que les proporciona la realización de publicidad: así, debe entenderse que de algún modo la dimensión institucional o garantía de la libertad de prensa proyecta su protección sobre el discurso comercial ajeno³³⁰.

Por su parte, el BVerfG ha resuelto que el estándar de protección ofrecido al contenido publicitario de una publicación es inferior al concedido a la llamada parte redaccional (BVerfG 64, 108).

3.2. Libertad de expresión artística

Asimismo, el BVerfG ha entendido que la publicidad que un artista realiza de su obra está protegida por la libertad de expresión artística reconocida en el Art. 5 Abs. 3 GG (BVerfGE 77, 240): el Tribunal Constitucional, en sentencia de 3.11.1987, declaró inconstitucional la prohibición a un músico de anunciar la representación de la obra “Herrnburger Bericht” de Paul Dessau mediante un cartel con la foto de un hombre que vestía un brazalete con el emblema de la organización ilegalizada Juventud Libre Alemana (*Freie Deutsche Jugend*).

³³⁰ En este sentido, BVerfGE 74, 297

4. Publicidad, competencia desleal y libertad de expresión. El asunto Benetton y su progenie

4.1. El caso Benetton

4.1.1. Introducción

Fuera de las fronteras alemanas, la inclusión de la publicidad y del discurso comercial en el ámbito de protección de la libertad de expresión presenta su manifestación más conocida en el análisis jurídico de la publicidad realizada por la fabricante de ropa italiana Benetton, que manifiesta la pauta de resolución al uso del BVerfG en supuestos de incardinación de la libertad de expresión en el derecho de la competencia desleal³³¹.

Como es sabido, los responsables de Benetton confiaron sus campañas de publicidad al fotógrafo Oliviero TOSCANI, quien propuso la publicación de anuncios consistentes en diferentes imágenes sin ningún texto a excepción del logotipo de la marca en uno de los márgenes. Las fotografías escogidas hacían referencia a problemas sociales o económicos o a supuestos en ningún caso relacionados de forma directa con la ropa producida por la empresa. Así, aparecían, por ejemplo, la foto de un enfermo de SIDA agonizando en la cama junto a sus familiares; la foto de un soldado negro sosteniendo un fémur en sus brazos; partes fotografiadas de un cuerpo humano como unos glúteos o un brazo, en los que estaba tatuada la frase “H.I.V. positive” en alusión al contagio del SIDA; la imagen de un barco lleno de refugiados; un ave llena de petróleo nadando en una marea negra; un cura besando a una monja; un niño recién nacido; un cementerio militar con una estrella de David sobre una de sus tumbas; la camiseta ensangrentada de un soldado; y un niño blanco disfrazado de ángel junto a un niño negro disfrazado de diablo.

Este tipo de publicidad –original entonces–, motivó el debate público en Europa sobre su corrección³³², así como el análisis jurídico y deontológico sobre su licitud³³³. En

³³¹ Para dos exámenes recientes de la materia, véanse Jan-Peter OHRMANN, *Schockierende Werbung in Deutschland und den USA. Eine wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Beurteilung*. Studienreihe wirtschaftsrechtliche Forschungsergebnisse, Bd. 57, Hamburg 2004; y Dirk CLASSEN, *Die wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Beurteilung produktunabhängiger Wirtschaftswerbung. Darstellung am Beispiel der Benetton-Rechtsprechung des BGH und BVerfG*, C.H. Beck, München, 2006. Un breve survey de la materia se encuentra en Ulrich HÖSCH, “Meinungsfreiheit und Wettbewerbsrecht am Beispiel der «Schockwerbung»”, *WRP* Heft 8/2003, pp. 936-944.

Alemania, se iniciaron diversos procesos encaminados a la cesación de las campañas de publicidad de Benetton³³⁴, algunos de los cuales llegaron a conocimiento del BVerfG, que se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el estatus constitucional de esta forma de discurso comercial.

4.1.2. Primer combate: sentencia del BGH de 6.7.1995 y sentencia del BVerfG de 12.12.2000

La «Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.», una asociación privada dedicada a combatir prácticas comerciales desleales³³⁵, interpuso una acción de

³³² Acaso la manifestación más destacable es la publicación en la prensa francesa de un anuncio dirigido al empresario Luciano Benetton, costado por un enfermo terminal de SIDA, con el título: “Pendant l’agonie, la vente continue”.

³³³ En Italia, los anuncios “Cura besando a monja”, “Niño recién nacido” y “Cementerio militar” fueron declarados ilícitos (*Giuriprudenza autodisciplinare*, Vol. IV, 1991, 306, 454, 458). En Holanda, el anuncio “Enfermo terminal de SIDA” fue declarado ilícito (Code Commissie 26.5.1992, *IER* 1992, 145). En Noruega, la imagen de una camiseta ensangrentada de un soldado fue declarada ilícita (*GRUR Int.* 1996, 256). En cambio, en Finlandia, esta misma imagen fue declarada lícita (*GRUR Int.* 1996, 251). Véase, para referencias a esta cruzada de acciones, Henning HARTWIG, “Image Advertising Under Unfair Competition Law and the Benetton Campaign”, *IIC* 2001, Heft 7, pp. 777 y ss.

Por otra parte, la doctrina también se pronunció sobre la corrección de este tipo de publicidad. Para Olaf SOSNITZA, este tipo de publicidad es conforme al ordenamiento jurídico alemán; véase Olaf SOSNITZA, “Werbung mit der Realität”, *GRUR*, 1993, p. 540. En cambio, Frauke HENNING-BODEWIG considera ilícita y desleal la publicidad de tono desagradable; véase Frauke HENNING-BODEWIG: “Schockierende Werbung”, *WRP*, 1992, p. 533, y “«Werbung mit der Realität?» oder wettbewerbswidrige Schockwerbung?”, *GRUR* 1993, 950-953. En España sigue esta última opinión Anxo TATO PLAZA, “La explotación publicitaria de los sentimientos y el Derecho de la competencia desleal: el caso «Benetton»”, *Derecho de los Negocios* 44, 1994, p. 13.

Por su parte, Hans Jürgen AHRENS, “Benetton und Busengrapscher –ein Test für die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeitsklausel und die Meinungsfreiheit”, *JZ* 1995, s. 1099, señalaba como una razón adicional para la persecución de la publicidad al estilo de la de Benetton, que con ella se había generado un clima contrario a la publicidad no sólo entre consumidores sino entre otros comerciantes, que en este contexto se veían disuadidos de realizar inversiones publicitarias.

³³⁴ En Alemania se iniciaron procedimientos, además de contra los anuncios que llegaron a conocimiento del BVerfG y que se analizan en el texto, contra las imágenes de un enfermo terminal de SIDA y de un soldado con un fémur (ambos resueltos por el *Landgericht* Frankfurt, que declaró su ilicitud y ordenó su cese, *WRP* 1992, 429), y contra la foto de un barco con refugiados (*Oberlandesgericht* Frankfurt, *GRUR* 1993, 130).

³³⁵ Véase <http://www.wettbewerbszentrale.de>

cesación contra Benetton y «Gruner + Jahr AG & Co. KG», editora de la revista *Stern*, por la publicación de tres anuncios de Benetton que consideraba contrarios a las buenas costumbres (§ 1 de la antigua UWG³³⁶). Los tres anuncios consistían en sendas tres fotografías que mostraban una ave flotando en una marea negra con las plumas llenas de crudo y los ojos enrojecidos (Fig. 1); un grupo de niños trabajando entre unos escombros en algún país del tercer mundo (Fig. 2); y unas nalgas tatuadas con la frase “HIV positive” (Fig. 3).



Fig. 1

³³⁶ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909 (RGBl. S. 499, BGBl. III 43-1): “Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden”. Reproduzco aquí la traducción realizada por Cándido PAZ-ARES, “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)”, *RDM*, 1981, pp. 7-147, p. 22: “Quien en el tráfico económico desarrolle comportamientos con fines competitivos que sean contrarios a las buenas costumbres puede ser demandado para que cese en los mismos y para que indemnice los daños causados”.

Téngase en cuenta que el pasado 8 de julio de 2004 entró en vigor una nueva Ley de Competencia Desleal (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. Teil I/2004, Nr. 32 vom 7.7.2004, S. 1414 ff.)), que ha sustituido el casi centenario § 1 por una nueva cláusula general (§ 3) del siguiente tenor: “Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, sind unzulässig”; complementada por un nuevo § 8 (1) que establece: “Wer dem § 3 zuwiderhandelt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht.”. Un breve comentario a las novedades de la nueva UWG puede consultarse en Helmut KÖHLER, “Das neue UWG”, *NJW* 2004, Heft 30, p. 2121-2127.



Fig. 2



Fig. 3

El *Landgericht* Frankfurt a. M. estimó la demanda y rechazó la petición realizada por los demandados relativa a la protección de su publicidad por el art. 5 GG. El *Oberlandsgericht* Frankfurt confirmó la sentencia de instancia. Las sociedades

demandadas interpusieron recurso ante el Tribunal Supremo Federal o *Bundesgerichtshof* (en adelante, BGH), que en sentencia de 6.7.1995 (I ZR 180/94 und I ZR 110/93) declaró no haber lugar al mismo.

Para el BGH, los anuncios de Benetton sólo perseguían llamar la atención de la gente y aprovecharse de los sentimientos de solidaridad e impotencia que las imágenes podían provocar a los consumidores, llevándoles a adquirir los productos fabricados por la sociedad. El BGH reprochó además la falta de referencia a los productos comercializados o a la actividad empresarial desarrollada por la anunciante, pues con ello, se dice, se ponía en peligro el principio de competencia basado en las propias prestaciones o el propio esfuerzo (*Leistungswettbewerb*³³⁷) que informa el derecho de la competencia desleal. Es la suma de estos dos elementos –la falta de referencia a las propias prestaciones y la existencia de una finalidad comercial orientada al aprovechamiento de los sentimientos de un consumidor (*gefühlbetone Werbung*) o de su atención mediante contenidos impactantes (*schockierende Werbung*) o desagradables (*geschmacklose Werbung*)– y no cada uno por separado, la que se reputa contraria a la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal y la que desplaza la aplicación de la libertad de expresión invocada. En otras palabras, para el BGH, existe un interés general en el buen funcionamiento del mercado que justifica la prohibición de tales formas de publicidad³³⁸.

³³⁷ Sobre la importancia de la noción de competencia basada en las propias prestaciones o en el propio esfuerzo como principio informador de todo el derecho de la competencia y no como criterio útil de resolución de controversias, véase Peter ULMER, “Der Begriff des «Leistungswettbewerb» und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB- und UWG-Tatbeständen”, *GRUR* 1977, 565. Véase asimismo Friedrich KÜBLER y Johanna KÜBLER, “Werbefreiheit nach «Benetton»” en VV.AA., *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, 915 ff.

³³⁸ En la resolución del caso, el BGH no hizo más que aplicar su jurisprudencia consolidada en la materia, esto es, reputar como contrarios al § 1 UWG (§ 3 de la nueva UWG) a aquellos anuncios que apelan a los sentimientos de los consumidores de forma tal que distorsionan su comportamiento económico: véanse BGH *GRUR* 1965, 485 (*Versehrten Betrieb*), BGH *GRUR* 1980, 800 (*Schwerbeschädigtenhilfe e.V.*); BGH *GRUR* 1987, 534 (*McHappy Day*); BGH *NJW* 1991, 701 (*Biowerbung*), BGH *NJW* 1991, 1228 (*Tageseinnahmen für Mitarbeiter*). Cfr., sin embargo, BGH *GRUR* 1995, 742 (*Arbeitsplätze bei uns*).

Los pasos seguidos por el BGH en el análisis de esta constelación de casos sigue un mismo patrón: a) en primer lugar, examina las emociones que puede generar el anuncio; b) en segundo lugar, examina la relación de estos sentimientos con el contenido de la oferta y resuelve sobre la existencia o no de una relación material (esto es, en la expresión conocida de NORDEMANN, resuelve si el anuncio es o no es «sachgerecht»); c) examina después las consecuencias que la falta de conexión material puede implicar para los consumidores y para el funcionamiento del sistema de competencia; y d) finalmente y con carácter residual, examina si además el anuncio es engañoso. Téngase en cuenta que la afectación de la autonomía de decisión del consumidor no es por sí sola engañoso. Sobre ello véanse Adolf BAUMBACH (Begr.) y Wolfgang HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht: Gesetz gegen den*

Por su parte, el BGH resolvió que el anuncio “HIV positive” también era desleal por ser contrario a la dignidad humana de los portadores del virus del SIDA, ya que de la foto podía entenderse que éstos estaban o debían estar marcados y estigmatizados en la sociedad³³⁹.

La sociedad editora de la revista recurrió en amparo ante el BVerfG y argumentó que la sentencia del BGH violaba los artículos 5.1 y 2 de la Constitución³⁴⁰. El Alto Tribunal alemán estimó el recurso en sentencia de 12.12.2000 (BVerfGE 102, 347).

Para el BVerfG, la publicidad está protegida por la libertad de expresión y por la libertad de prensa, tanto por su contenido comunicativo en el sentido de que son

unlauteren Wettbewerb, Zugarbeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, 22. Auflage, Beck, München, 2001, § 1 UWG, Rn. 188 y 189 (Cfr. Helmut KÖHLER, Joachim BORNKAMM y Wolfgang HEFERMEHL, *op. cit.*, § 4 UWG Rn. 1.148 und ff.), y Rainer JACOBS, Walter F. LINDACHER y Otto TEPLITZKY (Hrsg.), *UWG Großkommentar*, De Gruyter, Berlin/New Cork, Einleitung: 9. Lieferung 1994 §1 Abschnitte C, D, E: 11. Lieferung 1996.

En España, véase *supra* p. 79 y ss.

La posición del BGH descansa en una interpretación funcional de la cláusula general de la UWG avalada por la doctrina mayoritaria: la norma explicita el objeto de protección de la ley que no es otro que el de preservar un modelo de competencia basado en las propias prestaciones o el propio esfuerzo, pero al propio tiempo, el antiguo § 1 UWG y el actual § 3 UWG se configuran como norma substantiva de delegación al juez para que reprima aquellas prácticas contrarias a la función directiva y coordinadora de la competencia. Véase Cándido PAZ-ARES, *op. cit.* El § 1 UWG tenía una finalidad clónica al art. 5 de la LCD española. Véase José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, Art. 5 (17-19).

³³⁹ Crítico con el razonamiento del BGH, véase Ingo VON MUNCH, “Benetton: bene oder male?”, *NJW* 1999, p. 2413-2414.

³⁴⁰ La recurrente no alegó una vulneración del derecho a la creación artística (art. 5 Abs. 3 GG), pues probablemente habría tenido dificultades a la hora de acreditar su legitimación activa en este sentido. Algunos autores han analizado el supuesto de hecho también desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión artística: véanse Klaus Joachim GRIGOLET y Jens KERSTEN, “Grundrechtlicher Schutz und grundrechtliche Schranken kommerzieller Kommunikation”, *DVBl.* 1996, s. 600 ff.; Wolfgang HOFFMANN-RIEM, “Kommunikationsfreiheit für Werbung – zugleich Anmerkung zu den Benetton-Entscheidungen des BGH”, *ZUM* 1996, s. 13 f.; Torsten SEVECKE, “Die Benetton-Werbung als Problem der Kommunikationsfreiheiten”, *AfP* 1994, s. 204 f.; y en *Wettbewerbsrecht und Kommunikationsgrundrechte: Zur rechtlichen Bewertung gesellschaftskritischer Aufmerksamkeitswerbung in der Presse und auf Plakaten am Beispiel der Benetton-Kampagnen*, Nomos, Baden-Baden, 1997, s. 152 ff. Bernhard VON BECKER, “Werbung Kunst Wirklichkeit – Bemerkungen zu einem schwierigen Verhältnis-”, *GRUR* 2001, s. 1103 ff.; Gerrit MANSSEN, “Verfassungswidriges Verbot der Benetton-Schockwerbung – BVerfG, NJW 2001, 591 (=BVerfGE 102, 347)”, *JuS* 2001, s. 1172; y Dirk CLASSEN, *op. cit.*, pp. 171-183.

imágenes con un contenido expresivo (*sprechende Bilder mit meinungsbildendem Inhalt*), como por su significado económico para el sustento de los medios de comunicación:

“La protección ofrecida por el Art. 5 Abs. 1, primera frase, de la Constitución se proyecta sobre manifestaciones comerciales como un anuncio de publicidad con un contenido expresivo. [...] Los tres anuncios analizados manifiestan un juicio de valor o desvalor frente a cuestiones sociales y políticas de relevancia. [...] Nada cambia porque la firma Benetton insertara estos temas en el marco de un anuncio manifiestamente comercial, se abstuviera de realizar comentario alguno al respecto, y sólo mostrara su logo. Es cierto que ello puede dar a entender que el anunciante no está interesado en contribuir a la formación de opinión sino sólo convertirse en tema de conversación. Sin embargo, tal interpretación [...] no es la única posible, ni tampoco resulta obvia”.

“[...] La mera denuncia de un problema puede constituir una importante contribución para el debate libre de ideas. Si una expresión es o no es útil o si contiene o no una propuesta de solución a un problema no influye de entrada en la protección ofrecida por el derecho fundamental del Art. 5 Abs. 1, primera frase, de la Constitución. Este artículo se aplica con independencia de si una expresión es racional o emocional, fundada o infundada o de si la gente la estima como útil o inútil, valiosa o sin valor”.

En cuanto al anuncio “HIV Positive”, el BVerfG resolvió que: “[u]n anuncio comercial que ofenda, menosprecie, se burle o dé una imagen indigna de una persona o de un grupo social puede ser considerado desleal y no protegido por la libertad de expresión o cualesquiera otros derechos fundamentales”. Sin embargo, el BGH ha realizado una incorrecta interpretación del anuncio, pues “la impresión de que el anuncio estigmatiza y ofende a los infectados por el HIV no puede derivarse del contexto del anuncio y de la campaña publicitaria”, dirigida, entre otras cosas, a hacer reflexionar a la gente sobre cuestiones sociales como la exclusión y el racismo³⁴¹:

“[...] El anuncio no puede interpretarse con toda seguridad [en la forma en la que lo hace el BGH]. Muestra, sin ningún comentario, a una persona marcada con la expresión “HIV Positive”. No queda claro que con ello se apoye, se dé por supuesto o simplemente se trivialice la escandalosa y real situación de discriminación social y ostracismo de los infectados por el HIV. Tan válida es una interpretación de la foto como una denuncia de tal situación”.

³⁴¹ Sobre las funciones interpretativas de ambos tribunales, véase Gunnar FOLKE SCHUPPERT, “Der Fall Benetton: Wem gehört die Interpretationsherrschaft über Werbebotschaften?”, *AfP* 2/2003.

En consecuencia, el BVerfG reenvió el caso al BGH para su resolución de acuerdo con los criterios establecidos en la sentencia.

La decisión adoptada por el BVerfG supuso un cambio de escenario en la protección constitucional del discurso comercial en Alemania³⁴². Hasta esta sentencia, pese a las críticas en la literatura³⁴³, la dimensión constitucional de la publicidad comercial estaba, más que menos, demarcada por el Art. 12 Abs. 1 GG.

La importancia del asunto *Benetton*, sin embargo, radica en que la publicidad con un contenido político o social recibe la misma protección que otras expresiones realizadas fuera de un ámbito comercial. Es preciso señalar que no se deduce del caso si la protección del discurso viene dada sólo por su contenido o simplemente por el contexto (comercial) en el que aparece, esto es, por tratarse de un anuncio³⁴⁴. La imbricación de lo comercial con la crítica social enturbia la comprensión del estándar de protección, pues podría pensarse que la protección ofrecida por el Art. 5 Abs. 1 GG se reserva sólo a aquellos anuncios que expresen un juicio de valor o una opinión (*Wirtschaftswerbung, die einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat*³⁴⁵) relevantes para la formación de la opinión pública, mientras que el resto de discursos comerciales – sobre todo, la llamada publicidad persuasiva – quedarían únicamente amparados por la libertad de empresa del Art. 12 GG. Ésta podría ser la conclusión a derivar de la jurisprudencia anterior³⁴⁶.

Sin embargo, como se verá, no parece ser ésta la opinión del BVerfG, que a) no considera un despropósito contrario a la dignidad humana tratar sobre determinadas cuestiones sociales y políticas en la publicidad o, en otros términos, un contexto

³⁴² Véase Karl-Heinz FEZER, "Imagewerbung mit gesellschaftskritischen Themen in Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit", *NJW* 2001, 580 und ff

³⁴³ Ya en 1967 el Prof. Lerche reclamaba un análisis de la publicidad desde el punto de vista de la libertad de expresión; véase Peter LERCHE, *Werbung und Verfassung*, C.H. Beck, München und Berlin, 1967.

³⁴⁴ Como sugiere Ingo VON MÜNCH, *op. cit.*, s. 2413.

³⁴⁵ BVerfGE 102, 347, 359.

³⁴⁶ De hecho, algunos autores parecen aceptar sin ambages esta interpretación. Véase Hans D. JARASS en Hans D. JARASS y Bodo PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 7 Aufl., C.H. Beck, München 2004, Art. 5 Rn 4.

comercial no resta *per se* grado de protección³⁴⁷ y b) ha aplicado el mismo estándar de protección a un supuesto de publicidad comparativa, sin expresión de opiniones o juicios de valor evidentes³⁴⁸.

Con todo, la protección del discurso comercial en Alemania tiene límites, expresados en el Art. 5 Abs. 2 GG, esto es, la protección de los derechos de la personalidad, la protección de la juventud e intereses generales protegidos por leyes generales, entre las que se encuentra la UWG³⁴⁹. La novedad de la sentencia del BVerfG es pronunciarse sobre el derecho de represión de la competencia desleal desde un punto de vista constitucional:

“[...] El § 1 UWG, en el cual ha fundamentado el BGH su fallo, es una ley general en el sentido del Art. 5 Abs. 2 GG³⁵⁰. [...] El § 1 UWG es una norma de derecho privado cuyas interpretación y aplicación competen a los tribunales civiles. El Tribunal Constitucional sólo puede intervenir cuando existan errores en la interpretación, incorrecta desde un punto de vista constitucional, del contenido de un derecho, como ha ocurrido en este caso.”

Por lo demás, la sentencia del BVerfG no pone en peligro la competencia basada en las propias prestaciones y, de hecho, el tribunal confirma la vigencia de este principio rector. Simplemente exige un análisis más estricto de la argumentación de las resoluciones en materia de derecho de la competencia que impliquen comportamientos lingüísticos o expresivos protegidos por el Art. 5 GG. No es suficiente la mera subsunción del anuncio en una de las categorías tradicionales (*Fallgruppen*) desarrolladas sobre todo por la doctrina dedicada al derecho de la competencia desleal, ni tampoco argumentar la posibilidad de una intoxicación del mercado o de un riesgo para la competencia basada en las propias prestaciones, sino que, para desplazar la protección ofrecida por la libertad de expresión, debe acreditarse la existencia de un

³⁴⁷ BVerfG 11.3.2003 (1 BvR 426/02).

³⁴⁸ BVerfG 1.8.2001 (NJW 2001, 3403).

³⁴⁹ Sobre los límites constitucionales a la libertad de expresión, véase Rudolf WENDT en Ingo VON MÜNCH y Philip KUNIG (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 5 Rn. 67 und ff.; Helmuth SCHULZE-FIELITZ, *op. cit.*, Art. 5 I, II Rn. 135 und ff.

³⁵⁰ Art. 5 Abs. (2): “Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre”. Esto es, estos derechos [entre ellos, la libertad de expresión] encuentran sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor.

daño efectivo a los bienes jurídicos amparados por el derecho de la competencia³⁵¹. Asimismo, el principio de la competencia basada en el propio esfuerzo requiere un análisis desde la óptica de la autonomía privada (Art. 2 GG). Ésta es, en mi opinión, la principal aportación del BVerfG a la protección del discurso comercial: no es posible fundamentar una regulación o la aplicación de una norma restrictiva de la publicidad en un bien público o interés general difuso o abstracto, sino que en cualquier caso deberá examinarse que la inexistencia de la norma o que una aplicación alternativa de la misma conducirían sin remedio a una situación que distorsionara el mercado, la salud u otros intereses de naturaleza pública³⁵².

En este sentido, la jurisprudencia Benetton tiene una especial relevancia para la publicidad comparativa³⁵³ y sobre la práctica de actividades de patrocinio y responsabilidad social corporativa³⁵⁴. Los tribunales y otros operadores jurídicos

³⁵¹ Friedrich KÜBLER y Johanna KÜBLER, *op. cit.*, s. 916.

³⁵² De momento, el Tribunal Constitucional alemán es el único TC de nuestro entorno cultural que nos consta ha dado tal paso. Sin embargo, su prestigio y, por otra parte, la jurisprudencia reciente del TEDH auguran posibilidades de cambio en la materia en los ordenamientos jurídicos europeos. El TEDH ha entendido tradicionalmente que la protección de la competencia constituye un fundamento suficiente que, añadido al amplio margen de apreciación de que gozan las autoridades nacionales, permite declarar constitucionales la inmensa mayoría de medidas restrictivas del discurso comercial. Sin embargo, en sentencia 11.12.2003 dictada en el asunto *Krone Verlag GmbH & CoKG c. Austria*, el TEDH ha circunscrito los límites de este razonamiento en un supuesto de publicidad comparativa y ha resuelto contraria al artículo 10 CEDH por desproporcionada la declaración de deslealtad de un anuncio de tono excluyente. Véase *supra* pp. 135 y ss.

³⁵³ Con anterioridad, diversos autores se habían pronunciado sobre los problemas constitucionales de la regulación de la publicidad comparativa. Véanse Burkhart MENKE, "Die moderne, informationsökonomische Theorie der Werbung und ihre Bedeutung für das Wettbewerbsrecht, dargestellt am Beispiel der vergleichenden Werbung", *GRUR* 1993, 718, y Kloepfer/Michael, "Vergleichende Werbung und Verfassung - Meinungsgrundrechte als Grenze von Werbebeschränkungen", *GRUR* 1991, 170. Desde la óptica constitucional, es preciso confrontar la afectación del interés general en la información objetiva y la transparencia del mercado con la reducción de costes de información que supone la publicidad comparativa. En este sentido, Rainer JACOBS, Walter F. LINDACHER y Otto TEPLITZKY (Hrsg.), *op. cit.*, Einleitung: 9. Lieferung 1994 §1 Abschnitte C, D, E: 11. Lieferung 1996. (A 121).

³⁵⁴ Véase Henning HARTWIG, "Das Gebot prinzipieller Zulassung umweltbezogener Werbung. Chance und Pflicht zur Förderung einer ökologischen Wirtschaftsweise (§ 1 UWG)", *Zeitschrift für Umweltrecht* 1997 (Vol. 5), pp. 233-243. Véase asimismo Hans Erich BRANDNER, "Imagewerbung mit dem World Trade Center? - Werbung zwischen Sittenwidrigkeit und Meinungsfreiheit", *Festschrift für Willi Erdmann - Zum 65. Geburtstag*, 2002. En España, un anuncio de suscripción al diario *El País*

deberán considerar a la hora de enjuiciar este grupo de supuestos la existencia de un abuso del funcionamiento de la competencia o, en su caso, la lesión de posiciones jurídicas subjetivas, antes de ordenar el cese del discurso comercial.

4.1.3. Segundo combate: sentencia del BGH de 6.12.2001 y sentencia del BVerfG de 11.3.2003

Tras el reenvío del BVerfG, el BGH conoció de nuevo el asunto, mas sólo hizo suyas algunas consideraciones del Tribunal Constitucional. Así, en sentencia de 6.12.2001 (I ZR 284/00), el BGH resolvió que los dos primeros anuncios quedaban protegidos por la libertad de expresión y que no podían reputarse como desleales; sin embargo, en cuanto al tercero de ellos, el BGH desoyó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional y resolvió que era desleal, ya que la utilización de una problemática social en un contexto comercial, vinculando por ello una desgracia personal con la solidaridad y con intereses económicos, podía reputarse como cínica y contraria a la dignidad humana (art. 1 GG)³⁵⁵. La disputa interpretativa no esconde un conflicto de poder entre ambos tribunales³⁵⁶.

con la imagen de las torres gemelas fue retirado en pocas horas después del aluvión de quejas de los lectores.

³⁵⁵ Críticos con la sentencia, Peter RUESS y Sebastian VOIGT, "Wettbewerbsrechtliche Regelung von diskriminierenden Werbeaussagen - Notwendigkeit oder abzulehnende Geschmackszensur?", *WRP* 2002, 171; Knut Werner LANGE, "Werbung mit gesellschaftskritischen Themen als Bestandteil der Meinungs- und Pressefreiheit", *AfP* 2002, 185; Erik KIEBLING y Michael KLING, "Die Werbung mit Emotionen", *WRP* 2002, 615; Peter RUESS, "Werbung zwischen Meinung, Markt und Menschenwürde", *WRP* 2002, 1376; Friedrich KÜBLER y Johanna KÜBLER, *op. cit.*, Henning HARTWIG, "«H.I.V. POSITIVE» - zugleich Abschied vom Verbot «gefühlbetonter Werbung»?", *WRP* 2003, 582; y Gunnar Folke SCHUPPERT, "Der Fall Benetton: Wem gehört die Interpretationsherrschaft über Werbebotschaften?", *AfP* 2/2003. Sin embargo, amparan la interpretación del Tribunal Supremo, Volker Michael JÄNICH, "Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6.12.2001", *EWiR* 2002, 459 ff; y Helmut KÖHLER y Hennig PIPER (Eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung*, 3. Aufl., C.H. Beck, München, 2002, § 1, Rn. 350. Para los desarrollos recientes de la literatura científica, véase Henning HARTWIG, "Neuere Literatur zum Verhältnis von Werbung und Meinungsfreiheit", *WRP* Heft 10/2003, pp. 1193-1198.

³⁵⁶ Sobre conflictos entre dos tribunales de un mismo país, véase, por todos, Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (Eds.), *Libertad de expresión y conflicto institucional. Cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Civitas, Madrid, 2002, en relación al conflicto entre los tribunales supremo y constitucional españoles a raíz del asunto *Isabel Preysler*. Una referencia al conflicto alemán de tribunales puede consultarse en las pp. 29-32 del mismo libro. Véase asimismo Hans Peter SCHNEIDER, "Mit der Meinungsfreiheit auf Kriegsfuß? - Zur Grundrechtsferne von Zivilgerichten", *NJW* 2003 Heft 26, p. 1845.

Nuevamente el BVerfG enmendó la estrategia interpretativa del BGH³⁵⁷ y en sentencia de 11.3.2003 (1 BvR 426/02) estimó el segundo recurso de amparo de la editora de *Stern* y anuló la sentencia del Tribunal Supremo:

“Si el contenido de una expresión no vulnera la dignidad humana, la simple inclusión en un anuncio no debe conducir necesariamente a considerar que la expresión ha sido contraria a la dignidad humana”.

A diferencia de España, el conflicto de tribunales parece haber frenado y en la actualidad el BGH mantiene una concepción menos restrictiva de la cláusula general de deslealtad y es más proclive a fundamentar sus fallos relativos a las formas de publicidad desleal con base en la llamada *pequeña* cláusula general de deslealtad, esto es, el § 5 UWG (antiguo § 3 UWG) dedicado a la publicidad engañosa³⁵⁸.

4.2. En la senda de *Benetton*

El asunto *Benetton* no ha sido el único en que el BVerfG se ha pronunciado sobre la confrontación entre la libertad de expresión y el derecho de la competencia desleal.

- a) Sentencia del BVerfG de 1.8.2001 (NJW 2001, 3403), Asunto *Therapeutische Äquivalenz*.

R. GmbH, fabricante de especialidades genéricas, insertó un anuncio en una publicación dirigida a profesionales médicos del producto “Glibenclamid-ratiopharm 3,5”, en el que afirmaba que este medicamento, que contenía el principio activo glibenclamid, era “bioequivalente” con los fármacos disponibles en el mercado para el tratamiento de la diabetes.

³⁵⁷ Otra estrategia de interpretación de la deslealtad de la publicidad con causa social ha sido lanzada como globo sonda por el OLG Hamm, en sentencia de 12.11.2002 (4 U 109/02, GRUR 2003, 975): para este tribunal un anuncio que informa del compromiso de una empresa vendedora de cervezas en la reforestación de un bosque puede entenderse como un supuesto desleal de ofertas vinculadas o dependientes (*Kopplungsgeschäften*), pues con la compra del producto principal es posible acceder a una oferta subordinada, como es colaborar en una acción social y conseguir un estado de satisfacción personal. La interpretación es forzada, además de no ajustada a la jurisprudencia del BGH sobre la materia. Véase, crítico con este razonamiento, Henning HARTWIG, “Meinungsfreiheit und lauterer Wettbewerb”, *GRUR* Heft 11/2003, pp. 924-931.

³⁵⁸ Sobre ello, Henning HARTWIG, *op. cit.*, p. 925.

Bayer AG, fabricante entre otros del fármaco “Euglucon” con el citado principio activo, demandó a R. GmbHgMBh y solicitó la retirada de la publicidad por considerarla desleal y engañosa. La demanda fue estimada en todas las instancias.

El BVerfG estima el recurso de amparo de la sociedad condenada. Para el Tribunal Constitucional, la calificación como desleal del anuncio sin antes haber acreditado un peligro efectivo para el funcionamiento del mercado constituye una injerencia en la libertad de expresión de la recurrente, así como en su libertad de empresa y su autonomía privada³⁵⁹.

- b) Sentencia del BVerfG de 6.2.2002 (1 BvR 852/90. 1 BvR 2151/96), Asunto *Tierfreundliche Mode*.

En esta ocasión, el BVerfG revisó dos casos. En el primero de ellos, un empresario individual dedicado al comercio de pieles sintéticas manifestaba en sus folletos de publicidad su compromiso con la protección de los animales, refería que los productos que comercializaba eran respetuosos con los animales (*tierfreundliche Mode*), criticaba la utilización, el sufrimiento y el sacrificio de animales en la investigación y la industria y calificaba a sus clientes de gente sensata y solidaria. Obsérvese cómo en este caso no puede discutirse la falta de referencia a las propias prestaciones. Por estos hechos se inició procedimiento que concluyó con sentencia del OLG München de 5.7.1990, que ordenó la cesación de la publicidad al considerarla contraria al § 1 UWG debido a que apelaba a los sentimientos de los consumidores como medio de promoción³⁶⁰.

En el segundo, los responsables de una óptica habían publicado en la prensa un anuncio de unas gafas de sol en el que aparecía una foto de un papagayo y la referencia al hecho que la empresa apoyaba a una asociación (*Aktionsgemeinschaft A... e. V.*). Estos hechos también dieron lugar a una orden

³⁵⁹ Cfr. con la Decisión de la CEDH de 8.11.1990, Asunto *R. GmbHgMBh c. República Federal de Alemania* (Recurso núm. 16555), un supuesto fáctico idéntico, en el que la Comisión –de acuerdo con el acervo del TEDH– resolvió que la protección de los intereses ajenos (defensa de la competencia y protección de consumidores), perseguida por la UWG, constituye una finalidad legítima necesaria y proporcional en una sociedad democrática.

³⁶⁰ La sentencia del BVerfG no expresa la identidad del demandante.

de cesación por los mismos motivos por parte del BGH (sentencia de 19.9.1996)³⁶¹.

El BVerfG estima ambos recursos de amparo. La libertad de expresión ha sido vulnerada en los dos casos, pues ni el OLG München, ni el BGH han argumentado que explicitar el compromiso social de un empresario ponga en peligro la institución de la competencia económica: no existe un riesgo efectivo que obstruya el buen funcionamiento del mercado.

³⁶¹ Tampoco en este caso el BVerfG hace referencia a la identidad del actor.

CAPÍTULO CUARTO

FUNDAMENTOS DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS COMUNICACIONES COMERCIALES

El análisis de los fundamentos de la protección constitucional de las comunicaciones comerciales pretende ofrecer respuestas a dos preguntas diferentes pero relacionadas: a) en primer lugar, ¿deben protegerse las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión?³⁶²; y b) en segundo lugar, ¿existen diferencias entre el discurso comercial y otras formas de expresión que sugieran o motiven normativamente adoptar dos estándares de protección diferentes?, o, expresado en otros términos, ¿cuál es el grado de protección constitucional que deben recibir las comunicaciones comerciales?

Las respuestas a la primera pregunta, desarrolladas en el apartado I, han pasado en la literatura norteamericana por el análisis de las funciones que se atribuyen a la libertad de expresión. Desde este punto de vista, hay quien rechaza *prima facie* la protección constitucional del discurso comercial y considera normativamente que la libertad de expresión debe servir para otros menesteres. En resumen, se defiende que las comunicaciones comerciales no contribuyen a las finalidades que hacen socialmente valiosa a la libertad de expresión. Ello no obstante, la opinión doctrinal mayoritaria en la academia estadounidense sostiene que el discurso comercial sí contribuye al desarrollo de estas funciones. La tesis que defiende en este capítulo es modesta: el análisis de las funciones de la libertad de expresión en el mercado sugiere que las comunicaciones comerciales pueden resultar valiosas socialmente, pero que sólo con ello, no pueden derivarse implicaciones suficientes para la interpretación constitucional del contenido esencial de la libertad de expresión en este ámbito. Resulta más sensato reconocer que el discurso comercial constituye expresión o información encajable en el artículo 20 de la Constitución y señalar que la cuestión controvertida reside en identificar el grado de protección y, correlativamente, el alcance de las potestades normadoras de las autoridades públicas.

³⁶² Soy consciente de la ambigüedad de este planteamiento: una pregunta tal puede significar, al menos, dos cosas, en función de la teoría de los derechos fundamentales que uno maneje y, en particular, si se pretende una respuesta con validez *prima facie* o válida definitivamente. Véase en extenso *infra* pp. 289 y ss.

El objetivo de este capítulo es examinar las posibilidades de adscripción de las comunicaciones comerciales al espectro de discursos protegidos por la libertad de expresión sin entrar a determinar las facultades de los poderes públicos de restringirlas. Esto es, no aspiro aquí a una descripción del contenido esencial –ya desde un punto de vista categórico, ya como el resultado del principio de proporcionalidad– de la libertad de expresión en el ámbito de las comunicaciones comerciales, sino a determinar si éstas pueden incluirse dentro del ámbito normativo de la libertad de expresión. O, en la terminología utilizada por Frederick SCHAUER, el objeto del capítulo hace referencia al ámbito de aplicación de la norma (*coverage*) y no a su grado de protección (*protection*). Véase Frederick SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge (Mas.), 1982, pp. 89-92.

Las respuestas a la segunda pregunta, a las que dedico el Capítulo Cuarto, son deudoras en muy buena medida de la distinción categorial que realiza el Tribunal Supremo norteamericano entre discurso público y discurso comercial o, si se prefiere, entre *high value speech* y *low value speech*, y que han obligado a la literatura secundaria a demarcarlos. Así, partiendo de que las comunicaciones comerciales deben quedar *prima facie* protegidas por la libertad de expresión, el problema queda relegado a identificar las posibles circunstancias que obligan a adoptar grados de protección diferentes. Las dificultades para identificar tales circunstancias han propiciado que muchos autores, en su intento por sistematizar y explicar la jurisprudencia norteamericana en la materia, manifiesten su malestar ante un ámbito descohesionado y, a veces, contradictorio³⁶³, y que algunos de ellos hayan considerado que la doctrina genera más problemas de los que resuelve y aboguen por su supresión y la adopción de criterios alternativos en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de medidas restrictivas de las comunicaciones comerciales. Con todo, en ocasiones, existirán diferencias entre discurso público y discurso comercial que harán recomendable la utilización de un grado de protección menor para éste, pero éstas no serán suficientes para fundamentar una doctrina como la del *Commercial Speech* mantenida por el Tribunal Supremo norteamericano o un enfoque categórico que atribuya de entrada un menor valor a las comunicaciones comerciales frente a las informaciones y expresiones que conforman la opinión pública. Estas diferencias, sin embargo, podrán y deberán ser tenidas en cuenta en el análisis de la proporcionalidad de las medidas restrictivas.

³⁶³ Resulta muy ilustrativa la frase de Ronald H. COASE al referirse a la doctrina del *Commercial Speech*: "Only a poet can capture the essence of chaos". Ronald H. COASE, "Advertising and Free Speech", en Allen Hyman y M. Bruce Johnson, *Advertising and Free Speech*, Lexington Books, Lexington (Mass.)/Toronto, 1977, pp. 1-33, p.29.

I. Comunicaciones comerciales y funciones de la libertad de expresión

1. Introducción: las funciones de la libertad de expresión

Lawrence H. TRIBE, catedrático en la Facultad de Derecho de Harvard, abogado en ejercicio, y uno de los más prestigiosos constitucionalistas americanos, advirtió hace veinte años que:

“Hablar de los propósitos de la protección de la Primera Enmienda [...] es arriesgarse a dejar sin contestar el interrogante central planteado por la garantía más majestuosa de la Constitución: ¿hay que considerar la libertad de expresión sólo como un medio para un fin ulterior [...] o es la libertad de expresión en parte también un fin en sí misma, una manifestación del tipo de sociedad que queremos llegar a ser y del tipo de personas que deseamos ser? [...] No se puede desarrollar una concepción adecuada de un elemento tan básico de nuestro derecho fundamental en términos puramente instrumentales o de «propósito»”³⁶⁴.

Sin embargo, en las tres últimas décadas la literatura norteamericana no ha cejado en su empeño de identificar qué valores persigue la libertad de expresión y sirven de cimiento teórico a su protección constitucional³⁶⁵. Debe señalarse, empero, que en un ordenamiento jurídico cuyo Tribunal Supremo utiliza con mucha frecuencia la técnica de la categorización en la aplicación de la libertad de expresión³⁶⁶, una exégesis teleológica de este orden se presenta como más atractiva que en sistemas legales donde de ordinario se recurre al test ofrecido por el principio de proporcionalidad. En especial, las explicaciones funcionalistas sobresalen cuando resultan insuficientes –y así ocurre en el ámbito de la Primera Enmienda–, las interpretaciones basadas en la

³⁶⁴ Lawrence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2nd Edition, Foundation Press, Mineola (NY), 1988, p. 785 [tomo la traducción realizada por Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 68].

³⁶⁵ Sobre las funciones de la libertad de expresión, véanse, en España, Pablo SALVADOR CODERCH (Dir.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 26-30; y Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, especialmente, pp. 66-84.

³⁶⁶ Véase *infra* pp. 295 y ss.

historia³⁶⁷ o en la intención del legislador³⁶⁸. De forma correlativa, hacer descansar la interpretación sobre una tesis funcionalista que colme el contenido esencial de la libertad de expresión con los valores que se le atribuyen facilita asumir una visión absoluta y categórica³⁶⁹: dos consecuencias de ello son que todo discurso que refuerce la democracia debe protegerse mediante la libertad de expresión; y que no hay ideas falsas para la libertad de expresión, pues su calidad debe enjuiciarse en el mercado de las ideas. Estos dos tópicos, así como otros propios del discurso legal alrededor de la Primera Enmienda, han sido puestos en duda o abiertamente negados³⁷⁰; y, así, más allá de su ductilidad, se han reputado insuficientes para abarcar todos los aspectos que pueden observarse desde el prisma de la libertad de expresión³⁷¹.

En un trabajo muy citado, Thomas I. EMERSON³⁷² registró cuatro fundamentos de la libertad de expresión:

(1) “assuring individual selffulfillment”³⁷³;

³⁶⁷ Geoffrey R. STONE, Louis M. SEIDMAN, Cass R. SUNSTEIN, Mark V. TUSHNET y Pamela S. KARLAN, *The First Amendment*, 2nd ed., Aspen Publishers, New York, 2003, p.7.: “To what extent, if any, is the preceding history relevant to interpretation of the first amendment? [...] Given the enormous changes in the media and politics since the adoption of the first amendment, to what extent, if any should the intent of the framers control the contemporary resolution of first amendment issues?”.

³⁶⁸ Richard A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2003, pp. 357 y ss.

³⁶⁹ Otro rasgo que coadyuva a interpretaciones absolutistas es el carácter simbólico e ideológico que la libertad de expresión tiene en aquel país. Según SCHAUER la Primera Enmienda constituye un elemento ideológico o “a prevailing idea existing within an environment in which adherence to the idea is more or less required, and challenge to the idea is more or less discouraged”. Véase Frederick SCHAUER, “The First Amendment as Ideology”, 33 *William and Mary L. Rev.* 853 (1992), p. 855.

³⁷⁰ Robert C. POST, “Recuperating First Amendment Doctrine”, 47 *Stan. L. Rev.* 1249 (1995), pp. 1270 y ss.

³⁷¹ Por ello, algunos autores han apuntado la necesidad de considerar alternativas al uso de categorías en la interpretación como la ponderación de bienes e intereses constitucionales y, de hecho, el Tribunal Supremo norteamericano ha fluctuado en sus decisiones en el uso de ambas técnicas, en especial, en el ámbito de la libertad de expresión. Véase, en extenso, *infra* pp. 297 y ss.

³⁷² Thomas I. EMERSON, *The System of Freedom of Expression*, Random House, New York, 1970.

³⁷³ *Ibidem*, p. 6.

- (2) “advancing knowledge and discovering truth”³⁷⁴;
- (3) “provid[ing] for participation in decisionmaking by all members of society”³⁷⁵; y
- (4) “achieving a more adaptable and hence a more stable community”³⁷⁶.

EMERSON reconoció que, aún tratándose de fundamentos diferentes, “[e]ach is necessary, but not in itself sufficient, for the four of them are interdependent”³⁷⁷. Sin embargo, en su senda –como describiré en los apartados siguientes– muchos autores han reducido la libertad de expresión a la protección de un único valor o, en su caso, de una jerarquía de valores y, con ello, han pretendido ofrecer respuestas al tratamiento jurídico-constitucional de determinadas prácticas sociales como la pornografía, las publicidad comercial o las contribuciones económicas a los partidos políticos.

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 7.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ Thomas EMERSON, “First Amendment Doctrine and the Burger Court”, 68 *Cal. L. Rev.* 422 (1980), p. 423. Puede tomarse como ejemplo de esta interrelación de valores una de las concepciones de la libertad de expresión más citadas, la mantenida por Louis D. BRANDEIS (1856-1941), Magistrado de la *U.S. Supreme Court* entre 1916 y 1939, formulada en su voto particular a *Whitney v. California* 274 U.S. 357 (1927): “[T]hose who won our independence [...] believed that the final end of the state was to make men free to develop their faculties” and that “deliberative forces should prevail over the arbitrary”. BRANDEIS vinculaba, de este modo, libertad individual y autogobierno colectivo.

De hecho, varios autores han argumentado que casi cualquier fundamento utilizado en las teorías de la libertad de expresión se encuentra en el voto particular de BRANDEIS: desde la protección de la autonomía individual hasta la búsqueda de la verdad, pasando por el fomento de la participación política, la necesidad de examinar y contrarrestar el poder de los gobernantes y la futilidad de la represión. En contra de esta tesis, véase Vincent BLASI, “Free Speech and Good Character: From Milton to Brandeis to the Present”, en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey R. STONE (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2002, pp. 61-95, p. 74, para quien el único fundamento que subyace a la retórica de BRANDEIS es la manifestación del coraje como fuente de la libertad. Para ello, BLASI destaca la siguiente frase del voto particular: “They believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty”, cita procedente de la “Oración fúnebre de Pericles” en TUCÍDIDES, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, donde se describen las virtudes de los atenienses. En opinión de BLASI, reprimir el discurso de otros constituye una capitulación o rendición ante el miedo ya que, como apuntó BRANDEIS, “Men feared witches and burnt women. It is the function of speech to free men from the bondage of irrational fears”. La valentía residiría en la oportunidad de discutir libremente los agravios posibles y los remedios propuestos.

Sin entrar en detalle, las tesis que han pretendido reducir la libertad de expresión a un único de sus fundamentos han sido objeto de diferentes críticas³⁷⁸ y que las menos contestadas son demasiado generales para servir de guía en el discurso jurídico, tanto desde un punto de vista descriptivo-positivo como de otro normativo. Su papel queda relegado a la fundamentación extrajurídica o, si se prefiere, filosófica de los derechos fundamentales, cuestión ajena al objeto de este trabajo. Así, por ejemplo, REDISH³⁷⁹ y POST³⁸⁰ sitúan el fundamento de la libertad de expresión en la autorrealización³⁸¹ y, con ellos, muchos otros han recurrido a ella o, en otros términos, a la dignidad humana para justificar la protección del derecho a expresarse sin trabas. Ya John Stuart MILL vinculaba la autonomía personal de las gentes con la búsqueda de la verdad y en la mayoría de teorías sobre los derechos humanos desarrolladas históricamente, la dignidad humana constituye el fulcro sobre el que se sustenta su protección llegando a formar acaso un *overlapping consensus*³⁸². Por otra parte, también se ha defendido que la autorrealización puede explicar por qué determinada gente, con independencia de un lucro económico, está dispuesta a producir información que puede resultar valiosa

³⁷⁸ Me remito a las que apunto en los epígrafes siguientes y a los trabajos de Martin H. REDISH y Steven SHIFFRIN: del primero, *Freedom of Expression. A Critical Analysis*, The Michie Company, Charlottesville (VA), 1984; y "The Value of Free Speech", 130 *U. Pa. L. Rev.* 591 (1982); y del segundo, *The First Amendment, Democracy and Romance*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990, especialmente, pp. 132-139. Véanse también Lawrence ALEXANDER y Paul HORTON, "The Impossibility of a Free Speech Principle", 78 *Nw. U. L. Rev.* 1319 (1983); Kent GREENAWALT, "Free Speech Justifications", 89 *Colum. L. Rev.* 119 (1989); y Steven L. WINTER, "Fast Food and False Friends in the Shopping Mall of Ideas", 64 *U. Colo. L. Rev.* 965 (1993).

³⁷⁹ Martin H. REDISH, *Freedom of Expression. A Critical Analysis*, *op. cit.*; y "The Value of Free Speech", *op. cit.*

³⁸⁰ Robert C. POST, "Recuperating First Amendment Doctrine", *op. cit.*, pp. 1272 y ss.

³⁸¹ Para Martin REDISH, los fundamentos identificados en las diferentes teorías de la libertad de expresión no son más que una derivación o una consecuencia de la autorrealización (Martin REDISH, *Freedom of Expression. A Critical Analysis*, *op. cit.*, p. 12). Para POST, la autorrealización se erige en un principio susceptible, dada su universalidad, de fundar la protección de la libertad de expresión (Robert POST, *op. cit.*, p. 1272). Con todo, señala que, para el derecho, la autorrealización es una práctica social y que la preocupación del derecho constitucional debe proyectarse sobre aquellas interacciones sociales en las que se incardina (*ibidem*, p. 1273). Así, en su tesis, la autorrealización se inserta en el contexto del autogobierno (*participatory model*). Véase *infra* pp. 253 y ss.

³⁸² Sobre las raíces de la libertad de expresión en la dignidad humana, véase, por todos, Ronald M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1978, pp. 266-278 y 364-368.

desde el punto de vista social³⁸³. Además, como se verá enseguida, la noción de autorrealización, vinculada estrechamente al concepto de autonomía repercute en muchas cuestiones acerca de los fundamentos de la libertad de expresión en el ámbito de las comunicaciones comerciales.

Una de las críticas más extendidas a la doctrina del *Commercial Speech* refiere que la Primera Enmienda constitucional y, por extensión, los preceptos constitucionales occidentales que reconocen la libertad de expresión no están diseñados para dar cabida a cualesquiera formas de discurso. La libertad de expresión, se dice, obra para proteger únicamente el discurso encaminado a la formación del debate político y resulta una traición a la letra de la Constitución –o, incluso peor para otros, al poder constituyente³⁸⁴–, intentar ampliar el ámbito de aplicación de la Primera Enmienda³⁸⁵. Para otros, la libertad de expresión es una manifestación de la dignidad humana y no hay razones para proteger aquellos discursos –entre ellos, la publicidad– no emanados de la autonomía moral individual. Finalmente, otros autores han apuntado que si lo que pretendemos es un mercado de las ideas robusto o una ecología de la información vigorosa, no es precisa la protección del discurso comercial porque carece de todo estatus informativo.

El filósofo Roger A. SHINER en un reciente libro titulado *Freedom of Commercial Expression*³⁸⁶ es taxativo: “la libertad de expresión comercial no persigue los mismos fines que hacen valiosa a la libertad de expresión”³⁸⁷. Ofrezco argumentos en los siguientes epígrafes para negarlo.

³⁸³ Daniel A. FARBER, “Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment”, 105 *Harv. L. Rev.* 554 (1991), pp. 579 y ss. Véase asimismo Yochai BENKLER, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, New Haven/Londres, 2006, pp. 133-143.

³⁸⁴ Véase, entre otros, Akhil Reed AMAR, “Intratextualism”, 112 *Harv. L. Rev.* 747 (1999), pp. 812-818.

³⁸⁵ Frederick Schauer juzga la protección del discurso comercial como un ejemplo de oportunismo jurídico. Véase Frederick SCHAUER, “First Amendment Opportunism” en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey STONE (eds.), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago, 2002, pp. 174-197 [artículo también disponible en www.ssrn.com].

³⁸⁶ Roger A. SHINER, *Freedom of Commercial Expression*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 18.

2. Comunicaciones comerciales y autonomía individual

Algunos autores han defendido que la función de la libertad de expresión es la salvaguarda de la autonomía individual y del desarrollo de la personalidad y, en efecto, han mantenido que aquellas expresiones ajenas a esta finalidad deben quedar fuera del espectro de discursos que reciben protección constitucional³⁸⁸. Por ello, se dice, la publicidad debe quedar fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión, pues es producida habitualmente por sociedades, que carecen de personalidad³⁸⁹ –entendida como derivación de la dignidad humana– o de un interés en la autorrealización personal³⁹⁰.

³⁸⁸ Estas tesis, como se verá, no utilizan un concepto único de autonomía, ni siquiera usan una terminología común, aunque a los efectos de este trabajo pueden englobarse en un mismo grupo. Por ejemplo, vincula libertad de expresión y autonomía, David A.J. RICHARDS, "Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of First Amendment", 123 *University of Pennsylvania Law Review* 45 (1974); y *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, New York, 1986. También Charles FRIED, "The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty", 59 *U. Chi. L. Rev.* 225 (1992), p. 233, relaciona libertad de expresión y libertad individual. Thomas M. SCANLON, "A Theory of Freedom of Expression", 1 *Philosophy & Public Affairs* 204 (1972) –aunque después rechaza partes de su tesis en "Freedom of Expression and Categories of Expression", 40 *U. Pitt. L. Rev.* 519 (1979)–, da contenido a la libertad de expresión mediante la autonomía individual. Por su parte, EMERSON ya reconoció que la autorrealización interrelacionaba todas las funciones a las que contribuye la libertad de expresión y, luego, Martin REDISH ha referido que la autorealización constituye el valor que aglutina otras funciones atribuidas a la libertad de expresión. C. Edwin BAKER, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1989, preferir hablar de libertad individual y Robert C. POST, "Recuperating First Amendment Doctrine", *op. cit.*, p. 1271 y ss., y "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse", 64 *Colorado Law Review* 1109 (1993), analiza las implicaciones de un concepto de autonomía inserido en un modelo de democracia participativa.

Con todo, es preciso señalar que no todos, ni siquiera la mayoría de, los autores mencionados, que reconocen un fundamento de la libertad de expresión en la autonomía individual, niegan su alcance normativo a la protección a las comunicaciones comerciales.

³⁸⁹ Roger A. SHINER, *op. cit.*, p. 163 y pp.178-189.

³⁹⁰ Recientemente en C. Edwin BAKER, "Paternalism, Politics, and Citizen Freedom: The Commercial Speech Quandary in Nike", 54 *Case W. Res. L. Rev.* 1161 (2004), 1163-1164. Para este autor, no proteger constitucionalmente el discurso comercial constituye "a reservation of the debate for the free flesh and blood people whose moral status, as well as whose interests, must be seen as underlying the Constitution" (p. 1172). Confróntese con Martin H. REDISH, "The First Amendment in the Marketplace Commercial Speech and the Values of Free Expression", 39 *Geo. Wash. L. Rev.* 429 (1971); y "The Value of Free Speech", *op. cit.*, para quien una defensa de la protección de la publicidad mediante la libertad de expresión subyace en la autorrealización personal.

En primer lugar, el argumento no tiene en cuenta que muchas comunicaciones comerciales son producidas por profesionales individuales. La crítica no captura, entonces, la vinculación del trabajo individual y profesional con la autonomía personal y su posible menoscabo por medio de una prohibición absoluta de realizar publicidad. Y, de hecho, olvida buena parte de los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia: en todas las jurisdicciones analizadas, un nutrido conjunto de sentencias se dedica a problemas relacionados con la publicidad realizada por abogados y por profesionales de la salud.

En segundo lugar, la crítica olvida que la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas sirve para proteger a los individuos que las han constituido y que no cabe establecer diferencias entre aquellas personas que ejercen una actividad económica como profesionales individuales o recurriendo, por ejemplo, a una estructura societaria³⁹¹. Esto es, el derecho de sociedades y otras formas de asociación o cooperación presenta una naturaleza instrumental, aunque, es cierto, las sinergias y economías de escala resultantes de la cooperación comportarán que, en el ámbito de la protección de derechos fundamentales, se diluya el paradigma individualista clásico y sea necesario considerar la participación de formas organizativas que se sitúan entre el individuo y el Estado³⁹². Con todo, si bien la persona jurídica tiene atribuidas facultades excluidas a sus miembros, tal exclusión deriva del consentimiento expresado en la celebración previa del contrato asociativo.

El desarrollo personal puede jugar un papel tanto en sociedades unipersonales como en grandes grupos de empresas. Poco mejorable es el argumento de Cándido PAZ-ARES y de Jesús ALFARO: “En la medida en que el desarrollo de la empresa constituya la forma de desarrollo personal de algunos de sus accionistas, no hay ninguna razón para limitar el desarrollo de la personalidad de los individuos a la creación y dirección de de pequeñas empresas porque sería tanto como afirmar que el libre desarrollo de la personalidad de los individuos es el objetivo del sistema jurídico y político sólo en la medida en que cada individuo alcance «la media» de desarrollo de la personalidad de

³⁹¹ Véanse Robert HESSEN, *In Defense of the Corporation*, Hoover Institute Press, Stanford, 1979, pp. 43-45; Hans Georg KOPPENSTEINER, “Zur Grundrechtsfähigkeit gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen”, *NJW* 1990, p. 3305 y ss.; y NOTE, “Free Speech Protections for Corporations: Competing in the Markets of Commerce and Ideas”, 117 *Harv. L. Rev.* 2272 (2004), pp. 2291-2292.

³⁹² Kathleen M. SULLIVAN, “First Amendment Intermediaries in teh Age of Cyberspace”, 45 *UCLA L. Rev.* 1653 (1998), p. 1653: “Despite its frequent individualistic rhetoric – including depictions of lone speakers on soapboxes and of buyers and sellers in a marketplace of ideas– First Amendment law must regularly take account of organizations engaged in speech activity that stand somewhere between the individual and the state”.

los demás individuos de manera que sólo habría un derecho al libre desarrollo de la personalidad hasta que el individuo alcance la mediocridad”³⁹³.

Por otra parte, algunos autores han refinado la crítica a la doctrina del *Commercial Speech* en relación con el desarrollo y la autonomía personales y han concluido que la expresión comercial debe quedar al margen de la protección constitucional ofrecida por la libertad de expresión al no constituir una manifestación de la libertad humana. Para C. Edwin BAKER, adalid de este enfoque, la libertad de expresión es una consecuencia de la libertad humana y tiene su razón de ser en la salvaguarda de los procesos de comunicación entre individuos racionales y autónomos que tratan entre sí con dignidad y respeto mutuo³⁹⁴. Sólo concebida así, se dice, la libertad de expresión puede promover la autorrealización, el descubrimiento de la verdad, la participación política y un equilibrio saludable entre estabilidad y cambio social³⁹⁵. En la tesis de BAKER, el discurso comercial es exógeno al emisor, puesto que, dado su interés en una ganancia patrimonial, “the content is determined by the structure of the market and is not chosen by the speaker”³⁹⁶. HALBERSTAM resume así la idea de BAKER: “the

³⁹³ Véase Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Ensayo sobre la libertad de empresa” en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040, p. 5976. No es objeto de este trabajo analizar la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas. Nos remitimos al trabajo de Ángel José GÓMEZ MONTORO, “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *REDC* 65 (2002), pp. 49 y ss.

³⁹⁴ Véase, en general, C. Edwin BAKER, *Human Liberty and Freedom of Speech*, *op. cit.*, pp. 192-224.

³⁹⁵ C. Edwin BAKER, “Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom”, *62 Iowa L. Rev.* 1 (1976), p. 7.

³⁹⁶ C. Edwin BAKER, “Scope of the First Amendment Freedom of Speech”, *25 UCLA Law Review* 964 (1978), p. 966. Véase también C. Edwin BAKER, *Human Liberty and Freedom of Speech*, *op. cit.*, p. 224: “Dadas unas estructuras económicas preexistentes, el discurso comercial no constituye una manifestación de la libertad de su emisor. La determinación del mercado rompe la conexión económica entre *commercial speech* y elección individual. En términos más generales, cuando un usuario utiliza la propiedad de forma instrumental para ejercer poder sobre otros, esta utilización y la expresión comercial aparejada deben quedar sujetas a control legislativo”. En general, cualquier discurso realizado por motivos económicos o comerciales no debería, según BAKER, recibir protección constitucional mediante la libertad de expresión.

En el mismo sentido, Daniel J.H. GREENWOOD ha apuntado que “[w]hile real people must balance competing values, compare their own needs and those of others important to them, and make difficult choices between various aspects of our too-finite lives, corporations (or the role-constrained managers who decide for them) just maximize shareholder value”. Véase Daniel J.H. GREENWOOD, “Essential Speech: Why Corporate Speech Is Not Free”, *83 Iowa L. Rev.* 995 (1998), p. 1049. Véanse también Victor BRUDNEY, “Business Corporations and Stockholders’ Rights Under the First

commercial speaker is driven by impersonal market forces, any «informational value» is merely an illusion, and any correspondence to objective reality is purely accidental”³⁹⁷. Los problemas de la tesis de BAKER pueden reducirse a dos:

a) El criterio del ánimo de lucro o motivación económica, que sirven a BAKER para excluir este tipo de mensajes del ámbito de la libertad de expresión, ya porque sean realizados por una empresa o ya también por un tercero pagado para difundir un mensaje –de interés público, en su caso–, encuentra dos obstáculos:

- La fundamentación de la protección constitucional cualificada a la prensa y a los medios de comunicación social. Estos, claro está, también persiguen un interés económico, pero, en cambio, para BAKER, en una tesis construida *ad hoc*, deben constituir una excepción puesto que sirven como contrapunto al gobierno para asegurar una fuente de información separada del control administrativo y político³⁹⁸.

- Casi todo el mundo persigue alguna forma de interés cuando realiza una actividad expresiva: no todas las motivaciones son puramente económicas, pero si, más o menos, traducibles a utilidad. En este sentido, hay quien busca prestigio o reputación en el conjunto de la sociedad o en un círculo o red más pequeños; hay quien busca convencer al prójimo de la calidad ética o estética de sus creencias o comportamientos; e incluso el candidato político manifiesta un claro interés en ser elegido³⁹⁹. A esta última observación responde BAKER, empero, de la manera más inocente: los políticos no están primariamente interesados en maximizar el apoyo electoral, sino que su motivación es poder hablar libremente⁴⁰⁰. Por otra parte, el discurso de los sindicatos, motivado por ejemplo por la defensa de los intereses económicos de los

Amendment”, 91 *Yale L. J.* 235 (1981) y Carl E. SCHNEIDER, “Free Speech and Corporate Freedom: A Comment on *First National Bank of Boston v. Bellotti*”, 59 *S. Cal. L. Rev.* 1227 (1986).

³⁹⁷ Daniel HALBERSTAM, “Commercial Speech, Professional Speech, and the Constitutional Status of Social Institutions”, 147 *U. Pa. L. Rev.* 771 (1999), p. 817.

³⁹⁸ C. Edwin BAKER, “Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom”, *op. cit.*, pp. 30-32.

³⁹⁹ Martin H. REDISH, “The Value of Free Speech”, *op. cit.*, p. 621.

⁴⁰⁰ C. Edwin BAKER, “Scope of the First Amendment Freedom of Speech”, *op. cit.*, p. 996 n. 102.

trabajadores, debe quedar también ampliamente protegido según BAKER⁴⁰¹.

b) Aun dentro del mercado, el emisor puede escoger entre una variedad de mensajes, esto es, puede hacer uso de su autonomía o libertad⁴⁰².

Algunos autores, entre ellos REDISH⁴⁰³ y POST⁴⁰⁴, han defendido la extensión de la protección constitucional al discurso comercial por cuanto contribuye o puede contribuir al desarrollo individual. En este sentido, es preciso distinguir distintas concepciones del desarrollo individual y autonomía⁴⁰⁵. Por ejemplo, BAKER defendería una concepción muy estricta de "libertad": "[T]he values supported or functions performed by protected speech result from that speech being a manifestation of individual freedom and choice" y, en efecto, todo discurso que "does not represent an attempt to create or affect the world in a way which can be expected to represent anyone's private or personal wishes" no merece protección constitucional⁴⁰⁶. Esto es, se trata de una visión instrumental que reserva la protección constitucional a aquellos discursos que ayuden a los individuos a desarrollar sus facultades mediante su

⁴⁰¹ Para FARBER y FRICKEY esta excepción responde a las simpatías ideológicas del Profesor BAKER. Véase Daniel A. FARBER y Philip P. FRICKEY, "Practical Reason and the First Amendment", 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1615 (1987), p. 1621.

⁴⁰² En el mismo sentido, Martin H. REDISH, *Freedom of Expression. A Critical Analysis*, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁰³ Véanse sus últimos trabajos en la materia: Martin H. REDISH, "Tobacco Advertising and the First Amendment", 81 *Iowa L. Rev.* 589 (1996) y "First Amendment Theory and the Demise of the Commercial Speech Distinction: The Case of the Smoking Controversy", 24 *Northern Kentucky Law Review* 553 (1997). Para una crítica a este último, véase John T. VALAURI, "Smoking and Self-Realization: A Reply to Professor Redish", 24 *Northern Kentucky Law Review* 591 (1997).

⁴⁰⁴ Robert C. POST, "The Constitutional Status of Commercial Speech", *op. cit.*

⁴⁰⁵ Véase para un análisis de las diferentes concepciones, Richard H. FALLON, Jr., "Two Senses of Autonomy", 46 *Stan. L. Rev.* 875 (1994). Otras referencias indispensables en la materia son Gerald DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 1988; Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1986; John CHRISTMAN, "Constructing the Inner Citadel: Recent Work on the Concept of Autonomy", 99 *Ethics* 109 (1988) y Joel FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1984. Para un resumen de estas tesis, consúltese Yochai BENKLER, "Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law", 76 *N.Y.U. L. Rev.* 23 (2001), pp. 31-41.

⁴⁰⁶ C. Edwin BAKER, "Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom", *op. cit.*, p. 3.

emisión⁴⁰⁷, pero no la recepción de sus contenidos, puesto que para BAKER “the liberty theory focuses on the speaker and the speaker’s choice to speak, not the listener and the usefulness of the content”⁴⁰⁸. La alternativa, aquella que tiene en cuenta la autonomía de los destinatarios del discurso, constituye una concepción amplia de autorrealización o autonomía, que exploramos en los siguientes epígrafes, y que –con arreglo a una teoría finalista o material– permite justificar la extensión de la salvaguarda ofrecida por la libertad de expresión a las comunicaciones comerciales.

Finalmente, no puede olvidarse que uno de los problemas que se ha atribuido a las interpretaciones de la libertad de expresión basadas en exclusiva en el desarrollo individual y, en especial, en sus versiones minimalistas, es su incapacidad para explicar por qué proteger constitucionalmente las actividades expresivas a un nivel superior que otras actividades humanas. Como escribió Robert H. BORK, “un individuo puede desarrollar sus facultades u obtener placer haciendo negocios en la bolsa, en su profesión como piloto en el puerto de un río, trabajando como camarero, en el sexo, jugando al tenis, fijando precios o en cualquiera de las miles de otras ocupaciones”⁴⁰⁹. Por ello, no sorprende su calificación como “a loose canon in the law”⁴¹⁰.

En definitiva, recurrir a una teoría funcionalista que delimite el contenido esencial del derecho a expresarse libremente por su vinculación al desarrollo individual expulsa, por un lado, discursos típicamente protegidos y, por otro, llama a la salvaguarda constitucional de actividades tradicionalmente reguladas.

⁴⁰⁷ Ésta es, para Ronald A. CASS, una postura muy radical en la literatura sobre protección constitucional de las comunicaciones comerciales, típica de un enfoque exclusivamente ontológico: “Baker’s work is unusual because his resolution of various speech problems is governed by an extremely strong set of initial premises that also diverges significantly from common intuitions”. Véase Ronald A. CASS, “Commercial Speech, Constitutionalism, Collective Choice”, 56 *U. Cin. L. Rev.* 1317 (1987-1988), p. 1326.

⁴⁰⁸ C. Edwin BAKER, *Human Liberty and Freedom of Speech*, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁰⁹ Robert H. BORK, “Neutral Principles and some First Amendment Problems”, 47 *Indiana Law Journal* 20 (1971), p. 25 (traducción de Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 70).

⁴¹⁰ Robert H. BORK, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Free Press, New York, 1990, p. 97.

3. Comunicaciones comerciales y democracia

Una de las tesis más difundidas, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, sobre los fundamentos de la libertad de expresión es aquella que la delimita como instrumento de autogobierno. De forma sumaria, la libertad de expresión se concibe como una consecuencia del sistema democrático de toma de decisiones al que contribuye aportando información acerca de debates públicos.

Algunos autores han subrayado que la publicidad y otras formas de comunicación comercial no contribuyen a la formación de opinión pública y, por ello, no requieren ser protegidas mediante la libertad de expresión. Así, a título de ejemplo, Thomas JACKSON y John Calvin JEFFRIES han apuntado que el discurso comercial “makes no comment on governmental personnel or policy. It does not marshal information relevant to the public action, nor does it focus public attention on questions of political significance”⁴¹¹.

El argumento es débil, pues existen tantas concepciones políticas de la libertad de expresión como conceptos de democracia se manejen y de la elección de una u otra dependerá la consideración de la publicidad como una expresión protegida por o ajena a la libertad de expresión⁴¹². Las dos tesis más difundidas –en especial, en el pensamiento jurídico norteamericano acerca de la Primera Enmienda⁴¹³–, son la teoría de la democracia deliberativa desarrollada por Alexander MEIKLEJOHN y, mucho más reciente, la teoría de la democracia participativa, defendida en especial por Robert C. POST.

Para Alexander MEIKLEJOHN, la libertad de expresión resulta necesaria para proteger la comunicación de información y de ideas que ayuden a los ciudadanos a votar y a decidir sobre el bien común de una forma informada e inteligente⁴¹⁴. En la teoría

⁴¹¹ Thomas H. JACKSON y John Calvin JEFFRIES, Jr., “Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment”, 65 *Va. L. Rev.* 1 (1979), p. 15.

⁴¹² Para un análisis de esta cuestión en la doctrina constitucionalista alemana, véase Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *REDC* núm. 32, Mayo-Agosto, 1991, pp. 73-113.

⁴¹³ En este ámbito, la concepción schumpeteriana de democracia y las tesis apuntadas por la escuela del *Public Choice* tienen poca repercusión.

⁴¹⁴ Véanse, en general, Alexander MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Harper, New York, 1948; y, después, las matizaciones que realiza en “The First Amendment Is an Absolute”,

expuesta por MEIKLEJOHN, lo esencial no son las palabras de los emisores, sino las mentes de los oyentes y, por ello, más que la salvaguardia de los derechos individuales, interesa la protección de los procesos colectivos de decisión: "What is essential is not that everyone shall speak, but that everything worth saying shall be said"⁴¹⁵. Por ello, la autoridad tiene reservada la facultad de controlar qué discursos merecen la pena ser pronunciados y qué otros pueden ser restringidos por carecer de relevancia o calidad en la formación de la opinión pública. Además, discursos ya pronunciados y conocidos no presentan un interés de cara a su protección constitucional y podrán, en consecuencia, ser limitados.

Por su parte, el modelo de democracia participativa defendido por Robert C. POST enfatiza el papel de la autonomía individual en el procedimiento democrático⁴¹⁶. Los

1961 *Sup. Ct. Rev.* 245 (1961), artículo en el que el autor no restringe la libertad de expresión a aquellos discursos formalmente políticos, sino que aboga por extender la protección de la Primera Enmienda a la "expression within the range of human communications from which the voter derives the knowledge, intelligence, sensivity to human values: the capacity for sane and objective judgement which, so far as possible, a ballot should express" (p. 256).

Algunos autores se han mostrado reacios a aceptar ampliar el alcance de la libertad de expresión a informaciones no relacionadas directamente con el debate político: Robert H. BORK, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", 47 *Indiana Law Journal* 20 (1971); y Lillian R. BEVIER, "The First Amendment and Political Speech: An Inquiry Into the Substance and Limits of Principle", 30 *Stan. L. Rev.* 299 (1978).

Sin embargo, el propio BORK ha aceptado más recientemente que las comunicaciones comerciales deben protegerse constitucionalmente mediante la libertad de expresión y que tal protección debe aceptarse como una excepción a su teoría: Robert H. BORK, "Activist FDA Threatens Constitutional Speech Rights", 11 *Legal Background* No. 2 (1996). Por su parte, BEVIER también ha modificado su postura: en un principio, entendía que la publicidad no debía quedar protegida porque consideraba que proponer una transacción comercial se alejaba del debate político y que las limitaciones del discurso comercial no podían tener consecuencias sobre el discurso público. Sólo excepcionalmente aquella publicidad que contuviera un mensaje de tono político debía quedar protegida por la libertad de expresión. Con posterioridad, sin embargo, ha afirmado que una prohibición de realizar determinada publicidad puede desplegar efectos disuasorios sobre el discurso encaminado a la formación de opinión pública. Véase Lillian R. BEVIER, "The Invisible Hand of the Marketplace of Ideas", en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey R. STONE (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2002, pp. 232-255.

⁴¹⁵ Alexander MEIKLEJOHN, *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*, Harper, New York, 1960, p. 26.

⁴¹⁶ La teoría de POST es en buena medida tributaria de la tesis de Jürgen HABERMAS, quien propone que en el Estado constitucional, se persiga un equilibrio entre la autonomía pública y la autonomía privada. Véase, en general, Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 139 y ss.

ciudadanos deben percibir el derecho como manifestación de su autodeterminación o autogobierno. Por ello, carecen de legitimidad democrática aquellas acciones que niegan la participación de determinados ciudadanos en la deliberación pública; y también, aquellas otras que al tratar de imponer una determinada identidad cultural como colectiva lo hacen sustrayéndose de la deliberación pública. La tesis de la democracia participativa se vincula con la protección de la autonomía individual y desconfía de cualquier papel de la autoridad como moderador en los procesos de deliberación pública. En este contexto, la libertad de expresión puede entenderse también como freno o remedio a las asimetrías de información entre autoridad y ciudadanía. El mayor valor de la definición de Robert C. POST es que no persigue alcanzar una determinada meta instrumental—tal como el desarrollo individual, la búsqueda de la verdad o la estabilidad y la cohesión sociales— sino proporcionar una determinada estructura que facilite el desarrollo de procesos para obtener estos fines.

Si bien MEIKLEJOHN dejó escrito que “[t]he constitutional status of a merchant advertising his wares [...] is utterly different from that of a citizen who is planning for the general welfare”⁴¹⁷, como ya se ha apuntado, es su teoría la que para algunos autores subyace en el desarrollo jurisprudencial de la doctrina del *Commercial Speech* por parte del Tribunal Supremo norteamericano⁴¹⁸. Y es que, como desarrollaré en breve, ambas tesis expuestas sobre la conexión entre libertad de expresión y democracia no ponen trabas a la protección constitucional de las comunicaciones comerciales mediante aquella: solamente una concepción restrictiva como la sostenida por el primer MEIKLEJOHN o la de BORK según la cual el ámbito de protección se reduce al “discurso sobre el comportamiento de los gobernantes, sus políticas o sus miembros”⁴¹⁹ excluirían tal protección. Antes de entrar en el análisis de la relación de las comunicaciones comerciales con la democracia, interesa detenernos en los argumentos que pueden esgrimirse en contra de las concepciones más restrictivas:

⁴¹⁷ Alexander MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, *op. cit.* p. 37.

⁴¹⁸ Por todos, Robert C. POST, “The Constitutional Status of Commercial Speech”, *op. cit., passim*. Véase también Daniel HALBERSTAM, “Commercial Speech, Professional Speech, and the Constitutional Status of Social Institutions”, 147 *U. Pa. L. Rev.* 771 (1999), n. 158.

En contra de que la tesis meiklejohniana sustente la doctrina del *Commercial Speech* elaborada por el Tribunal Supremo norteamericano: Ronald J. KROTOSZYNSKI, Jr., *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective. A Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech*, New York University Press, New York/Londres, 2006, pp. 21 y ss.

⁴¹⁹ Robert H. BORK, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, 47 *Indiana Law Journal* 20 (1971), p. 23.

- a) En primer lugar, la libertad de expresión protege de ordinario discursos en ningún caso encaminados a la formación de la opinión pública política como el arte, la literatura y la ciencia⁴²⁰. No puede pretenderse una concepción romántica de la libertad de expresión aferrada al paradigma tradicional, ni negarse la naturaleza multifuncional de la misma⁴²¹.
- b) La opinión pública puede proceder de una multitud de fuentes y, entre ellas, del discurso comercial. No puede concebirse el sistema formal político como el único mecanismo de autogobierno. La esfera pública a la que contribuye la llamada *sociedad civil* –indispensable en una concepción contemporánea de democracia⁴²²– se nutre con discursos desde abajo a partir de iniciativas privadas⁴²³. Como destacó Carlos NINO, en el análisis del papel de un Tribunal Constitucional en una democracia, se ha apuntado que éste debe limitarse a anular las decisiones de la mayoría parlamentaria que restrinjan “las condiciones y presupuestos que hacen del procedimiento democrático en mecanismo apto para encontrar soluciones correctas”, pero ello “puede tener una interpretación muy restringida o una interpretación bastante amplia”⁴²⁴. Esto es, para que los ciudadanos voten de forma informada, unos opinarán que bastará con que fluya libre la información vinculada al debate político mientras que otros requerirán que se garantice la igualdad de la ciudadanía y, consecuentemente, su acceso a la cultura y a la educación, por ejemplo⁴²⁵.

⁴²⁰ Muy pocos autores se oponen a esta objeción. Por todos, Robert H. BORK, *op. cit.*

⁴²¹ Véase Steven H. SHIFFRIN, *The First Amendment, Democracy and Romance*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990. Véase *infra* pp. 241 y ss.

⁴²² Sobre el papel de la sociedad civil y de la opinión pública política, véase Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 407 y ss.

⁴²³ Irónicamente, la mayoría de traductores latinos de Kant traducen *Publizität* por «publicidad».

⁴²⁴ Carlos S. NINO, “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, 1989, p. 87.

⁴²⁵ Las tesis restrictivas son deudoras de una concepción material de los derechos fundamentales permeada por el principio democrático y que, en general, condiciona la protección de los derechos fundamentales a aquéllos relacionados con la participación política de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas (entre otros pocos, sufragio activo y pasivo, derecho de igualdad en la participación política y en el acceso a las funciones públicas). Con todo, el principio democrático alcanza otros derechos más allá de los estrictamente políticos, tales como las libertades de expresión, información, asociación y reunión, por cuanto estas constituyen condiciones para la legitimidad y el funcionamiento del procedimiento democrático. Véase, en general, Wolfram HÖFLING,

- c) Además de algunos aspectos asociados a la publicidad que pueden tener cierta repercusión en el discurso público (mensajes, críticas y estética), el discurso comercial también facilita que los ciudadanos conozcan qué productos se les ofrecen y qué opciones de conducta tienen en el mercado y, en efecto, alentar el debate sobre políticas ya relacionadas con el mercado ya con otros temas. Por ejemplo, la información comunicada a través de la publicidad sobre los precios de un determinado servicio puede motivar que sus usuarios se autorganicen para solicitar su reducción; la imagen de la mujer en un anuncio puede generar un debate parlamentario sobre la discriminación por razón de sexo; la descripción de las características de un automóvil en un publrreportaje puede inspirar la campaña de un activista medioambiental.
- d) Extendiendo el argumento anterior, en multiplicidad de casos, será imposible o muy costoso delimitar lo público y lo privado⁴²⁶. Prácticamente, todos los discursos se urden con elementos de una y otra naturaleza, y algunas veces de tal forma que la disección de ambos aspectos es inoperable. El problema es análogo, en cierta manera, al de la delimitación entre informaciones y opiniones.

4. Comunicaciones comerciales e información

4.1. Holmes y la metáfora del mercado de las ideas

Una de las teorías más arraigadas en el pensamiento jurídico norteamericano sobre las funciones de la libertad de expresión vincula a ésta con la búsqueda de la verdad y es

“Demokratische Grundrechte - Zu Begründungsgehalt und Erklärungswert einer dogmatischen Kategorie”, *DSt*, vol. 33, núm. 4, 1994, pp. 493 y ss.

Pero, a su vez, ello puede entenderse de formas diferentes y, así, en el ámbito del derecho español de la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la interpretación del artículo 20 CE, además de como libertad negativa, como garantía institucional de la opinión pública ligada al pluralismo democrático: “[...] se trata ante todo de un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Sin embargo, en otro plano significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático” (STC 12/1982, FJ 3º). Véanse también SSTC 6/1981, FJ3º, y 240/1992, FJ3º.

⁴²⁶ Para una extensión de este argumento, véase *infra* pp. 330 y ss.

representada en el discurso legal de la Primera Enmienda por uno de sus tótems, la metáfora del mercado de las ideas. La imagen tiene su origen en el voto particular que formuló el magistrado Oliver Wendell HOLMES a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el asunto *Abrams v. United States* (250 U.S. 616 (1919))⁴²⁷ y, en especial, en el siguiente pasaje:

“But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas - that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year if not every day we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so

⁴²⁷ Resulta necesario e ilustrativo en este punto examinar la actividad judicial desarrollada por Holmes en el ámbito de la libertad de expresión durante aquel año. Unos meses antes a su voto particular a *Abrams*, HOLMES había redactado la sentencia en el asunto *Schenck v. United States* (249 U.S. 47 (1919)), y había articulado en ella el criterio del “clear and present danger”: “[t]he question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent”.

Una semana más tarde, Holmes aclaró en *Debs v. United States* (249 U.S. 211 (1919)) el concepto de “clear and present danger”: un discurso podría ser perseguido mediante la *Espionage Act* de 1917 si presentara la “natural tendency and reasonably probable effect” de obstruir el reclutamiento militar. Ocho meses más tarde, el Tribunal Supremo conoció *Abrams v. United States* (250 U.S. 616 (1919)), un caso relacionado con la *Espionage Act* de 1918.

La ley de 1918 se diferenciaba de la de 1917 en cuanto esta última limitaba las prohibiciones a aquellas conductas que constituían una obstrucción al reclutamiento militar en tiempos de guerra. En efecto, el papel del Tribunal en casos como *Schenck* era determinar en qué supuestos un discurso podía constituir una acción a efectos de la ley. Sin embargo, en la ley de 1918 resultaban prohibidos aquellos discursos que conformaban el contenido tradicional del *common law tort* de *sedition libel*. No se perseguía el discurso por sus posibles efectos perniciosos, sino por su peligro inherente.

El Tribunal, por referencias a *Schenck*, desestimó el recurso y consideró que la Primera Enmienda no afectaba la vigencia del *sedition libel*. El siguiente paso para Holmes era adecuar su nueva teoría con los precedentes escritos con anterioridad. Para ello, añadió a la existencia de un peligro claro y actual la necesidad de su inminencia. A falta de ésta, el mercado de las ideas se alzaba para limitar la persecución de determinados discursos.

imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country"⁴²⁸.

Esta concepción de la libertad de expresión ya había sido elaborada tres siglos antes por MILTON, que exhortaba en su *Areopagítica* (1644) a "Let [truth] and falsehood grapple; who ever knew truth put to the worse, in a free and open encounter"⁴²⁹. El valor principal del argumento de HOLMES es la relación de la verdad con la experimentación, una idea influida por la epistemología pragmática a la que el magistrado era próximo⁴³⁰. También cabe destacar que la utilización de las expresiones «mercado» y «libre intercambio» no presuponen una concepción economicista de la libertad de expresión⁴³¹. Obsérvese cómo HOLMES no restringe el concepto de verdad al escenario político⁴³² y, asumiendo el antecedente liberal de John Stuart MILL⁴³³, vincula libertad de expresión y libertad de pensamiento.

Algunos autores sostienen que la función de la búsqueda de la verdad propuesta en la tesis del mercado de las ideas es insuficiente: sin un conjunto de prácticas sociales, de una "real morality o public discussion", recurriendo a las palabras de MILL, resulta tautológico creer que la verdad es el resultado obtenido por la gente a consecuencia de un diálogo abierto. Señala Robert C. POST⁴³⁴ que faltan la capacidad para escuchar y el

⁴²⁸ La expresión "mercado de las ideas" no aparece en el texto, sino que fue acuñada casi medio siglo más tarde por el juez BRENNAN en su voto particular a *Lamont v. Postmaster General* (381 U.S. 301 (1965)) y, de ahí en adelante, ha hecho fortuna en aquella cultura jurídica.

⁴²⁹ John MILTON, *Areopagítica, A speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England, 1644* (versión consultada: eBook en Proyecto Gutenberg: <http://www.gutenberg.org/files/608/608-h/608-h.htm>).

⁴³⁰ La amistad entre el juez HOLMES, Charles Sanders PEIRCE y John DEWEY se detalla, por ejemplo, en Louis MENAND, *The Metaphysical Club*, Farrar, Straus & Giroux, New York, 2001.

⁴³¹ Como explica Robert C. POST, "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", *op. cit.*, p. 2360, representates del pragmatismo como William JAMES utilizaban a menudo metáforas de contenido económico.

⁴³² Teniendo en cuenta la esencia del *sedition libel* como delito político, Holmes hubiera podido articular su argumento en base a una teoría política de la democracia. Véase Robert C. POST, *op. cit.*, p. 157.

⁴³³ John Stuart MILL, *On Liberty*, 1859. Véase un resumen de la tesis de MILL en Vincent BLASI, "Mill and Freedom of Expression", en Leonard W. LEVY y Kenneth L. KARST (Eds.), *Encyclopedia of the American Constitution*, 2ª ed., MacMillan Reference USA, New York, 2000, pp. 1730-1731.

⁴³⁴ Robert C. POST, *op. cit.*, p. 163.

compromiso a contrastarse a uno mismo, así como el respeto por las convenciones de la razón, que convierten las aspiraciones en objetivas, desinteresadas, civilizadas y respetuosas mutuamente⁴³⁵.

Con todo, la metáfora del “mercado de ideas”, a pesar de sus críticas⁴³⁶, ha cuajado en el discurso legal relativo a la libertad de expresión y su poder de evocación no ha perdido fuelle⁴³⁷.

Las consecuencias principales de la tesis holmesiana son que para la libertad de expresión, no existe nada como una idea falsa y que son los ciudadanos quienes han de valorar los contenidos y formas de los discursos y decidir cuáles consagrar y cuáles erradicar.

El Tribunal Supremo no ha dudado en calificar a la información comercial como un producto más del mercado de las ideas:

“The commercial marketplace, like other spheres of our social and cultural life, provides a forum where ideas and information flourish” (*Edenfield v. Fane* (507 U.S. 761 (1993))).

⁴³⁵Cita de John DEWEY: la deliberación racional depende de “the possibility of conducting disputes, controversies and conflicts as cooperative undertakings in which both parties learn by living the other a chance to express itself”. Tal cooperación se ve frustrada si alguien intenta suprimirla a la fuerza: “a suppression which is none the less one of violence when it takes place by psychological means of ridicule, abuse, intimidation, instead of by overt imprisonment or in concentration camps”. Por ello, hay quien reduce el papel del mercado de las ideas al ámbito del conocimiento académico, que cuenta con unas estructuras y normas sociales muy definidas.

⁴³⁶ Por todos, Kathleen M. SULLIVAN, “Free Speech and Unfree Markets”, 42 *UCLA L. Rev.* 949 (1995). Véanse también Harry H. WELLINGTON, “On Freedom of Expression”, 88 *Yale L. J.* 1105 (1979), para quien, si bien a largo plazo, la competencia de ideas permite expulsar las inveraces y hacer aflorar la verdad, a corto plazo, no ocurre lo mismo; Stanley INGBER, “The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Mith”, 1984 *Duke L. J.* 1 (1984); y Paul H. BRIETZKE, “How and Why the Marketplace of Ideas Fails”, 31 *Val. U. l. Rev.* 951 (1997). Véase *infra* pp. 265 y ss.

⁴³⁷ Sobre la carga persuasoria de las metáforas en el discurso legal, véase Linda L. BERGER, “What is the sound of a corporation speaking? How the cognitive theory of metaphor can help lawyers shape the law”, 2 *Journal of the Association of Legal Writing Directors* 169 (2004), analizando el poder de la metáfora holmesiana y el uso de ésta y otras en la litigación de Mark Kasky contra Nike, Inc.

Tras esta breve introducción a la teoría del mercado de las ideas⁴³⁸, analizo críticas a la doctrina del *Commercial Speech* que, en primer lugar, niegan que la publicidad y las comunicaciones comerciales proporcionen información en el sentido que requiere el intercambio de ideas, y afirman, en segundo lugar, que, en su caso, los consumidores no son suficientemente autónomos para analizar la verdad y validez de estos discursos.

4.2. El estatus informativo de las comunicaciones comerciales

En *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 (1976)), el Tribunal Supremo resolvió que la protección del *Commercial Speech* tiene su fundamento en que “[l]a publicidad, aunque en ocasiones trivial y excesiva, es, sin embargo, divulgación de información sobre quién es el productor y el vendedor de qué producto, por qué motivos y a qué precio” y en que ello es de interés para sus destinatarios en la medida que fomenta que las decisiones de consumo de estos últimos sean inteligentes y bien informadas. En definitiva, la protección de la expresión de información comercial promueve una toma de decisiones informada y salvaguarda el correcto funcionamiento de la economía de libre competencia. Resuena en todo el discurso del Tribunal la obra de George J. STIGLER⁴³⁹, uno de los principales exponentes de la economía de la información y premio Nobel de Economía en 1982, para quien la dispersión de precios en un mismo mercado refleja la ignorancia de los consumidores generada por los costes en que éstos deben incurrir para conocer de la existencia, la localización y los precios de los productos o servicios. En su modelo, la publicidad se concibe como la respuesta endógena del mercado a sus propias ineficiencias, pues reduce los costes de búsqueda a consumidores y, por tanto, disminuye, en cierta medida, la dispersión de precios⁴⁴⁰.

⁴³⁸ En España, véase por todos Pablo SALVADOR CODERCH, *El mercado de las ideas*, op. cit., pp. 26 y ss.

⁴³⁹ Véase George J. STIGLER, “The Economics of Information”, 69 *Journal of Political Economy* 213 (1961). Para una presentación de la obra de Stigler en relación con el *case-law* del Tribunal Supremo de los EE.UU. en materia de *Commercial Speech*, véase Fred S. MCCHESENEY, “De-Bates and Re-Bates: The Supreme Court’s Latest Commercial Speech Cases”, 5 *Supreme Court Economic Review* 81 (1997), p. 86 y ss. Para un resumen del análisis económico de la publicidad, véase Kyle BAGWELL, “The Economic Analysis of Advertising”, agosto de 2005 (<http://www.columbia.edu/~kwb8/adchapterPost082605.pdf>, consultado en 15.10.2006).

⁴⁴⁰ Ya antes de la obra de Stigler, Marshall y Chamberlin habían destacado la importancia de la transmisión de información a los consumidores que conlleva la realización de publicidad. Véanse Alfred MARSHALL, *Industry and Trade: A Study of Industrial Technique and Business Organization; and of Their Influences on the Conditions of Various Classes and Nations*, MacMillan and Co., London, 1919, y Edward CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1933.

Obviamente, al constituir el estatus informativo del *Commercial Speech* el principal armazón argumental para que el Tribunal Supremo juzgue que la publicidad queda incluida en el ámbito de protección de la Primera Enmienda a la Constitución Federal de los EE.UU., diversos autores han centrado sus críticas en este aspecto al analizar la jurisprudencia en la materia.

4.2.1. Pérdida progresiva de contenido informativo

La primera crítica destacada a la concepción de la publicidad como producto informativo ofrecida por el Tribunal Supremo no se hizo esperar. Ronald K.L. COLLINS y David M. SKOVER, primero en un artículo titulado “Commerce and Communication”⁴⁴¹ y luego en su libro *The Death of Discourse*⁴⁴², elaboraron una de las críticas más interesantes sobre la doctrina del *Commercial Speech* cuando afirmaron que en la actualidad la mayor parte de mensajes publicitarios no comunican información sobre la existencia, localización y precios de los bienes o servicios, sino que vinculan a éstos con determinadas imágenes o características personales⁴⁴³. Así, por ejemplo, la publicidad audiovisual habría dejado de ser información acerca del producto para convertirse en la oferta de imágenes que asocian productos con personalidades, estilos de vida, actividades y mundos de fantasía. La única excepción, en su caso, la encontraríamos en las páginas de anuncios clasificados de la prensa escrita.

Según Collins y Skover, al alejarse del formato informacional, la comunicación comercial cambia la lógica del discurso: la publicidad absorbe imágenes e ideas —los contenidos del discurso cultural—, las vincula con los productos e imágenes que ofrece

⁴⁴¹ Ronald K.L. COLLINS y David M. SKOVER, “Commerce and Communication”, 71 *Tex. L. Rev.* 697 (1993).

⁴⁴² Ronald K.L. COLLINS y David M. SKOVER, *The Death of Discourse*, Westview Press, Boulder (Colorado), 1996 [existe 2ª ed. en Carolina Academic Press, Durham, 2005].

⁴⁴³ La crítica es heredera de una buena parte de la literatura sobre publicidad escrita durante el siglo XX. Desde hace casi tres cuartos de siglo, muchos autores han venido calificando a la publicidad carente de información directa y contrastable como un mecanismo de persuasión para modificar las preferencias de los consumidores. En su enfoque, la publicidad genera deseos alterando las preferencias de los consumidores y crea un reparto de mercado y una fidelidad a determinadas marcas. Véanse, entre otros, Joan ROBINSON, *Economics of Imperfect Competition*, McMillan and Co., London, 1933; John Kenneth GALBRAITH, *The Affluent Society*, Houghton-Mifflin Co., Boston (MA), 1958; y *The New Industrial State*, Houghton-Mifflin Co., Boston (MA), 1967; Vance PACKARD, *Hidden Persuaders*, D. McKay Co, New York, 1957; y *The Waste Makers*, D. McKay Co, New York, 1969.

y las devuelve, transformadas, a la realidad. La información se convierte en elemento secundario para dar paso a imágenes seductoras de ensueño⁴⁴⁴. Pero, además, este flujo de imágenes y símbolos moldea la personalidad de los consumidores a quienes transforma en fetichistas subyugados por un consumo emocional⁴⁴⁵. El consumidor llega a identificarse con los productos que adquiere y con los servicios que se le prestan: *I buy, therefore I am*⁴⁴⁶.

El panorama que describen Collins y Skover debería iluminar, en opinión de los autores, la doctrina del *Commercial Speech* elaborada por Tribunal Supremo. En este sentido, refieren en primer lugar que, en la inmensa mayoría de casos, la doctrina del *Commercial Speech* se ha cimentado sobre la base de supuestos relacionados con un contenido informativo de la publicidad que es contrastable por los consumidores, una agencia reguladora o, en último término, por los miembros de un tribunal⁴⁴⁷ —en definitiva, sobre casos relativos a la información sobre los precios de los productos, sobre la existencia de servicios o sobre la identificación de productores—. En segundo lugar, argumentan que el Tribunal Supremo nunca ha extendido de forma expresa las consecuencias de la protección constitucional a todo el espectro de comunicaciones comerciales, sino que han sido los comentaristas quienes han ampliado la protección más allá de los anuncios clasificados, es decir, de aquellos discursos comerciales con un contenido informativo contrastable⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Pablo SALVADOR CODERCH, *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 141: “La misma idea de discurso o de texto cede ante el mensaje audiovisual: de la información para reflexionar a la imagen para impresionar”.

⁴⁴⁵ Los publicistas confían excesivamente en su poder para esclavizar los deseos de los consumidores. Uno de los ejemplos más ilustrativos lo constituyen las digresiones sobre la publicidad en la divertida novela de uno de los *insiders* más rebeldes de la industria publicitaria: Frédéric BEIGBEDER, *99 francs*, Éditions Grasset, Paris, 2000 (el título de la novela cambia en función de su precio de venta y de la divisa del país de la traducción): “J’ai trois vagues d’avance, et m’arrange toujours pour que vous soyez frustré. Le Glamour, c’est le pays où l’on n’arrive jamais. Je vous drogue à la nouveauté, et l’avantage avec la nouveauté, c’est qu’elle ne reste jamais neuve. Il y a toujours une nouvelle nouveauté pour faire vieillir la précédente. Vous faire baver, tel est mon sacerdoce. Dans ma profession, personne ne souhaite votre bonheur, parce que les gens heureux ne consomment pas.”

⁴⁴⁶ Ronald K.L. COLLINS y David M. SKOVER, *op. cit.* (1996), p. 88.

⁴⁴⁷ Véanse *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* (425 U.S. 748 (1976)); *Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission* (447 U.S. 557 (1980)); *Metromedia Inc. v. City of San Diego* (453 U.S. 490 (1981)); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Toursim Co.* (478 U.S. 328 (1986)); *Board of Trustees of State University of New York v. Fox* (492 U.S. 469 (1989)).

La crítica de COLLINS y SKOVER, si bien ha alentado el debate en uno de los sectores más controvertidos de la actividad de la *U.S. Supreme Court*, merece diversos reproches, entre los que destacan aquellas respuestas que acentúan su carácter antidemocrático e intelectualmente elitista por cuanto supone un desprecio a la cultura popular de la publicidad. Así, según Rodney A. SMOLLA, el descrédito de la publicidad realizado por COLLINS y SKOVER responde a un sesgo vocacional de la clase académica e intelectual, que siempre ha pretendido imponer sus gustos sobre cualquier tipo de expresión y no sólo la comercial⁴⁴⁹. En la terminología de la *Public Choice Theory*, la crítica constituye una manifestación de *rent-seeking* por parte de cierta *intelligentsia*, que quiere imponer sus gustos estéticos y preferencias culturales. En el mismo sentido, Alex KOZINSKI y Stuart BANNER han señalado que la visión de COLLINS y SKOVER responde a elementos ideológicos y es ahistórica en el sentido de que parte de una visión romántica del pasado olvidando que siempre se ha desdeñado a la cultura popular⁴⁵⁰.

Por otra parte, también se reprocha a COLLINS y SKOVER su visión demasiado inocente de un mercado de las ideas donde las personas intercambian información para asegurarse una toma de decisiones razonada y nunca incurren en comportamientos estratégicos u oportunistas⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ Ronald K.L. COLLINS y David M. SKOVER, *op. cit.* (1996), p. 101, si bien recuerdan que es difícil establecer la frontera entre publicidad informativa y publicidad promocional. En Europa, a partir del *case law* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, algunos autores mantienen que la protección constitucional de la publicidad abarca solamente la información directa y objetiva. Véase, en España, Anxo TATO PLAZA, *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Barcelona, 1996, pp. 111-112. En el mismo sentido, Eric BARENDT, *Freedom of Expression*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford/New York, 2005, pp. 404-405.

Mas la distinción entre publicidad informativa y publicidad promocional es artificial: en este sentido, Terence H. QUALTER, *Advertising and Democracy in the Mass Age*, 1991, p.91 Por otra parte, la oposición entre información y persuasión es consustancial a todo el espectro de expresiones protegidas por la libertad de expresión. Véase *infra* pp. 225 y ss.

⁴⁴⁹ Rodney A. SMOLLA, "Information, Imagery and the First Amendment: A Case for Expansive Protection of Commercial Speech", 71 *Tex. L. Rev.* 777 (1993), pp. 783-784.

⁴⁵⁰ Alex KOZINSKI y Stuart BANNER, "The Anti-History and Pre-History of Commercial Speech", 71 *Tex. L. Rev.* 747 (1993), p. 748-749.

⁴⁵¹ Rodney A. SMOLLA, *op. cit.*, p. 778.

También se ha señalado que la crítica elaborada por COLLINS y SKOVER desconoce el poder de la imaginación como elemento de reflexión⁴⁵². Las ideas de mercado y las imágenes y símbolos que incorpora la publicidad no son, en ningún caso, obstáculos al desarrollo cultural, político o socioeconómico.

Finalmente, la noción de la publicidad como moldeadora de la personalidad de sus espectadores olvida que las decisiones de consumo pueden equivaler a comportamientos expresivos y que la capacidad seductora de la publicidad se desvanece ante preferencias prefijadas⁴⁵³. La decisión de adquirir un turismo o un deportivo añade algo más a la compra de un coche: expresa las preferencias de un consumidor de igual modo que decidirse entre leer a Dan BROWN o a Michel HOUELLEBECQ, resolver ser abogado o poeta, o votar a un partido político o a otro. Por ello, es perfectamente razonable que cuando la publicidad sustituye información contrastable por imágenes, no subyuga a los consumidores, sino que les ofrece símbolos, que permiten que las decisiones de consumo conformen una identidad personal escogida de antemano⁴⁵⁴. En este sentido, la publicidad de determinados bienes o servicios maximiza la utilidad que los individuos obtienen de su consumo⁴⁵⁵,

⁴⁵² Pablo SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 143.

⁴⁵³ Desde una perspectiva crítica, véase el influyente trabajo de Raymond WILLIAMS, "The magic system", 4 *New Left Review* 27 (1960) [traducido al español por Kiko Mora, "El sistema mágico", *Telos. Cuadernos de comunicación, tecnología y sociedad*, núm. 56, julio-septiembre 2004 (disponible en <http://www.campusred.net/telos/clasicosImprimible.asp?idarticulo=1>): "Está claro que tenemos un modelo cultural donde los objetos no son suficientes en sí mismos, sino que necesitan validarse, aunque sea de forma ilusoria, mediante la asociación con significados sociales y personales que, en un modelo cultural diferente, podrían estar directamente a nuestro alcance. La breve descripción de este modelo que tenemos es la magia".

⁴⁵⁴ El discurso comercial puede incluso coadyuvar a la articulación de identidades colectivas. Excede de las pretensiones de este trabajo analizar la publicidad como retrato social de cierta *American way of life*. Más bien trato de referir que la publicidad ofrece imágenes de estilos de vida que puede llevar a sus destinatarios a adoptar decisiones políticas de cambios económicos y sociales. Véase Robert C. POST, *op. cit.*, pp. 19-20

⁴⁵⁵ Diversos modelos económicos sugieren que la publicidad es un *input* de utilidad añadido al *input* de utilidad derivado del propio consumo del bien o servicio. Así, por ejemplo, STIGLER y BECKER sugieren que la utilidad del consumidor proviene del consumo de un conjunto de bienes. Algunos de estos bienes ni se venden, ni se adquieren en el mercado, sino que son producidos mediante una tecnología doméstica que utiliza los productos, los servicios, la publicidad y otras variables (ej.: tiempo) como *inputs*. Un consumidor adquiere un producto en cantidad X a un precio por unidad P_x . El producto y los gastos en la publicidad asociada generan una cantidad Z de bien. El consumo de Z implica un nivel de utilidad U para el consumidor. Por ejemplo, si Y representa el nivel de un bien

puesto que permite a estos últimos asumir un cierto prestigio social dentro del grupo al que quieren integrarse o asegurar o reforzar su estatus⁴⁵⁶.

La construcción de la identidad personal recurre a variedad de elementos⁴⁵⁷ y, entre ellos, la publicidad⁴⁵⁸. Incluso aquella que solamente utilice personajes famosos o persiga reforzar marcas renombradas puede reducir los costes de búsqueda y de proceso de la información que deben soportar los consumidores⁴⁵⁹.

En cualquier caso, interesa destacar que en competencia perfecta el consumidor es quien mejor situado está para valorar la información que se le ofrece, ya sea ésta

compuesto, la relación puede representarse de la siguiente forma: $U = U(Z, Y)$ y $Z = g(A)X$, donde $(U_z, U_y, g(A), g'(A), X, Y) > 0$. La consecuencia inmediata de esta estructura es la relación de complementariedad entre A y X en la producción de Z . Ello explica, entre otras cosas, porque una empresa en un mercado de competencia perfecta puede estar interesada en anunciar sus productos y porque dos empresas que no compiten en un concreto mercado de bienes pueden hacerlo a través de la publicidad, por ejemplo, en el mercado del “prestigio marcario o corporativo”. Véase George J. STIGLER y Gary S. BECKER, “De Gustibus Non Est Disputandum”, *67 American Economic Review* 76 (1977) y Kyle BAGWELL, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

⁴⁵⁶ Yochai BENKLER, *The Wealth of Networks*, *op. cit.* pp. 356 y ss.

⁴⁵⁷ Véanse, en general, George AKERLOF y Rachel KRANTON, “Economics and Identity”, 115 *Q.J.Econ.* 715 (2000); y Claire HILL, “The Newly Discovered Self in Economics”, Berkeley Law and Economics Workshop Working Papers 8 (2005) (http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=berkeley_law_econ). Y, en el ámbito de la filosofía del derecho, Joseph RAZ, “Free Expression and Personal Identification”, en W. J. WALUCHOW (Ed.), *Free Expression: Essays in Law and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1994; pp. 1-30.

⁴⁵⁸ Para dos visiones desde el posmodernismo, véanse Jean BAUDRILLARD, *Crítica de la economía política del signo*, Siglo XXI, México DF, 1991, y, ya en el derecho, Rosemary J. COOMBE, “Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property Law and Democratic Dialogue”, 69 *Tex. L. Rev.* 1853 (1991).

⁴⁵⁹ Sobre el papel de las marcas en el discurso público y la personalidad, véanse Alex KOZINSKI, “Trademarks Unplugged”, 68 *N.Y.U. L. Rev.* 960 (1993); Robert C. DENICOLA, “Trademarks as Speech: Constitutional Implications of the Emerging Rationales for the Protection of Trade Symbols”, 1982 *Wisc. L. Rev.* 158 (1982); Mark A. LEMLEY, “The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense”, 108 *Yale L. J.* 1687 (1999); Jessica LITMAN, “Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age”, 108 *Yale L. J.* 1717 (1999); y Shahar J. DILBARY, “Famous Trademarks and the Rational Basis for Protecting «Irrational Beliefs»”, Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 285 (2006) [disponible en www.ssrn.com].

contrastable o no⁴⁶⁰. De hecho, sin receptor no hay información, porque la información en si no es nada, sino que lo importante es el valor para el destinatario que la procesa. Pero, además, el valor de la información es desconocido antes de adquirirla: la información se asemeja a un bien de experiencia, por cuanto los individuos interesados en obtenerla (tanto con su adquisición como con su producción) desconocen *a priori* sus costes y beneficios. *Ex ante* y sin algunos instrumentos sociales (por ejemplo, la reputación de los oferentes o *reviewers* externos de la información), los individuos desconocen si la información resultará útil y valiosa. Ello sólo es posible durante su obtención o con posterioridad⁴⁶¹. En suma, lo que quiero advertir es que, con independencia del binomio información-persuasión o, si se prefiere, de que la información ofrecida sea contrastable, debe concederse al menos la posibilidad al consumidor para que procese los mensajes que recibe y les asigne un valor, si no se quiere reducir las opciones de aquél y, por ende, limitar su autonomía personal.

4.2.2. ¿Publicidad sin información? La contracrítica de la economía de la información

La contraobjeción que desde la economía de la información podríamos lanzar a COLLINS y SKOVER conforma una tesis casi indiscutible: si bien un anuncio pueda carecer de información sobre las características del producto, al menos, el consumidor puede conocer indirectamente que la empresa está dispuesta a invertir en publicitar sus bienes o servicios, y ello conlleva ciertas consecuencias.

⁴⁶⁰ En la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, resultan ilustrativas las palabras del juez William O. DOUGLAS y su invocación del Presidente JEFFERSON en *Schneider v. Smith* (390 U.S. 17 (1968)): "The purpose of the Constitution and Bill of Rights, unlike more recent models promoting a welfare state, was to take government off the backs of people. The First Amendment's ban against Congress «abridging» freedom of speech [...] create[s] a preserve where the views of the individual are made inviolate. This is the philosophy of Jefferson that the «the opinions of men are not the object of civil government, nor under its jurisdiction»".

⁴⁶¹ Otra característica de la información es que deja de interesar cuando su tasa de retorno es decreciente: imaginemos que nos dicen que han enterrado un tesoro en un terreno. El simple bit de información que localiza el tesoro en la mitad norte o en la mitad sur del terreno reduce las tareas de excavación en un 50 %. La adquisición de un bit adicional, es decir, que indicara el cuadrante del terreno sería todavía más útil. Cuanto más dígitos tuvieran las coordenadas, menos tiempo cavariamos en vano, así que estaríamos dispuestos a pagar por más bits hasta el punto que consideraríamos que estamos tan cerca del tesoro que no valdría la pena adquirir más bits. Véase Steven PINKER, *How The Mind Works*, W.W. Norton & Company, New York/London, 1997, p. 175-176.

A partir de la distinción entre cualidades de búsqueda y de experiencia⁴⁶², Philip NELSON destacó el papel de la información indirecta para el consumidor y, en concreto, para aquellas últimas⁴⁶³. Para NELSON, la publicidad de bienes de experiencia sólo resulta atractiva para el vendedor si genera compras repetidas por el consumidor y, por su parte, la repetición en la adquisición del bien o servicio sólo tiene lugar cuando éstos se adecuan a la calidad esperada por el consumidor. En efecto, la información sobre la inversión que el vendedor realiza en publicidad comunica al consumidor que los bienes o servicios anunciados son de alta calidad.

En este sentido, la publicidad funciona del mismo modo que una garantía para que los productores y vendedores de bienes de alta calidad comuniquen tal característica a los consumidores⁴⁶⁴. Imaginemos un mercado con dos tipos de vendedores, con productos de alta y de baja calidad. Con anterioridad a la adquisición y utilización del bien, los consumidores no son capaces de identificar el grupo de calidad al que pertenece el vendedor individual. Existe una asimetría de información —pues los vendedores conocen a qué tipo pertenecen pero no los consumidores—, y en ausencia de la publicidad u otros mecanismos para superar esta asimetría, los bienes de alta calidad se verán desplazados del mercado: ante la desinformación, los compradores no estarán dispuestos a pagar más que por una calidad media, precio al cual los vendedores de alta calidad serán muy probablemente reacios a vender. Entonces, previendo que los bienes de alta calidad no van a ofrecerse en el mercado, los compradores sólo estarán interesados en pagar por una calidad baja y eso es precisamente lo que van a obtener. Se trata del resultado del *mercado de limones*, expuesto por George AKERLOF⁴⁶⁵.

⁴⁶² Las cualidades de experiencia en un bien son aquellas que no pueden ser observadas antes de la compra y que sólo se manifiestan después de ésta y del uso del bien. Las cualidades de búsqueda, por el contrario, pueden ser apreciadas antes de la adquisición del bien con un cierto coste. Véase Philip NELSON, "Information and Consumer Behavior", *Journal of Political Economy*, Vol. 78, May 1970, p. 311-329.

⁴⁶³ Véase Philip NELSON, "Advertising as Information", *Journal of Political Economy*, 82, August 1974, p. 729-54.

⁴⁶⁴ Véanse Fernando GÓMEZ POMAR, "Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica", *InDret* 4/2001 (www.indret.com), p. 5-7 y Benito ARRUNADA, *Teoría Contractual de la Empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 256-259.

⁴⁶⁵ Véase George AKERLOF, "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", 84 *Quarterly Journal of Economics* 488-500.

Existen trabajos empíricos que relativizan la relación positiva entre publicidad y calidad del producto. En casos de bienes de alta calidad, el productor tiende a comunicar dos mensajes mediante la publicidad: al consumidor con adquisiciones repetidas intenta recordarle la calidad ya experimentada y al potencial consumidor le informa directamente de que un tercero ha contrastado la calidad del producto⁴⁶⁶. Por su parte, trabajos de corte experimental, muestran que cuando la publicidad es excesiva, el consumidor infiere que el productor desconfía de la calidad de su producto y está desesperado por venderlo⁴⁶⁷.

Asimismo, la publicidad puede generar incentivos al productor para aumentar la calidad de sus productos o servicios. En este sentido, la reputación –labrada, entre otros mecanismos, mediante la publicidad– puede servir como freno al comportamiento oportunista de vendedores cuando el comprador va a realizar adquisiciones repetidas de un mismo vendedor. Pero también en los supuestos en los que la repetición, dadas las características del producto, es infrecuente: el vendedor mentiroso pierde su reputación y todo el dinero invertido en sus campañas de publicidad y sus consumidores acudirán a las marcas competidoras cuando se conozcan las noticias sobre la inferior calidad⁴⁶⁸.

En otros casos, los profesionales de algunos sectores tratan de transmitir una imagen de calidad o de capacidad a través de signos externos de consumo. Las más de las gentes desconfiarían de un director general que condujera un coche viejo con la chapa oxidada y vistiera un traje raído. Finalmente, cuando no es posible alcanzar una imagen de prestigio, algunas empresas optan por transmitir una señal de estandarización que garantice la homogeneidad del producto, sea cual sea su lugar de consumo y con independencia de su calidad. Las franquicias de *fast food* son el ejemplo paradigmático.

Para las cualidades de búsqueda, el hecho de la publicidad puede señalar la calidad del bien. También puede reducir costes de búsqueda para el consumidor. Por ello, las empresas tienen un incentivo a ofrecer información directa a los consumidores⁴⁶⁹. De

⁴⁶⁶ Véase, entre otros, Robert B. ARCHIBALD, Clyde HAULMAN y Carlisle MOODY, "Quality, Price, Advertising and Published Quality Ratings", *Journal of Consumer Research*, 9, March 1983, p. 347-356, donde se examina la relación entre la calidad y la publicidad de calzado deportivo.

⁴⁶⁷ Véase Amna KIRMANI y Peter WRIGHT, "Money Talks: Perceived Advertising Expense and Expected Product Quality", *Journal of Consumer Research*, 89.4, December 1989, p. 344-353.

⁴⁶⁸ Fernando GÓMEZ POMAR, *op. cit.*, p.8 n.20.

⁴⁶⁹ Véase Philip NELSON, "Advertising as Information", *Journal of Political Economy*, 82, August 1974, p. 734: "Advertising for experience qualities is dominantly indirect information and advertising for search qualities is dominantly direct information".

todas formas, en las cualidades de búsqueda, el engaño es residual, a excepción de grandes inversiones en costes de búsqueda. Las empresas tienen pocos incentivos a mentir respecto de estas cualidades, porque los consumidores pueden desenmascararlos rápidamente. Por ejemplo, no hay razones importantes para mentir sobre el precio de la transacción.

La comunicación de información no directa no conlleva *per se* una protección constitucional de la publicidad. Sin embargo, puede argumentarse que el estatus constitucional derivaría en su caso de la protección de la eficiencia de mercado o, en otros términos, la libertad de empresa⁴⁷⁰. En suma, la protección de la provisión de información indirecta conlleva ciertos beneficios sociales que redundan en una mejora de la competencia en el mercado y que el Tribunal Supremo ha identificado como una disminución en los precios de los productos y servicios⁴⁷¹ y como la eliminación de las barreras de entrada para los competidores en un determinado mercado⁴⁷².

4.2.3. ¿*Omnis mercator, mendax?*: persuadir no siempre es engañar

En la estela de COLLINS y SKOVER y echando mano del movimiento *Law & Behavioral Science*⁴⁷³, algunos autores han afirmado que la falta de información directa de determinados discursos comerciales se aprovecha de los sesgos cognitivos de los consumidores junto con la capacidad efectiva de la publicidad para seducirlos y así alterar sus preferencias haciéndoles creer que necesitan bienes y servicios cuando en realidad podrían prescindir de ellos. En definitiva, para esta crítica, la persuasión equivale a engaño, lo que convierte a cualquier anunciante que no utilice información contrastable en sus comunicaciones en un mentiroso⁴⁷⁴. La mentira es inherente a la

⁴⁷⁰ Muchos autores rehuyen una interpretación de la libertad de expresión en términos de eficiencia económica. Véase *infra* pp. 238 y ss.

⁴⁷¹ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 (1976)).

⁴⁷² *Bates v. State Bar of Arizona* (433 U.S. 350 (1977)).

⁴⁷³ El trabajo pionero es Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, "Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases, 185 *Science* 1124 (1974). Daniel Kahneman (1934-) recibió el Premio Nobel de Economía en 2002 por sus trabajos en el campo de la psicología y la economía, que posiblemente hubiera compartido con Amos Tversky si éste no hubiera fallecido en 1996.

⁴⁷⁴ Véase Paul HORWITZ, "Free Speech as Risk Analysis: Heuristics, Biases, and Institutions in the First Amendment", 76 *Temple Law Review* 1, Spring 2003, p. 60: "As commercial speech has become less a vehicle for the direct transmission of information, and more a vehicle for the transmission of

publicidad sin información medible, por lo que, dado el estándar de protección actual ofrecido por el Tribunal Supremo, podría incluso entenderse que no queda protegido por la Primera Enmienda cualquier mensaje publicitario que apele a la emoción.

Para estos autores, la principal crítica a la doctrina del *Commercial Speech* elaborada por la *Supreme Court* es que concibe a los consumidores como actores racionales cuando ello es equivocado. Por ejemplo, véase el siguiente párrafo extraído de *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 (1976)) :

“There is [...] an alternative to this highly paternalistic approach. That alternative is to assume that this information is not in itself harmful, that people will perceive their own best interests if only they are well enough informed, and that the best means to that end is to open the channels of communication rather than to close them. [...] But the choice among these alternatives approaches is not ours to make. [...] It is precisely this kind of choice, between the dangers of suppressing information, and the dangers of its misuse if it is freely available, that the First Amendment makes for us”.

Así, se dice, los miembros del tribunal parten del presupuesto de la racionalidad como elemento normativo y lo confunden en el plano descriptivo⁴⁷⁵. Para tal afirmación, estos autores recurren a la literatura sobre percepción de riesgos en el campo de la responsabilidad por producto defectuoso⁴⁷⁶.

images, symbols, and the sending of signals about the ‘lifestyle’ to which a product is supposed to correspond, more commercial speech has become broadly ‘misleading’ even as it becomes more difficult to judge the truth or falsity of that speech”. Si bien el autor citado propone que el Tribunal Supremo asuma un papel menos deferente para con el discurso comercial, también recuerda que es posible que este trato pueda tener efectos colaterales en otras áreas de la libertad de expresión (p. 59). Véase también Tamara R. PIETY, “Merchants of Discontent: An Exploration of the Psychology of Advertising, Addiction and the Implications for Commercial Speech”, 25 *Seattle University Law Review* 377 (2001), p. 390: “[...] Much advertising is calculated to appeal to emotions and pre-rational thought processes, it is often image-based, relying on the visual, symbolic linking of the product to pictures and symbols. [...] Trying to test such advertising for its ‘truth’ seems virtually hopeless”. En un sentido similar, Richard MOON, “Lifestyle Advertising and Classical Freedom of Expression Doctrine”, 36 *McGill L. J.* 76 (1991).

⁴⁷⁵ Tamara R. PIETY, *op. cit.*, p. 383 y 398.

⁴⁷⁶ Véanse por todos Jon D. HANSON y Douglas A. KYSAR, “Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation” 74 *New York University Law Review* 630 (1999); “Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation”, 112 *Harvard Law Review* 1420

No es incorrecto afirmar que la publicidad recurre a elementos afectivos y de experiencia enfatizando factores persuasivos como la emoción y el impulso (por ejemplo, incremento del humor en el anuncio, manipulación de la frecuencia de visión y simplificación de las alegaciones en el anuncio), pero sí derivar de ello la práctica de un consumo irreflexivo, que significa estar cogido, más por fuerza que de grado, en la trampa de un sistema capitalista alienante⁴⁷⁷. Este tipo de críticas suele recrearse en referir las técnicas utilizadas por la publicidad para engañar al consumidor, entre las que podríamos destacar⁴⁷⁸:

- a) Reducción de palabras en los mensajes publicitarios: estudios empíricos han demostrado que los consumidores escogen antes aquellos productos cuyos anuncios presentan un escaso contenido informativo por cuanto su esfuerzo cognitivo para analizar el mensaje es menor. Otros estudios, sin embargo, muestran como un exceso informativo puede conducir a los destinatarios a centrarse más en el elemento persuasivo del anuncio, esto es, en la parte captatoria del mensaje⁴⁷⁹.

(1999); y "Taking Behavioralism Seriously: A Response to Market Manipulation", 6 *Roger Williams University Law Review*, 259 (2000).

⁴⁷⁷ John E. CALFEE resume bien la evidencia empírica sobre los mecanismos a través de los cuales los consumidores desconfían de las comunicaciones comerciales y obtienen información relativa a los productos y servicios que se les ofrecen, así como de las características del contrato propuesto. Véase John E. CALFEE, *Fear of Persuasion. A New Perspective on Advertising and Regulation*, Agora-American Enterprise Institute Press, Monnaz, 1997, pp. 37 y ss.

⁴⁷⁸ En lo que sigue, utilizo los ejemplos citados por Sarah C. HAAN, "The «Persuasion Route» of the Law: Advertising and Legal Persuasion", 100 *Columbia Law Review* 1281, June 2000, pp. 1296-1305. El mayor interés de este trabajo radica en el análisis de la doctrina del *Commercial Speech* como éxito de la industria publicitaria americana, que habría engatusado a los miembros del Tribunal Supremo USA, aprovechándose de sus sesgos cognitivos, para que compraran los argumentos relativos a la protección constitucional de la publicidad. Así, los *amici curiae* en los recursos ante el Tribunal Supremo habrían utilizado tres estrategias diferentes: el uso de argumentos de hecho afirmados con seguridad pero sin corroborar, la utilización de elementos visuales para enfatizar los argumentos de hecho y sustituir su corroboración y la utilización del mismo argumento en diferentes *briefs* y en diferentes casos con la finalidad de hacer el argumento familiar y presentarlo como creíble. Véanse especialmente pp. 1306-1323.

⁴⁷⁹ No en vano, la llamada parte captatoria del mensaje publicitario es un elemento de control del engaño. Véase en extenso Anxo TATO PLAZA, "En torno al relieve jurídica de la denominada 'parte captatoria' de la publicidad", *Autocontrol* núm. 89, octubre 2003.

- b) Creación de empatía mediante la utilización de dibujos animados o de anuncios con contenido humorístico: estudios han revelado que la creación de sentimientos favorables por los anuncios incrementa la preferencia por los productos anunciados así como se relaciona inversamente a la percepción de los riesgos de un producto.
- c) Repetición y frecuencia del mensaje: la repetición continuada de una alegación incrementa la credibilidad del mensaje (*Truth Effect*). Además la frecuencia de mensajes repetidos hace olvidar la existencia de una fuente poco fiable (*Sleep Effect*).
- d) Uso de las llamadas «rutas de persuasión periféricas»: elementos como la música permiten que el mensaje pueda llegar a su audiencia sin que ésta esté atenta.

Incluso en algunas ocasiones, pueden saturarse las facultades cognitivas de los destinatarios de la publicidad. Los anunciantes se aprovechan de los sesgos cognitivos de los consumidores para crearles necesidades y se presentan a sí mismos como portadores de una salvación ficticia. Una de las críticas más furibundas a la publicidad, destacable más por su exageración que por su acierto, es la que compara la publicidad con la adicción, por cuanto ambas generan expectativas de los productos que ofrecen como símbolos de deseos humanos de ordinario tales como el amor, la autoestima, el estatus, la felicidad y la libertad⁴⁸⁰. Al igual que los productos adictivos, la publicidad crearía necesidades que después es incapaz de satisfacer porque sólo vende humo. Ofrece fantasía y escapismo como solución fácil a los problemas diarios que ella misma genera: frustraciones y complejos: “Los anunciantes conocen que cosas como las relaciones, la autoestima o el amor no pueden ser proporcionados por un producto. Sin embargo, la publicidad coloca los objetos que tiene que vender en el lugar de la respuesta a estos deseos. En este sentido, el engaño es consubstancial a la publicidad del mismo modo que lo es a la adicción”⁴⁸¹. La crítica reduce a la publicidad a un mero discurso alienante y a los anunciantes a meros camellos ofreciendo chutes de heroína (*quick fix*) como solución a los problemas que ellos mismos generan.

Los autores que identifican persuasión con engaño olvidan que la práctica totalidad de discursos se aprovechan de determinados sesgos cognitivos de sus destinatarios. Uno

⁴⁸⁰ Tamara R. PIETY, *op. cit.*, p. 387.

⁴⁸¹ Tamara R. PIETY, *op. cit.*, p. 433.

de los ejemplos más destacables es el de la comunicación visual en las artes gráficas⁴⁸². Por ejemplo, muchas obras de arte o diseño recurren a la utilización de la sección áurea, esto es, a la división armónica de una recta mediante la que el segmento menor es al segmento mayor, como este es a la totalidad de la recta. Obras pictóricas clásicas como *La Anunciación* de Leonardo da Vinci (1452-1519), planos cinematográficos como algunos de los filmados por Sergei Eisenstein (1898-1948) en *El acorazado Potemkin*, e incluso diseños contemporáneos como las bandas magnéticas de las tarjetas de crédito recurren a este esquema compositivo, ya sea de forma intuitiva o conociendo su impacto en la predisposición a aceptarlos de los espectadores. Pues bien, la mayoría de autores sostienen que la preferencias por diseños que contienen la sección áurea responden a estructuras cognitivas innatas⁴⁸³. Lo mismo ocurre con la elección de colores: los espectadores tienen más facilidad para procesar información visual formada por colores complementarios. Sin embargo, a ningún autor atento a la persuasión se le ha ocurrido nunca censurar este tipo de expresiones artísticas.

Lo mismo ocurre con el diseño de los dibujos animados: trabajos de corte empírico han enseñado como personajes con cabeza más grande en proporción al cuerpo, con una amplia frente, ojos grandes y boca pequeña despiertan un sentimiento de protección en sus destinatarios, respuesta innata no muy diferente a la de una hembra con sus cachorros⁴⁸⁴. Tampoco nos consta que ninguna persona haya iniciado una cruzada contra unos personajes de animación por estos motivos.

Asimismo, el discurso político –que se halla en el núcleo duro de la libertad de expresión en cualquier sociedad democrática– recurre a menudo y de antiguo, ya sea con trucos o con sofismas, a la retórica, que, valga recordar, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define como “arte de bien decir, de dar al lenguaje escrito o hablado eficacia bastante para deleitar, persuadir o conmover”.

⁴⁸² Véanse, por todos, Rudolph ARNHEIM, *Art and visual perception: A Psychology of the creative eye*, University of California Press, London, 1974 (Traducción española de María Luisa Balseiro); D. E. BERLYNE, *Aesthetics and psychobiology*, Appleton-Century-Crofts, New York, 1971, e Irenäus EIBL-EIBESFELDT, “The Biological Foundation of Aesthetics” en I. RENTSCHLER, B. HERZBERGER y D. EPSTEIN (Eds.), *Beauty and the Brain: Biological Aspects of Aesthetics*. Birkhäuser Verlag, Boston, 1988.

⁴⁸³ Véase Christopher D. GREEN, “All That Glitters: A Review of Psychological Research of the Golden Section”, *Perception* 24, 937-968, 1995.

⁴⁸⁴ Ya en Konrad Z. LORENZ, “Ganzheit und Teil in der tierischen und menschlichen Gemeinschaft”, 9 *Studium Generale* 555 (1950).

En definitiva, el aprovechamiento de sesgos cognitivos es propio de todo tipo discursos como lo es propio de la práctica totalidad de aspectos de la vida diaria. La extendida utilización de fórmulas heurísticas, como mínimo en muchos casos, responde sin duda a mecanismos de adaptación evolutiva: sin este tipo de sesgos mentales, la tarea de tomar incluso aquellas decisiones más sencillas sería tan compleja que la vida cotidiana se pararía en seco⁴⁸⁵.

La crítica también olvida que la jurisprudencia de la *U.S. Supreme Court* no desconoce la utilización en el discurso de elementos emotivos o persuasivos que se valen de los sesgos cognitivos de la audiencia al procesar la comunicación. Así, los miembros del tribunal dan por supuesta la existencia de una función comunicativa dual. Por ejemplo, en *Cohen v. California* (430 U.S. 15 (1971)), la revisión del arresto de una persona por llevar una chaqueta con la inscripción "Fuck the Draft" en un juzgado, el Tribunal resolvió que:

"[B]uena parte de las expresiones lingüísticas tienen una función comunicativa dual: comunica no sólo ideas capaces de ser explicadas con precisión y objetividad, sino también emociones. De hecho, escogemos a menudo las palabras por su fuerza emotiva y cognitiva. No podemos aceptar la visión de que la Constitución [...] no tenga ninguna consideración por la función emotiva que, a la práctica, puede ser el elemento más importante del mensaje a comunicar.

Finalmente, y en este sentido, no podemos consentir que se crea que prohibiendo determinadas palabras no se corre un riesgo sustancial de suprimir determinadas ideas."⁴⁸⁶

Por último, los consumidores disponen de mecanismos de diferente alcance para reducir sus sesgos y mitigar los problemas asociados a la persuasión⁴⁸⁷. Por ejemplo, en

⁴⁸⁵ Russell B. KOROBKIN y Thomas S. ULEN, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", 88 *Cal. L. Rev.* 1051 (2000), p. 1076. Véase también Owen D. JONES y Timothy H. GOLDSMITH, "Law and Behavioral Biology", 105 *Columbia L. Rev.* 405 (2005).

⁴⁸⁶ Ya antes, en *Winters v. New York* (333 U.S. 507 (1948)), el Tribunal Supremo había resuelto que "[l]a protección de la libertad de expresión no alcanza sólo a las ideas. La frontera entre informar y entretener es demasiado tenue para la protección de tal derecho básico. Todo el mundo está familiarizado con ejemplos de propaganda mediante la ficción. Lo que para unos es puro divertimento para otros es educación". En *Cohen v. California* (430 U.S. 15 (1971)): "Lo que para unos es vulgar, para otros es poesía".

Estados Unidos, 6.800.000 personas están suscritas a revistas sobre temas de protección de consumidores⁴⁸⁸. Otra fuente importante en este ámbito es el aprendizaje⁴⁸⁹. Stefano DELLA VIGNA y Ulrike MALMENDIER han demostrado que en casos en que consumidores conocen sus sesgos pero no pueden superarlos por si solos, las empresas estarán interesadas en ofrecer mediante contrato los mecanismos para superar la falta de autocontrol en sus decisiones de consumo y alcanzar resultados eficientes⁴⁹⁰. Por otra parte, se ha destacado que los consumidores poseen mayores incentivos a superar sus errores que los responsables de la intervención pública: por una parte, los consumidores tienen mayores alicientes a escoger bien cuando compran que cuando votan y, por otra, resulta más difícil persuadir a millones de consumidores que a un conjunto de funcionarios en una Agencia reguladora⁴⁹¹.

4.2.4. Autonomía del emisor c. autonomía del receptor

Con todo, no niego que los sesgos cognitivos de los consumidores no puedan presentar una determinada relevancia jurídica, aunque este tema siempre acabará pivotando sobre otro muy manido, el de los límites del paternalismo jurídico.

Las intervenciones paternalistas, definidas de ordinario como aquellas interferencias del Estado o de un individuo sobre una persona, en contra de su voluntad, justificadas en la creencia de que con ellas se le beneficiará o se le evitará un daño⁴⁹², no cuentan con buena prensa. Sin embargo, en los últimos años, la literatura sobre *Behavioral Law and Economics* ha alentando el debate en torno al paternalismo y, en consecuencia,

⁴⁸⁷ John E. CALFEE, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

⁴⁸⁸ Edward L. GLAESER, "Paternalism and Psychology", 73 *U. Chi. L. Rev.* 133 (2006), p. 141.

⁴⁸⁹ *Ibidem*. Véase también Richard A. EPSTEIN, "Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections", 73 *U. Chi. L. Rev.* 111 (2006).

⁴⁹⁰ Véase Stefano DELLA VIGNA y Ulrike MALMENDIER, "Contract Design and Self-Control: Theory and Evidence", 119 *Quarterly Journal of Economics* 353 (2004).

⁴⁹¹ Véase, en general, Edward L. GLAESER, *op. cit.*, pp. 142-148.

⁴⁹² Gerald DWORKIN, "Paternalism" en Edward N. ZALTA (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, entrada revisada en 2005 (<http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>).

algunos autores han aceptado las bondades de cierto paternalismo, especialmente, en su versión débil o blanda⁴⁹³ o asimétrica⁴⁹⁴.

Mientras que el paternalismo duro consiste en intervenciones que limitan las opciones de elección de sus destinatarios –como la obligación de llevar cinturón de seguridad o la prohibición de utilización de determinadas sustancias–, su versión blanda está dirigida a la modificación de la conducta pero sin coartar las opciones de comportamiento. Por su parte, el término paternalismo asimétrico hace referencia a aquellas intervenciones que conllevan, con arreglo a la heterogeneidad de los individuos, beneficios sustanciales a aquellos grupos sociales que sufren de racionalidad limitada sin imponer costes excesivos a los que no la sufren. Por ejemplo, en los contratos con consumidores, obligar a un período de reflexión (*cooling off period*)⁴⁹⁵ puede resultar útil a algunos consumidores, aquellos más impulsivos, para deshacerse de decisiones de consumo irracional.

Con todo, algunos autores han rechazado el paternalismo blando. Sus argumentos pueden resumirse como siguen:

- (1) Supone un impuesto emocional sobre la conducta sin reflejo en las arcas públicas: algunas intervenciones, como las campañas anti-tabaco y anti-obesidad, estigmatizan algunos comportamientos y reducen los niveles de utilidad de aquellos que continúan realizándolos sin que se produzca ninguna transferencia de riqueza (*deadweight loss*)⁴⁹⁶. Esto es, actúan como un impuesto que desplaza la demanda de un bien o una actividad disminuyendo su cantidad⁴⁹⁷.

⁴⁹³ Richard. H. THALER y Cass R. SUSNTEIN, “Libertarian Paternalism”, 93 *Am. Econ. Rev.* 175 (2003) y Cass R. SUNSTEIN y Richard H. THALER, “Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron”, 70 *U. Chi. L. Rev.* 1159 (2003).

⁴⁹⁴ Colin CAMERER *et al.*, “Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for «Asymmetric Paternalism»”, 151 *U. Pa. L. Rev.* 1211 (2003).

⁴⁹⁵ Por ejemplo, el plazo de 7 días para la revocación del contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil previsto en el artículo 5 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (BOE núm. 283 de 26.11.1991).

⁴⁹⁶ Edward L. GLAESER, *op. cit.*, p. 150.

⁴⁹⁷ George LOEWENSTEIN y Ted O'DONOGHUE, “«We Can Do This the Easy Way or the Hard Way»: Negative Emotions, Self-Regulation, and the Law”, 73 *U. Chi. L. Rev.* 183 (2006), p. 199.

No obstante, podría entenderse que sí se genera una transferencia: los defensores de la medida pueden ver aumentar su utilidad al comprobar que cada vez hay menos fumadores y menos obesos en la sociedad y, en definitiva, se impone su concepción del bien *común* en el resto de la sociedad⁴⁹⁸.

- (2) Puede implicar decisiones incorrectas del mismo modo que el paternalismo duro (*Risk Government Error*). Una determinada intervención estatal puede estar fundada en concepciones erróneas o sesgadas⁴⁹⁹. Dada su capacidad para modificar el comportamiento de los ciudadanos, es posible que dé lugar a una toma errónea de decisiones.
- (3) Al igual que el paternalismo duro, puede, por una parte, reducir los incentivos de los consumidores a recabar información y a participar en procedimientos de aprendizaje tendientes a incrementar los niveles de racionalidad; y, por otra, puede exacerbar comportamientos irracionales debido a que tales regulaciones conllevan algún grado de riesgo moral, esto es, el consumidor será menos precavido en el mercado, pues confiará en que el Estado ya vigila por él⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ Dan M. KAHAN y Donald BRAMAN, basándose en la *cultural theory of risk*, han demostrado que la percepción de riesgos o del interés general que permite justificar una intervención legislativa no viene únicamente condicionada por sesgos cognitivos sino también por preferencias culturales, que expresan normas sociales. Desde este punto de vista, la pertenencia a un determinado grupo cultural (igualitario, individualista o jerárquico, siguiendo la terminología de los antropólogos Mary DOUGLAS y Aaron WILDARSKY) predetermina la percepción del peligro e inclina a los individuos a favorecer el control de unos riesgos frente a otros apelando a razones normativas. Véase, en general, Dan M. KAHAN y Donald BRAMAN, "Cultural Cognition and Public Policy", 24 *Yale L. & Pol'y Rev.* 149 (2006).

⁴⁹⁹ Edward L. GLAESER, *op. cit.*, p. 151. En este sentido, el debate también se ha circunscrito en el más general sobre qué poder público debe asumir las competencias para determinar la validez de determinadas intervenciones y la concreción de los riesgos que quieren prevenirse o evitarse. Véanse sobre este debate Cass R. SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, quien, para evitar la influencia de miedos irracionales en el Parlamento y su producción legislativa, propone la delegación de tales decisiones a una agencia reguladora independiente; y su crítica en Dan M. KAHAN, Paul SLOVIC, Donal BRAMAN y John GASTIL, "Fear of Democracy. A Cultural Evaluation of Sunstein on Risk", 119 *Harv. L. Rev.* 1071 (2006).

⁵⁰⁰ Jonathan KLICK y Gregory MITCHELL, "Government Regulation of Irrationality: Moral and Cognitive Hazards", 90 *Minn. L. Rev.* 1620 (2006), pp. 1625-1626.

- (4) Su control público es mucho más difícil que el control del paternalismo duro, por cuanto es más ambiguo y difuso, y tiene un impacto menos sobresaliente⁵⁰¹. Los ciudadanos pueden fiscalizar con mayor facilidad medidas de paternalismo duro, al comportar por lo general prohibiciones, que otras de paternalismo blando, que no proscriben ninguna forma de comportamiento y sólo ponen los incentivos para favorecer una de ellas por parte de aquéllos.
- (5) Dadas las dificultades en su control, resulta más atractivo a los ojos de los políticos que el paternalismo duro⁵⁰². Una medida poco fiscalizable disminuirá menos el apoyo electoral que una prohibición, que será percibida en primera persona por aquellos votantes afectados.
- (6) Puede estigmatizar conductas e incrementar los niveles de odio o rechazo en la población, reduciendo la estabilidad social⁵⁰³. Una medida de paternalismo blando continúa permitiendo la realización de una actividad pero expresa su carácter indeseable, dañino o irresponsable. Se reduce, en efecto, la reputación social de aquellos ciudadanos que prosiguen con la actividad.
- (7) Lleva a formas de paternalismo duro, como lo demuestra la historia de la regulación contra el tabaco⁵⁰⁴. Medidas blandas tienden a generar el descrédito social de determinadas actividades y a reducir su cantidad. A medio o a largo plazo, crean un clima favorable para más regulaciones y más intensas.
- (8) Requiere una infraestructura institucional destinada a persuadir a los ciudadanos, con una burocracia especializada en la regulación de la información y en las posibilidades de incentivar determinadas conductas. Existe el riesgo de que esta infraestructura pueda ser utilizada para cambiar las percepciones sobre materias ajenas al comportamiento en cuestión (*mind control* y *propaganda*) y, en definitiva, menoscabar su legitimación democrática.

SUNSTEIN ha objetado que las intervenciones de paternalismo blando serán inevitables⁵⁰⁵ y que ningún sistema jurídico carece de normas de derecho privado

⁵⁰¹ *Ibidem*, pp. 151-152.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 152.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 153.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 154.

⁵⁰⁵ Cass R. SUNSTEIN, "Boundedly Rational Borrowing", 73 *U. Chi. L. Rev.* 249 (2006), pp. 258-259.

dispositivo, a pesar de la repercusión que éstas tienen en la formación de gustos y preferencias y en los cambios de conducta⁵⁰⁶. Para SUNSTEIN, si bien sin aportar fundamentos empíricos, las injerencias en la autonomía individual podrán estar justificadas en determinadas ocasiones⁵⁰⁷.

En los epígrafes anteriores, nos hemos referido a supuestos en los que la regulación de la información comercial suponía o podía suponer una injerencia en la autonomía de los consumidores, en cuanto limitaban su acceso a la información y reducían, en efecto, sus posibilidades de decisión. Sin embargo, es imaginable una regulación tendiente a la mejora de la autonomía de aquéllos⁵⁰⁸, puesto que un mandato de abstención a los poderes públicos no tiene nada que ver *per se* con la autonomía personal⁵⁰⁹, ya que otros sujetos privados pueden también constreñirla⁵¹⁰ y el derecho puede forzar a estos a internalizar los costes que generan o, en algunos casos, llegar a prohibir determinadas conductas.

Por ello, no siempre deberán considerarse contrarias a la autonomía personal leyes que limiten el margen de maniobra de unos para reforzar el de otros⁵¹¹; por ejemplo,

⁵⁰⁶ Véase, por todos, Eric J. JOHNSON y Daniel GOLDSTEIN, "Do Defaults Save Lives?", 302 *Science* 1138 (2003).

⁵⁰⁷ Daniel B. KLEIN ha objetado, además, que el fundamento en el que se apoyan Sunstein, Thaler y otros defensores de formas de paternalismo blando —la racionalidad limitada— ya había sido tenido en cuenta en obras canónicas del liberalismo político en contra de intervenciones en la autonomía de los ciudadanos. Véase Daniel B. KLEIN, "Statist Quo Bias", 1 *Econ Journal Watch* 260 (2004), especialmente, pp. 265-266.

Otra crítica reseñable refiere que las conclusiones derivadas por la literatura sobre *Behavioral Law & Economics* a partir de la racionalidad limitada no están suficientemente fundadas en datos empíricos y no mejoran el poder explicativo de la teoría clásica de precios. En este sentido, limitándose a la literatura sobre tarjetas de crédito, condiciones generales de la contratación y colocación de productos en estantes de supermercados, véase Joshua D. WRIGHT, "Behavioral Law and Economics, Paternalism, and Consumer Contracts: An Empirical Perspective", 2 *NYU Journal of Law & Liberty* 470 (2007).

⁵⁰⁸ Cfr. Con Robert C. POST, "Meiklejohn's Mistake", *op. cit.*, pp. 1120-1123, para quien una regulación en fomento de la autonomía es un oxímoron.

⁵⁰⁹ Yochai BENKLER, "Sirens Songs and Amish Children", *op. cit.*, p. 50.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 51.

⁵¹¹ *Ibidem*. En el derecho español, puede plantearse el problema relativo a qué precepto constitucional vincular un bien o un valor como la autonomía individual y, en concreto, si insertarlo en el marco de

mediante normas que traten de minimizar o corregir las asimetrías de información en el marco de una relación de dependencia⁵¹². En otros términos y dejando de lado otros factores que pueden inclinar el fiel hacia uno u otro lado de la balanza de la ponderación, puede resultar valiosa socialmente una norma que reduzca la autonomía del emisor de información si con ella se incrementa la de sus receptores.

En determinados escenarios, algunos sujetos se sitúan en una relación de dependencia o confianza con otros, a los que se presentan como grupo vulnerable⁵¹³, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones entre abogado y cliente y médico y paciente. En la mayoría de ocasiones, las comunicaciones entre estos sujetos carecerán de una finalidad promocional y conformarán el objeto de la prestación en el marco de un contrato de arrendamiento de servicios, mas a pesar de ello han sido también analizadas desde el prisma de la libertad de expresión⁵¹⁴. En general, la relación de vulnerabilidad y confianza ha propiciado que los remedios contractuales y extracontractuales hayan desplazado una posible defensa del profesional fundada en la libertad de expresión.

Por otra parte, los efectos que la autonomía individual puede desplegar sobre las consideraciones de política legislativa y la evaluación de su constitucional también dependerán de otros factores. En primer lugar, deberá tenerse en cuenta el modo en que se presenta o se obliga a presentar la información. Por ejemplo, incidirán de manera diferente sobre la autonomía una regulación que restrinja parcialmente la información sobre una determinada materia, que la suprima totalmente o que, en su caso, obligue a realizar determinadas aseveraciones (*compelled disclosures*). En segundo

la libertad de expresión o ascribirlo a un valor superior del ordenamiento como la “libertad” (art. 1.1. CE) o los “derechos inviolables” (art. 10 CE). Entre otros, apoyan esta segunda tesis Luis PRIETO SANCHÍS, *op. cit.*, pp. 160-166 y Francisco TOMÁS Y VALIENTE, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa* 15-16 (1994), p. 642.

⁵¹² Douglas A. KYSAR ha defendido la necesidad de obligar a fabricantes a revelar cierta información en las comunicaciones comerciales y otras manifestaciones en aras a proteger la autonomía y las funciones expresivas de los consumidores concienciados con un consumo responsable y sostenible. Véase Douglas A. KYSAR, “Preferences for Processes: The Process/Product Distinction and the Regulation of Consumer Choice”, 118 *Harv. L. Rev.* 525 (2004).

⁵¹³ Robert C. POST, “The Constitutional Status of Commercial Speech”, *op. cit.*, p. 23.

⁵¹⁴ Véase, por ejemplo, Lawrence O. GOSTIN, “Health, Communication, and Behavior: Freedom of Expression”, Georgetown Public Law Research Paper No. 242592, 2000 (disponible en www.ssrn.com).

lugar, también deberán tenerse en cuenta las características particulares del grupo de sujetos a los que se dirige⁵¹⁵.

La protección de los grupos especialmente vulnerables ha sido también objeto de regulación por la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales. Así, su artículo 5.3. establece que “[l]as prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal”.

Un caso reciente del Tribunal Supremo Federal norteamericano también se fundamenta en la idea de que cuando mayor sea la vulnerabilidad de quien recibe un discurso, menos inconvenientes habrá para regular o prohibir este discurso. En la sentencia de 21 de junio de 2007 al asunto *Tennessee Secondary School Athletic Association v. Brentwood Academy* (551 U.S. __ (2007)), el Tribunal tuvo que examinar si la aplicación de una regla adoptada por una asociación privada que prohibía a entrenadores de equipos deportivos de *high schools* reclutar bajo presión a estudiantes del primer ciclo de educación secundaria era contraria a la libertad de expresión.

El entrenador del equipo de fútbol americano del instituto Brentwood envió cartas a un grupo de estudiantes invitándoles a los entrenamientos y explicando que “apuntándose lo antes posible repercutiría en beneficio propio”. La «Tennessee Secondary School Athletic Association» (TSSAA), una organización sin ánimo de lucro dedicada a la regulación del deporte interescolar, resolvió que estos hechos vulneraban una de sus normas que prohibía el ejercicio de una influencia indebida en el reclutamiento de deportistas y sancionó a Brentwood con una multa y la expulsión de algunos de sus equipos de las ligas deportivas por un período de dos años.

⁵¹⁵ La protección de los grupos especialmente vulnerables ha sido también objeto de regulación por la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales: Art. 5.3. “Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal”.

El instituto demandó a la asociación por vulneración de la libertad de expresión. La *District Court* estimó la demanda, que fue confirmada por la *Court of Appeals* (442 F. 3d 410 (2006)). El Tribunal Supremo estima el recurso de la asociación y considera que la regla no es contraria a la Primera Enmienda.

Para el Tribunal, la regla persigue evitar estrategias que lleven a la explotación de los estudiantes, a distorsionar la competencia entre los diferentes equipos y a primar un ambiente que premie más los éxitos deportivos que los académicos. En la protección de tales intereses, la regla no viola la libertad de expresión, pues en la jurisprudencia del tribunal en torno a la Primera Enmienda, existe una distinción entre discursos dirigidos al público en general y otros individualizados y realizados en un ambiente de sujeción. En estos últimos, la protección de la autonomía del destinatario de un mensaje se impone como límite a la libertad de expresión del emisor⁵¹⁶.

5. Comunicaciones comerciales y eficiencia económica

Hasta aquí hemos descrito tesis sobre lo que, para algunos, debe ser la libertad de expresión. En este epígrafe, en cambio, centramos la atención en una tesis sobre lo que no debe ser: sobre aquellas funciones que se quieren ajenas a tal derecho fundamental.

Según el Tribunal Supremo federal de los EE.UU., proteger constitucionalmente la expresión de información comercial comporta importantes externalidades positivas: favorece una toma de decisiones informada y de confianza; produce una disminución en los precios de los productos y servicios; y elimina las barreras de entrada para los competidores en un determinado mercado. En definitiva, la desregulación de las comunicaciones comerciales por obra de su protección constitucional incrementa los niveles de eficiencia en el mercado.

La argumentación utilizada por el Tribunal Supremo, como ya he avanzado, estuvo muy influida por los trabajos económicos desarrollados por la Escuela de Chicago y, en especial, por George J. STIGLER y Ronald COASE. Las tesis preconizadas desde Chicago

⁵¹⁶ En este sentido, el Tribunal cita su jurisprudencia en materia de restricciones a la publicidad de abogados destinadas a la protección de clientes potenciales ante prácticas de promoción agresivas en situaciones de vulnerabilidad (*Bates v. State Bar of Arizona* y *Ohralik v. Ohio State Bar*), en contraposición a otros supuestos en los cuales el Tribunal anuló algunas restricciones por ser desproporcionadas y aplicarse a supuestos de clientes no vulnerables (*Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio*, *Shapero v. Kentucky Bar Association* y *Edenfield v. Fane*). Véase *supra* pp. 92 y ss.

en defensa del libre mercado recurren a dos vías: una de carácter deóntico, analizada en el epígrafe precedente, y que apela a la superioridad moral intrínseca de la autonomía individual en la toma de decisiones de consumo, y otra, de carácter consecuencial, que considera que un planeamiento descentralizado por parte de multitud de individuos realizando transacciones económicas libres produce mejores resultados que una economía centralizada donde la autoridad decide lo que se produce y asigna los recursos sin tener en cuenta el juego de la oferta y la demanda.

Para algunos autores, este razonamiento consecuencial o, en definitiva, la salvaguarda del mercado y su funcionamiento eficiente no son ni deben ser función de la libertad de expresión. Así, Robert C. POST afirma que “[i]t is both implausible and damaging to the First Amendment to view it as a repository of micro-economic theory, as the champion of a particular (and contested) view of proper market functioning”⁵¹⁷ y que tales argumentos utilizados por el Tribunal Supremo norteamericano deben ser excluidos del debate sobre la protección constitucional de las comunicaciones comerciales⁵¹⁸. En un sentido similar, JACKSON y JEFFRIES han afirmado que “aggregate economic efficiency and consumer opportunity to maximize utility in a free market [are values] not appropriate for judicial vindication under the first amendment”⁵¹⁹.

El problema de fondo es ideológico y tiene su acomodo en el debate entre moral utilitaria y moral deóntica o, en nuestro ámbito, entre teorías materiales y teorías consecuenciales de los derechos fundamentales. Por ejemplo, Lawrence TRIBE ha arremetido contra enfoques utilitaristas en la argumentación constitucional e interpretaciones que reduzcan la ponderación de derechos fundamentales a un análisis coste-beneficio⁵²⁰.

Por otra parte, señala POST⁵²¹ que tener en cuenta la eficiencia económica como valor constitucional en la protección de la libertad de expresión conlleva un renacimiento de las doctrinas sobre *due process* presentes en *Lochner v. New York* (198 U.S. 45 (1905)), esto

⁵¹⁷ Robert C. POST, “The Constitutional Status of Commercial Speech”, *op. cit.*, p. 17.

⁵¹⁸ *Ibidem*.

⁵¹⁹ JACKSON y JEFFREYS, *op. cit.*, p. 6.

⁵²⁰ Lawrence TRIBE, “Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency”, 98 *Harv. L. Rev.* 592 (1985), p. 597. En el mismo sentido, Jed RUBENFELD, “The First Amendment’s Purpose”, 53 *Stanford L. Rev.* 767 (2001), p. 785.

⁵²¹ Robert C. POST *op. cit.*, p. 17.

es, la reducción del grado de deferencia para con el legislador en sus poderes para ordenar el funcionamiento de la economía y el mercado⁵²². Estas doctrinas están, pese a algunas críticas neoliberales, totalmente abandonadas y, en definitiva, se ha afirmado que si el Estado tiene amplios poderes para interferir en la libertad de empresa afectando negativamente la eficiencia económica, no existen motivos para creer que no pueda hacer lo mismo con la publicidad⁵²³.

Con todo, otros autores –especialmente desde el movimiento *law and economics*– entienden la libertad de expresión como función de la utilidad de los individuos y encomiendan su protección a la maximización de la eficiencia o bienestar social. Este enfoque tiene a su representante más destacado en el juez Richard A. POSNER⁵²⁴, aunque hay que recordar que para él el discurso comercial no debe ser protegido constitucionalmente mediante la libertad de expresión⁵²⁵. Mas se ha señalado que el análisis económico de la libertad de expresión, aunque satisfactorio, solo puede ofrecer respuestas parciales, puesto que “[t]he values underlying the First Amendment

⁵²² Examino esta cuestión *infra* en pp. 265 y ss. En *Lochner v. New York*, el Tribunal Supremo consideró que la libertad de contrato estaba amparada por la tutela judicial (Decimocuarta Enmienda a la Constitución Federal de los EE.UU) y resolvió que no había motivos razonables de policía para interferir en la libertad contractual de dos sujetos privados para determinar la jornada laboral de un panadero. El caso es conocido, sobre todo, por el voto particular formulado por Oliver W. Holmes, que dio origen a la doctrina jurídica para fundamentar las políticas públicas del *New Deal*.

En el fondo, el problema debe conectarse con la constatación, en algunos casos con preocupación, de la utilización por parte de las empresas de la libertad de expresión como una herramienta para apoyar la desregulación económica. Véase, en este sentido, Steven H. SHIFFRIN, “The Politics of the Mass Media and the Free Speech Principle”, 69 *Indiana L. J.* 689 (1994), p. 689; Jack M. BALKIN, “Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society”, 79 *NYU L. Rev.* 1 (2004), p. 25; Jack M. BALKIN, “Some Realism About Pluralism: Legal Realists Approaches to the First Amendment”, 1990 *Duke L. J.* 375 (1990), pp. 375-387. Para un resumen reciente de esta crítica, véase Reza R. DIBADJ, “The Political Economy of Commercial Speech”, 58 *South Carolina Law Review* 913 (2007), según quien el desarrollo de la doctrina sobre «Commercial Speech» constituye un artefacto intelectual articulado por la Escuela de Chicago y la Escuela del *Public Choice* al servicio de la agenda desregulatoria de las grandes empresas norteamericanas.

⁵²³ Steven H. SHIFFRIN, *Dissent, Injustice and the Meanings of America*, Princeton University Press, 1999, p. 40.

⁵²⁴ Véase el artículo canónico en la materia, Richard A. POSNER, “Free Speech in an Economic Perspective”, 20 *Suffolk U. L. Rev.* 1 (1986). En España, presenta la tesis de POSNER, Pablo SALVADOR CODERCH, *El mercado de las ideas*, *op. cit.*, pp. 47-55.

⁵²⁵ Véase *infra* p. 259.

undoubtedly go beyond economic efficiency”⁵²⁶. Esto es, se trata de un fundamento más, insuficiente por sí sólo para sustentar una teoría interpretativa de la libertad de expresión pero cuyas implicaciones no pueden ser dejadas de lado⁵²⁷, en especial, cuando se aboga por la utilización del principio de proporcionalidad y el rechazo a tesis deónticas de la libertad de expresión⁵²⁸.

6. Conclusiones: libertad de expresión multifuncional y optimización de su protección

6.1. Comprensión jurídica de las funciones de la libertad de expresión y análisis consecuencial

En los epígrafes anteriores, se ha defendido la protección de la publicidad y las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión con base en la tesis de que las funciones que las teorías dominantes de la libertad de expresión atribuyen a este derecho son también, en mayor o menor medida, conseguidas por la publicidad. Así, y a modo de resumen, he apuntado cómo el discurso comercial contribuye o puede contribuir al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía individual, a la información, a la verdad, a la democracia y al aumento de los niveles de eficiencia en el mercado. De ello, creo que sólo puede extraerse una conclusión modesta: las comunicaciones comerciales pueden conllevar consecuencias valiosas desde el punto de vista social o, si se prefiere, externalidades positivas.

Sin embargo, las más de las tesis funcionalistas expuestas sustentan labores de exégesis constitucional⁵²⁹ y se ocupan también de delimitar el contenido de la libertad de

⁵²⁶ Daniel A. FARBER, “Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment”, 105 *Harv. L. Rev.* 554 (1991-1992), p. 557.

⁵²⁷ El propio POSNER ha señalado que, en el ámbito de la libertad de expresión, la maximización de la utilidad social no debe entenderse de forma dogmática en el sentido de la *Welfare Economics*, sino que su función debe ser de ayuda al operador jurídico a la hora de identificar y valorar las consecuencias de decisiones alternativas. Véase Richard A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, *op. cit.*, p. 363.

⁵²⁸ Joshua COHEN, “Freedom of Expression”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 22, no. 3 (1993), pp. 207-63.

⁵²⁹ Comparto con PRIETO SANCHÍS la creencia de que “fundamentar los derechos, aportar razones en favor de su reconocimiento, no es una tarea propia de la jurisprudencia analítica o ciencia del Derecho, sino que constituye una reflexión preliminar a la misma” y de que “[l]as dificultades de delimitación conceptual y de fundamentación que presentan los derechos humanos desde el punto de vista de la filosofía moral y política no puede decir que desaparezcan, pero sí que adquieren un

expresión mediante la subsunción de aquellos discursos que contribuyen al objeto perseguido en el núcleo duro de protección del derecho y la expulsión de aquellos otros que son contrarios al fin perseguido o son inocuos. Es decir, la interpretación del núcleo esencial del derecho se perfila mediante un juicio de adecuación teleológico que relaciona un discurso con una finalidad, derivada a su vez del propio ordenamiento jurídico, de la voluntad del legislador o, en otros casos, extrajurídica o no expresada normativamente.

Además de los problemas epistemológicos que plantean las explicaciones funcionalistas en el entero espectro de las ciencias sociales⁵³⁰ –y que en nuestro caso nos impedirían ofrecer un análisis descriptivo de las razones por las que en algunos ordenamientos jurídicos se protegen constitucionalmente las comunicaciones comerciales–, el recurso a una tesis funcionalista también se revela a menudo insatisfactorio en las labores hermenéuticas de delimitación del contenido esencial de un derecho fundamental. Así, en primer lugar, acudir al análisis de las funciones de la institución resulta limitado en casos, como el del ordenamiento jurídico español, en los que el propio texto constitucional obliga a la protección de diferentes bienes jurídicos, a cuyo desarrollo contribuye la libertad de expresión. Ya hemos visto cómo vincular en exclusiva libertad de expresión con democracia formal deja sin protección a las obras de arte, los trabajos científicos y otros discursos ligados al libre desarrollo de la personalidad y cómo supeditarla a la autodeterminación individual permite limitar aquellas expresiones realizadas en el seno de un mercado, esto es, aquellos discursos por los que su emisor obtiene cierto lucro económico. En palabras de Stanley FISH: “What is the First Amendment *for*? [...] if you have *any* answer to the question, *any* answer at all, you are necessarily implicated in a regime of censorship”⁵³¹.

perfil muy distinto cuando la reflexión se enmarca dentro de las coordenadas de un determinado sistema jurídico”. Véase Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, p. 17 y p. 75.

⁵³⁰ Véanse, por todos, Carl Gustav HEMPEL, “The Logic of Functional Analysis”, en Lee C. MCINTYRE y Michael MARTIN (eds.), *Readings in the Philosophy of the Social Sciences*, MIT Press, Cambridge (MA), 1994, pp. 349-376; y John ELSTER “Functional Explanation In Social Science”, en Lee C. MCINTYRE y Michael MARTIN (eds.), *Readings in the Philosophy of the Social Sciences*, MIT Press, Cambridge (MA), 1994; pp. 403-414. Realizar un análisis sociológico de las razones de la protección constitucional del discurso comercial mediante la libertad de expresión excede del objeto de este trabajo. No obstante, a lo largo del mismo, se describen algunas de estas causas con relación a la interpretación dogmática de la libertad de expresión en este ámbito.

⁵³¹ Stanley FISH, “The Dance of Theory”, en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey R. STONE (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2002, pp. 199- 231, p. 199.

Las diferencias doctrinales antes expuestas ponen de relieve que una única explicación funcional resultará las más de las veces insuficiente para delimitar el ámbito de protección o núcleo esencial del derecho⁵³² y que será preferible acudir al tiempo a más de una de las tesis funcionalistas, al menos para explicar con un mínimo de satisfacción las doctrinas de la libertad de expresión elaboradas por los diferentes Tribunales constitucionales en las democracias occidentales⁵³³. Con todo, este enfoque ecléctico⁵³⁴ poco sirve de guía al operador jurídico para determinar la eficacia de la protección ofrecida por la libertad de expresión en un conflicto concreto. ¿Cuántas teorías deben tomarse en consideración? ¿Por qué unas y no otras? Cuando una determinada función atribuida a la libertad de expresión es a su vez discutida, ¿qué concepto de democracia o de autonomía⁵³⁵ debe defenderse?

Otra de las cuestiones a tomar en consideración es la tensión generada por la utilización de diferentes fundamentos en la libertad de expresión. La literatura en la materia ha señalado la existencia de contradicciones entre diferentes funciones de la libertad de expresión⁵³⁶. Así, algunos fundamentos se muestran útiles para la

⁵³² Véase Frederick SCHAUER, "The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience", 117 *Harv. L. Rev.* 1765 (2004), p. 1786: "if there exists a single theory that can explain the First Amendment's coverage, it has not yet been found".

⁵³³ Un ejemplo de este enfoque puede consultarse en Edward J. EBERLE, "Practical Reason: The Commercial Speech Paradigm", 42 *Case W. Res. L. Rev.* 411 (1992). Acaso, el ejemplo canónico es el propiciado por Lawrence TRIBE en su manual, para quien la protección adecuada del discurso debe descansar sobre "several strands of theory in order to protect a rich variety of expressional modes" Lawrence TRIBE, *American Constitutional Law*, 2nd Edition, Foundation Press, Mineola (NY), 1988, p. 789.

⁵³⁴ «*Ad hoc* eclecticism», en palabras de FARBER y FRICKEY, *op. cit.*, p. 1617).

⁵³⁵ Véase Yochai BENKLER, "Siren Songs and Amish Children", *op. cit.*, p. 32, quien apunta que a partir de un concepto tan nebuloso y vago como el de autonomía se hace difícil extraer una guía normativa aceptable para la evaluación de medidas de política legislativa en la regulación de la información. Con todo, este autor prefiere adoptar una visión pragmática que tenga en cuenta las diferentes consecuencias que una decisión legislativa o gubernamental puede tener sobre la autonomía como valor.

⁵³⁶ Las referencias ya canónicas son Owen M. FISS, *The Irony of Freedom of Speech*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 1996 (traducción española de Víctor FERRERES COMELLA y Jorge MALEM SEÑA, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999) y Robert C. POST, "Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence", 95 *Mich. L. Rev.* 1517 (1997). Véanse también Owen M. FISS, *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Westview Press, Boulder, 1996; y Robert C. POST, "Democracy and Equality", 1 *Law, Culture and the Humanities* 142

protección de determinados discursos pero no para otros: la búsqueda de la verdad puede resultar suficiente para fundamentar la protección del discurso científico y delimitar el contenido de la libertad académica e investigadora; la falta de participación en un debate público y la consiguiente desvinculación de los procedimientos de autogobierno pueden justificar la existencia de acciones de responsabilidad civil por intromisiones en los derechos al honor, intimidad y propia imagen. El hecho de que unos fundamentos y no otros se hagan destacar reside en las circunstancias particulares que tales valores se incardinan en prácticas sociales específicas y definidas⁵³⁷. Los fundamentos asociados a la libertad de expresión se manifiestan en determinadas formas de interacción social y no propiamente en la expresión *per se*. Ésta es la razón por la que intentar utilizar un único fundamento en la protección de la libertad de expresión es una empresa abocada al fracaso. Así, según POST “[s]i pretendiéramos que la Constitución reconociera e impusiera un único principio para la protección del discurso, deberíamos, como Procusto, obligar que todas las regulaciones sobre interacciones sociales se adecuaran a la práctica social que mejor reflejara aquel principio”⁵³⁸. Sin embargo, la sociedad es rica y compleja en interacciones para poder reducirla a una pauta única: no todo en la vida es buscar la verdad o reforzar la democracia. La conclusión, para POST, es esencial: “Speech does not itself have a general constitutional value, but rather we attribute to speech the constitutional values allocated to the discrete forms of social practice that speech makes possible. The unit of First Amendment analysis, in other words, ought not to be speech, but rather particular forms of social structure”.

En el mismo orden de ideas, los conflictos entre los diferentes fundamentos que, en ocasiones, responden a enfoques informados por valores muy heterodoxos, tienen difícil solución más allá de la razón práctica. Como dice POSNER: “[...] moral theory is not going to resolve free-speech issues any more than theology is going to resolve disputes under the First Amendment’s religion clauses”⁵³⁹. En cambio, la ponderación

(2005). Las tensiones no han sido exploradas con profundidad en el ámbito del discurso comercial, pero sí en otros escenarios, donde se ha concluido que decantarse por uno u otro fundamento puede conllevar diferencias drásticas entre las respuestas posibles, por ejemplo, a la regulación de las contribuciones económicas a los partidos políticos, de la pornografía o de las expresiones de odio (*Hate Speech*).

⁵³⁷ Robert C. POST, “Recuperating First Amendment Doctrine”, *op. cit.*, p. 1272.

⁵³⁸ *Ibidem*.

⁵³⁹ Richard A. POSNER, “The Speech Market and the Legacy of *Schenck*”, en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey R. STONE (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago/Londres, 2002, pp. 120-151, p. 122; y Richard A. Posner, *Frontiers*, p. 63.

permite tenerlos todos presentes a la hora de resolver un problema y evita acudir a una decisión sobre qué valor resultará mejor desde el punto de vista social, decisión que a su vez será compleja y costosa en sociedades pluralistas.

En definitiva, es muy costoso, cuando no imposible, establecer una única regla o unas pocas reglas para resolver todos los problemas que se plantean en el ámbito de la libertad de expresión, pues las formas en las que un discurso y las externalidades – positivas y negativas – que genera se incardinan en una determinada práctica social con diferentes alcances. Por ello, es preciso examinar el alcance de esta incardinación mediante el recurso a la ponderación de bienes e intereses jurídicos⁵⁴⁰.

Pero, además, en el ámbito propio del discurso comercial, tampoco una única regla o un único principio es capaz de arrojar luz sobre todos los conflictos que puedan aparecer, pues existen diferentes conceptos de discurso comercial⁵⁴¹, que se incardinan, a su vez, en diferentes prácticas sociales.

Por ello, resulta estéril ofrecer una única regla que cubra todos los aspectos conflictivos en este ámbito y es necesario acudir a un enfoque que tome en consideración la multiplicidad de contextos y la forma en la que el discurso se proyecta en ellos para servir diferentes mandatos constitucionales. Para ello, se hace necesario evaluar las consecuencias que entraña una determinada limitación o regulación del discurso, esto es, analizar las externalidades generadas tanto por el discurso como por su limitación para, tras sopesarlas, identificar su constitucionalidad.

6.2. Libertad de expresión multifuncional

En este trabajo, defiendo la naturaleza multifuncional⁵⁴² de la libertad de expresión, que articulo a partir de la concepción de los derechos fundamentales como mandatos

⁵⁴⁰ Joseph BLOCHER ha propuesto –a partir de las tesis de la economía neoinstitucionalismo liderada por el Nobel Douglass C. NORTH y por Oliver E. WILLIAMSON– que el grado de protección ofrecido por la libertad de expresión a un determinado discurso dependa del contexto institucional en el que aquél tenga lugar y, en particular, de la mayor o menor medida en que la institución en cuestión contribuya a reducir costes de transacción. Véase Joseph BLOCHER, “Institutions in the Marketplace of Ideas”, 57 *Duke Law Journal* 101 (2007), pp. 125 y ss.

⁵⁴¹ Véase *infra* p. 259.

⁵⁴² También rechazamos posiciones relativistas: véase, Frederick SCHAUER, “The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience”, 117 *Harv. L. Rev.* 1765 (2004), 1767: “[...] los límites de la libertad de expresión [...] son una función de un conjunto complejo

de optimización y la interpretación de su contenido esencial mediante el análisis consecuencial con el límite del principio de proporcionalidad.

Abogar por una concepción multifuncional, creo, es el primer paso para rechazar visiones románticas de los derechos fundamentales y las libertades básicas ancladas en la prosopopeya⁵⁴³.

La naturaleza multifuncional responde a la concepción de la libertad de expresión, defendida a lo largo de este trabajo, como el resultado de un mandato de optimización de su salvaguarda dirigido a los poderes públicos⁵⁴⁴. Para ALEXY, los derechos fundamentales obligan a “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁵⁴⁵. En resumen, los frenos o límites a esta capacidad expansiva de un derecho fundamental vienen definidos por la existencia de otros mandatos de optimización que obligan a los poderes públicos a sopesar y decidir la prevalencia de uno u otro en unas determinadas circunstancias, en definitiva, a su análisis coste-beneficio transmutado en test de proporcionalidad⁵⁴⁶.

¿Qué hay que optimizar? Una de las críticas principales a la obra de Robert ALEXY subraya que para poder optimizar un derecho y, en especial, en la tarea de delimitación frente a otro mediante la técnica de la ponderación es preciso de algún modo determinar *ex ante* qué situamos en cada platillo de la balanza. Esto es, antes de dilucidar el contenido del derecho mediante la delimitación frente a otros derechos, es

y casual de factores sociales, políticos, históricos, culturales, psicológicos y económicos que no pueden ser (o al menos no han sido) reducidos o explicados recurriendo a la dogmática jurídica o a fundamentos o ideas filosóficos de la libertad de expresión”. La frase puede servir de precipitado epitafio a cualquier intento de fundamentación de la libertad de expresión en el ámbito del discurso comercial y la publicidad.

⁵⁴³ En el mismo sentido, Steven H. SHIFFRIN, *The First Amendment, Democracy and Romance*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990, p. 5, Robert C. POST, “Recuperating First Amendment Doctrine”, 47 *Stanford Law Review* 1249 (1995), p. 1250 (criticando la utilización retórica de los fundamentos de la libertad de expresión en las sentencias del Tribunal Supremo norteamericano).

⁵⁴⁴ Véase, en general, Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985 [traducción al español de Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª reimp., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, por donde se cita].

⁵⁴⁵ Robert ALEXY, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

⁵⁴⁶ La ponderación no deja de ser el modelo formalizado primero por el Juez HAND y luego por el juez POSNER de análisis de la libertad de expresión. Véase en desarrollo de esta idea *infra* pp. 361 y ss.

preciso realizar alguna suerte de interpretación preliminar de lo que constituyen los derechos en juego y determinar si una determinada práctica social queda adscrita *prima facie* a la norma constitucional que reconoce la libertad de expresión (art. 20 CE, Primera Enmienda a la Constitución Federal de los EE.UU., art. 10 CEDH, art. 5 GG). La crítica es cierta, mas esta interpretación preliminar está constreñida por el lenguaje. Para que entre en juego la libertad de expresión es necesario que exista expresión.

En este sentido, muchas actividades humanas presentan obviamente un componente expresivo, por ejemplo, poner una bomba. Difícilmente a nadie se le ocurrirá analizar la legalidad, la legitimidad o las consecuencias jurídicas de esta actividad con los ojos de la libertad de expresión. Pero, por ello, no deja de ser expresión y la utilización del modelo alexiano arrojaría tan fácilmente la respuesta de su desprotección constitucional que no merece la pena pasar el tema por el sedazo de la libertad de expresión. Hay casos y principios tan claros, paradigmáticos y asentados sobre los cuales la probabilidad de que surjan conflictos y pleitos es próxima a cero⁵⁴⁷. En la doctrina norteamericana, se suele acudir a la idea de umbral (*threshold*) para determinar cuando entra en juego la Primera Enmienda⁵⁴⁸ y, con ella, toda la doctrina elaborada por la *U.S. Supreme Court*. Sin embargo, otros autores han extendido sus formas de análisis a todas las actividades mínimamente expresivas: así, por ejemplo, Posner ha reconocido que circular a una velocidad superior a la permitida puede equivaler a un comportamiento expresivo si con ello se quiere protestar contra los límites de velocidad, pero que dada la multitud de alternativas para protestar y la ponderación con los intereses generales a proteger -la seguridad en el tráfico y el derecho a la vida y a la integridad física-, su desprotección constitucional tiene sentido⁵⁴⁹.

En el ámbito de las comunicaciones comerciales, creo que la inmensa mayoría de lectores estará dispuesta a admitir que la publicidad y otras formas de discurso comerciales constituyen expresión. Y que la cuestión controvertida debe pasar por el análisis de cómo debe protegerse este tipo de expresiones cuando entran en colisión con otros bienes y derechos dignos de protección⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ Richard A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, *op. cit.*, p. 358.

⁵⁴⁸ Véase, por todos, Robert C. POST, "Recuperating First Amendment Doctrine", *op. cit.*, p. 1255 y ss.

⁵⁴⁹ Richard A. POSNER, *op. cit.*, p. 368.

⁵⁵⁰ O, en la terminología utilizada por Frederick SCHAUER, la cuestión controvertida no hace referencia al ámbito de protección de la norma (*coverage*), sino a su grado de protección (*protection*). Véase Frederick SCHAUER, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge (Mas.), 1982, pp. 89-92.

II. Diferencias entre discurso público y discurso comercial

“[A] distinction that cannot be sharply drawn cannot be drawn at all”.

Frederick SCHAUER⁵⁵¹

1. Introducción

En la jurisprudencia norteamericana sobre libertad de expresión se produce una distinción categorial –como hemos visto en el capítulo II–, entre discurso público y discurso comercial a cuyas injerencias por parte de los poderes públicos se asocian dos estándares de revisión judicial diferentes.

El *Central Hudson test* constituye aún en la actualidad el elemento principal que distingue el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una regulación de la comunicación comercial y el de otra regulación que afecte a cualesquiera otras formas de discurso. Frente a este estándar intermedio más relajado (*four-prong test*), el Tribunal Supremo obliga al uso de un estándar de revisión riguroso o calificado (*strict scrutiny*) en el ámbito del discurso público. La diferencia principal entre ambas formas de discurso, siguiendo a Kathleen M. SULLIVAN⁵⁵², estriba en que el discurso comercial engañoso o confuso no recibe protección constitucional: así, si para limitar un discurso público inveraz, los tribunales requieren la prueba del dolo (*actual malice*) o, en su caso, dolo eventual en la conducta del emisor; en el ámbito del discurso comercial, el estándar se degrada hasta la simple negligencia o, incluso, se configura en términos de responsabilidad objetiva.

En definitiva, este grado de escrutinio intermedio implica un control de constitucionalidad más laxo para las limitaciones a las comunicaciones comerciales y un mayor grado de deferencia para con las decisiones del legislador o de una agencia reguladora.

Por su parte y dejando de lado las causas institucionales expuestas en el Capítulo III.I, el TEDH ha resuelto que las autoridades nacionales disponen de un margen de

⁵⁵¹ Frederick SCHAUER, “Commercial Speech and the Architecture of the First Amendment”, 56 *U. Cin. L. Rev.* 1181 (1988), p. 1189.

⁵⁵² Kathleen M. SULLIVAN, “Cheap Spirits, Cigarettes, and Free Speech: The Implications of 44 Liquormart”, 1996 *Supreme Court Review* 123 (1996), pp. 126-127.

apreciación mayor a la hora de enjuiciar la compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de las medidas restrictivas de las expresiones comerciales del que ostentan en el ámbito de discursos que contribuyen a la formación de la opinión pública.

Ante este escenario, una nutrida parte de la literatura en la materia está dedicada a la justificación o a la crítica y rechazo de esta posición secundaria o subordinada de las comunicaciones comerciales en la escala de valores de la libertad de expresión. A modo de resumen, se apunta que las diferencias entre el discurso público y el discurso comercial –entre ellas, la relación de este último con la promoción de bienes y servicios y con la regulación del mercado, la naturaleza de bien privado de la publicidad y su contribución difusa a la formación de opinión pública– suponen razones válidas para justificar el mantenimiento o el establecimientos de dos estándares de protección diferentes.

En este capítulo analizo las diferencias entre ambas formas de expresión y sus posibles implicaciones legales, y concluyo que la protección constitucional de las comunicaciones comerciales no es un problema único al que pueda darse una solución unitaria⁵⁵³. El estatus constitucional del discurso comercial puede traerse a colación en multitud y variedad de escenarios: en algunos supuestos, existirán diferencias sustanciales que aconsejarán una protección inferior de las comunicaciones comerciales. En otras, el discurso comercial deberá recibir la misma protección que la expresión artística o política.

Por ello, y en desarrollo de la tesis expuesta en el capítulo anterior, resultará aconsejable el examen de los modos en que las comunicaciones comerciales se incardinan en determinadas prácticas sociales y las consecuencias que de ello se deriven para determinados bienes jurídicos. Esto es, el recurso a la ponderación de bienes o el principio de proporcionalidad resulta más atractivo que el establecimiento de categorías discretas de discurso en el ámbito de la libertad de expresión.

⁵⁵³ En un sentido similar, concluye Maya HERTIG RANDALL su análisis de la jurisprudencia del TEDH en la materia: “[Not] all commercial speech is of ‘lower value’ than political speech and should systematically be afforded a low level of protection. Instead of apprehending speech in terms of ‘high’ or ‘low’ value, it would be more beneficial to think not in terms of hierarchy but in terms of difference. We should ask ourselves whether the speech characteristics are relevant in the light of the purpose of the regulation invoked to justify the restriction of freedom of expression”. Maya HERTIG RANDALL, *op. cit.*, p. 85.

2. Distinciones intuitivas, normativas y el problema de su evaluación

2.1. Introducción: el sentido común y su dimensión normativa

Ante casos paradigmáticos, es intuitivo e incluso razonable conceder que existen diferencias de nota entre la expresión encaminada a la formación de opinión pública y la comunicación comercial: todos convendrán en que resulta más abominable el cierre por el gobierno de un periódico crítico con las políticas de aquél y laudatorio de los proyectos del partido en la oposición que una norma que regule el uso y contenido de la cláusula “hasta fin de las existencias” en la publicidad. El problema es extrapolar de ello consecuencias jurídicas para todas las limitaciones y restricciones a las comunicaciones comerciales. En otras palabras y recurriendo a la metáfora tradicional en la teoría de los derechos fundamentales que los compara con una esfera formada por un núcleo y una corteza, es falaz pretender equiparar un caso periférico a otros que pueden estar cerca del núcleo o incluso en su seno.

Para tal cometido, el paso previo habitual es recurrir a una sinécdoque doctrinal: tomar lo «comercial» de entre todas las características asociadas a las comunicaciones comerciales y otorgarle el mayor poder significativo. En este sentido, para algunos autores, el carácter comercial de la información es la piedra de toque de la incorrección de la doctrina sobre *Commercial Speech* elaborada por el Tribunal Supremo de los EE.UU.⁵⁵⁴ El principal argumento aducido refiere razones de legitimidad política: si un legislador democrático puede prohibir la comercialización de un producto concreto debe poder prohibir su publicidad o, como mínimo, regularla intensamente y, en efecto, no debería existir ninguna razón constitucional que impidiera al Estado intervenir en el discurso de las empresas hasta el límite que impone la protección del derecho de propiedad y de la libertad de empresa. Como ha escrito el magistrado REHNQUIST, “[e]n una democracia, lo económico queda subordinado a lo político”⁵⁵⁵. Esto es, lo comercial absorbe todas las demás características del discurso.

⁵⁵⁴ Véanse, entre otros, Thomas H. JACKSON y John Calvin JEFFRIES, JR. “Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment”, 65 *Va. L. Rev.* 1 (1979); Lillian R. BEVIER, “The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of Principle”, 30 *Stan. L. Rev.* 299 (1978); Edwin BAKER, “Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom”, 62 *Iowa L. Rev.* 1 (1976); Vincent BLASI, “The Pathological Perspective and the First Amendment”, 85 *Colum. L. Rev.* 449 (1985); Akhil Reed AMAR, “Intratextualism”, 112 *Harv. L. Rev.* 747 (1999); Mitchell N. BERMAN, “Commercial Speech and the Unconstitutional Conditions Doctrine: A Second Look at «The Great Includes the Lesser»”, 55 *Vand. L. Rev.* 693 (2002).

⁵⁵⁵ Voto particular a *Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission* (447 U.S. 557 (1980)).

Mas para otros autores, los más, el carácter comercial de la información es sólo otra de las cualidades de las que gozan las comunicaciones comerciales y, en su caso, el elemento al que aferrarse para explicar, justificar y, en su caso, defender el estándar de protección del discurso comercial mantenido por el Tribunal Supremo de los EE.UU. y, por ende, por los tribunales de otras jurisdicciones. El lector recordará que, atendiendo a la mercantilidad del discurso comercial, la U.S. *Supreme Court* no da cobertura constitucional a la publicidad falsa o engañosa a diferencia del nivel de protección que ofrece a otro tipo de expresiones para las cuales sólo se excluyen el engaño o el falseamiento dolosos, y además recurre a un criterio más laxo para examinar las restricciones al discurso comercial, el llamado *Central Hudson Test* frente al *strict scrutiny*.

De algún modo, estos últimos autores perciben en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. un reflejo de la intuición según la cual la mercantilidad del discurso debe desplegar ciertas consecuencias. De hecho, el propio Tribunal Supremo ha apelado al sentido común para distinguir un discurso que propone una transacción comercial frente a otras formas de discurso⁵⁵⁶:

“No descartamos recurrir al «sentido común» para distinguir entre un discurso que propone una transacción comercial, sujeta tradicionalmente a regulación gubernamental, y otras formas de expresión [...] por lo que debemos otorgar una protección limitada al discurso comercial, que se corresponde con su posición subordinada en la escala de valores de la Primera Enmienda”⁵⁵⁷.

El recurso al sentido común oscurece los dos aspectos centrales de la doctrina del *Commercial Speech*: qué es y por qué debe ser tratado diferente de otras formas de expresión⁵⁵⁸. Un intuicionismo de este orden no contribuye a ofrecer una explicación satisfactoria ni de por qué se protege el discurso comercial, ni en qué medida, y enturbia la elaboración de reglas claras en la materia que conformen un marco teórico

⁵⁵⁶ La idea de la *common-sense distinction* es presente en muchas de las sentencias del Tribunal Supremo norteamericano. Véanse, entre otras, *Ohralik v. Ohio State Bar Association* (436 U.S. 447 (1978)); *Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel* (471 U.S. 626 (1985)), *Rubin v. Coors Brewing Co.*, (514 U.S. 476 (1995)) y *Florida Bar v. Went For It, Inc.* (515 U.S. 618 (1995)).

⁵⁵⁷ *Ohralik v. Ohio State Bar Association* (436 U.S. 447, 456 (1978)).

⁵⁵⁸ Robert C. POST, *op. cit.* p. 4. Véase también William VAN ALSTYNE, “Remembering Melville Nimmer: Some Cautionary Notes on Commercial Speech”, 43 *UCLA L. Rev.* 1635 (1996).

que permita hacer predecibles las soluciones a casos que se planteen en el futuro⁵⁵⁹. Si bien es plausible concluir que existen diferencias entre las varias formas de discurso, es necesario recordar que la intuición no es fuente del derecho y que será preferible que un tribunal recurra en todo caso a fundamentos analíticos para la adopción de sus decisiones⁵⁶⁰.

2.2. Contribución en mayor o menor grado a las funciones de la libertad de expresión

Este derecho por intuición, sin embargo, también tiene su impacto en los autores que han examinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia. Por ejemplo, Robert C. POST –en su encomiable esfuerzo por racionalizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo– define *Commercial Speech* atendiendo a los valores constitucionales que esta institución está llamada a proteger. Así, como hemos avanzado en el apartado anterior, para este autor, el discurso público está compuesto por aquellos procesos comunicativos que deben permanecer abiertos a la participación de los ciudadanos si se pretende salvaguardar la legitimidad democrática del gobierno y el legislador, condición que, a su vez, depende de que los ciudadanos tengan la confianza de que los primeros serán receptivos a los deseos y aspiraciones de los últimos⁵⁶¹:

“Public discourse is comprised of those processes of communication that must remain open to the participation of the citizens if democratic legitimacy is to be maintained. The basic idea is that democratic legitimacy depends upon citizens having the warranted belief that their government is responsive to their wishes”.

⁵⁵⁹ Daniel A. FARBER, “Commercial Speech and First Amendment Theory”, 74 *Northwestern University Law Review* 374 (1979-1980), p. 373, n. 7.

⁵⁶⁰ Sobre la utilización de la intuición en la argumentación jurídica, véase, por todos, Robert ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, p. 55-56, para quien el recurso a “un sexto sentido” o a una “capacidad de intelección apriorística” de los miembros de una comunidad jurídica sobre lo debido en la sociedad hace innecesaria la ulterior argumentación con base a derecho, mas “ante el hecho de que las diferentes personas viven evidencias diferentes, el intuicionismo no suministra ningún criterio para diferenciar las correctas de las falsas, las auténticas de las no auténticas, lo que debería hacer si quiere hacer justicia a su pretensión de fundamentar en el campo de la moral la posibilidad del saber objetivo o de la verdad moral. Ante la falta de tal criterio de decisión, el intuicionismo llega a los mismos resultados que el subjetivismo ético”.

⁵⁶¹ Robert C. POST, *op. cit.* p. 7

Por el contrario, para el citado autor, las comunicaciones comerciales no afectan al proceso de legitimidad democrático, por cuanto con su protección no se persigue la participación de los emisores en un proceso comunicativo que, a su vez, confiera legitimidad democrática, sino que sólo tiene por finalidad que la información comercial fluya libre. En efecto, cercenar parte de la misma en aras a la protección de su audiencia no hace peligrar a la democracia⁵⁶²:

“Commercial speech doctrine [...] is sharply audience oriented. From a constitutional point of view, the censorship of commercial speech does not endanger the process of democratic legitimation. It does not threaten to alienate citizens from their government or to render the state heteronomous with respect to speakers”.

Así las cosas, según POST, el *Commercial Speech* o el grupo de discursos comerciales que merecen protección constitucional puede definirse como aquel conjunto de actos comunicativos sobre aspectos comerciales que comunican información relevante para la adopción de decisiones democráticas, pero que propiamente no forman parte del discurso público⁵⁶³: por ejemplo, la información sobre los precios del combustible puede motivar que sus usuarios se autorganicen para solicitar su reducción, o que ciudadanos decidan iniciar una campaña medioambiental de reducción de la utilización de los vehículos o, incluso, cuestionar la intervención militar de su gobierno en un país extranjero.

Además de no reflejar la evolución jurisprudencial posterior realizada por el Tribunal Supremo⁵⁶⁴, el principal problema de este criterio, como ya he expuesto, es su carácter normativo: perfila la intuición del Tribunal y la transforma en un criterio más fino, pero sin perder su sustrato prescriptivo.

⁵⁶² Robert C. POST, *op. cit.* p. 14.

⁵⁶³ Robert C. POST, *op. cit.* p. 15 y p. 25.

⁵⁶⁴ Véase *United States and Department of Agriculture. v. United Foods, Inc.* (533 U.S. 405 (2001)). Esto es, la definición del ámbito de aplicación de la doctrina del *Commercial Speech* no tiene en cuenta la ampliación de su alcance en función de la autonomía del emisor del discurso. Cfr. Robert C. POST, , “Compelled Subsidization of Speech: *Johanns v Livestock Marketing Association*”, 2005 *Sup. Ct. Rev.* 195 (2005); y, del mismo autor, “Transparent and Efficient Markets: Compelled Commercial Speech and Coerced Commercial Association in *United Foods, Zauderer, and Abood*”, 40 *Val. U. L. Rev.* 555 (2006).

Con todo, un enfoque que pone su punto de mira en aquel valor constitucional que resulta más atractivo para el intérprete puede permitir explicar la diferencia de trato que mantiene el Tribunal Supremo pero no ofrecer una explicación analítica⁵⁶⁵. Sin embargo, enfoques de cariz normativo también tienen su reflejo en autores inmersos de pleno en los fundamentos analíticos del derecho. Así, para Robert D. COOTER, el peligro de monopolio en la política excede de largo al peligro de monopolio en un determinado mercado: dado el monopolio estatal sobre el poder coercitivo, resulta más importante afirmar la necesidad de cambios en el gobierno que la necesidad de competencia en un determinado mercado⁵⁶⁶:

“While free speech promotes competition in politics and business, the two types of protection differ in importance. Given the state’s monopoly on force, sustaining competition for office is more important than sustaining competition in a particular product market. The risk to democracy from the loss of political competition poses greater danger to the public than the risk of monopoly in some markets”.

El argumento refleja de nuevo un juicio normativo: el criterio de peligrosidad responde a ciertas preferencias normativas (en definitiva, el valor o valores que se atribuyan a la libertad de expresión) y no explica por qué merece un trato diferente el ejercicio de un poder coercitivo para la regulación de un mercado por determinados sujetos privados para beneficio propio y el ejercicio de un poder coercitivo para con toda la sociedad con el mismo objetivo y, sobre todo, no es coherente con lo afirmado sesenta páginas antes, según lo cual las gentes están dispuestas a renunciar a sus derechos políticos con tal de incrementar sus derechos económicos⁵⁶⁷.

Con todo, las diferencias en la contribución al debate público entre discurso público y discurso comercial pueden presentar cierta relevancia jurídica. De hecho, el prof. Robert C. POST, plenamente consciente del enfoque normativo que adopta⁵⁶⁸ —al que

⁵⁶⁵ Además, un criterio como el propuesto no explica suficientemente por qué han de protegerse expresiones atentatorias contra el derecho al honor que no confieren legitimidad democrática o que, en su caso, lo hacen a muy altos costes por las personas afectadas. Nos estamos refiriendo a *Hustler Magazine v. Falwell* (485 U.S. 46 (1988)). Véase Robert C. POST, “The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation and *Hustler Magazine v. Falwell*”, 103 *Harv. L. Rev.* 601 (1989-1990).

⁵⁶⁶ Robert D. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2000, p. 310, 317.

⁵⁶⁷ Robert D. COOTER, *op. cit.*, p. 251 y ss.

considera tributario en buena medida de la distinción a partir del sentido común que emprende el Tribunal—, concluye que la concepción del Tribunal Supremo de la protección del discurso comercial es contextual y no puede reducirse a una simple regla de derecho⁵⁶⁹. Aunque no lo exprese de forma clara, da a entender que la contribución difusa a la formación de opinión pública que presentan las comunicaciones comerciales no puede servir para justificar el establecimiento de una categoría separada en el ámbito de la Primera Enmienda⁵⁷⁰. Por ello, frente al establecimiento de dos categorías discretas, resultará más útil tomar en consideración el grado de contribución a un debate público en el marco de aplicación del principio de proporcionalidad a las medidas restrictivas de las comunicaciones comerciales.

En este sentido, Carlos BERNAL PULIDO ha recordado que “[c]uando estas libertades [de conciencia, opinión, expresión, prensa, información, reunión, sindicación y asociación] se ejercen, dirigidas a la construcción de los procesos públicos de deliberación y decisión, adquieren un *plus* de contenido. Este *plus* de contenido califica el ejercicio democrático de las libertades, que por esta razón, se diferencia del ejercicio de las mismas que tiene lugar en el ámbito de la autonomía privada del sujeto. [...] En la faceta democrática de estos derechos se difumina la línea que separa las libertades de los derechos políticos, la frontera entre la autonomía privada y la autonomía pública, o en términos más antropológicos, se desvanece la divergencia entre el individuo libre y el ciudadano”. Para este autor “[e]l problema principal, no obstante, consiste en esclarecer, desde el punto de vista analítico, en qué consiste ese *plus* que diferencia la dimensión democrática de estas libertades, de su dimensión individual o de la dimensión individual de otras libertades”. La solución, que comparto, señala “que ese *plus* consiste en una carga de argumentación a favor del ejercicio democrático de las libertades, y en un mayor peso de las posiciones iusfundamentales vinculadas al mismo”⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ Robert C. POST, “The Constitutional Status of Commercial Speech”, *op. cit.* p. 7.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁷⁰ De hecho, a lo largo de su trabajo, Robert C. POST reconoce que la contribución a la opinión pública opera en un *continuum*.

⁵⁷¹ Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 338. Véase también p. 300 del mismo trabajo en relación al valor de la autonomía individual y en la que señala que “una restricción tendrá más riesgo de ser desproporcionada, en la medida en que afecte posiciones iusfundamentales que revistan un mayor significado para el despliegue de las [siguiendo a Rawls] dos facultades morales de la persona, es decir, la capacidad del individuo para cooperar socialmente, y su capacidad para otorgarse a sí mismo una propia concepción del bien”.

Así como ocurre con la formación de la opinión pública, las comunicaciones comerciales pueden incidir en diferentes grados en otros valores o bienes jurídicos cuya protección y maximización vienen prescritas por la Constitución o el ordenamiento jurídico. Ya hemos apuntado cómo una comunicación comercial puede contribuir al desarrollo de la personalidad o la autonomía individual del empresario o profesional que la realiza y cómo ello puede hacerlo en detrimento de la autonomía de sus receptores. Determinar cuándo la protección de la libertad de expresión debe prevalecer sobre la protección del consumidor en estos casos, al igual que otros en que se incardinan otros bienes jurídicos, debe relegarse al examen de la proporcionalidad.

2.3. Un enfoque analítico: bienes públicos y bienes privados

Como ya se ha apuntado, para algunos autores —Daniel A. FARBER⁵⁷² por todos—, la expresión se asemeja a un bien público, naturaleza que se traduce en dos aspectos: su transmisión a bajo precio a terceros una vez producido y la generación de importantes externalidades positivas en el conjunto de la población, aunque difíciles de capturar por sus emisores⁵⁷³. Estas dos características provocan que se trate de un bien infraproducido, pues la demanda en el mercado sólo refleja los beneficios obtenidos por sus adquirentes pero no por los *free-riders*, y que, dados sus beneficios sociales, se sugiera a los poderes públicos que lo subsidien, por ejemplo, mediante su protección constitucional⁵⁷⁴:

⁵⁷² Daniel A. FARBER, “Free Speech without Romance: Public Choice and the First Amendment” 105 *Harvard Law Review* 554 (1991). Véase, en el mismo sentido, Richard A. POSNER, “Free Speech in an Economic Perspective”, 20 *Suffolk U.L.Rev.* 1 (1986).

⁵⁷³ Un bien público es aquel bien o servicio que puede ser consumido por varios sujetos de forma simultánea (*non-rivalry*) sin que se disminuya el valor de consumo del mismo para cualquiera de ellos. Además, no puede evitarse que un individuo lo consuma con independencia de si ha colaborado en su producción o pagado por el mismo (*non-excludability*). Los ejemplos habituales de bienes públicos en la literatura son el aire, la defensa militar y los faros.

⁵⁷⁴ Además, deben tenerse en cuenta los subsidios mediante la atribución de derechos de propiedad intelectual. Daniel A. FARBER, *op. cit.*, p. 568. Véase también William M. LANDES y Richard A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2003, pp. 60 y ss. [traducción al español de Víctor M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2007].

“[I]f the government intervenes in the market at all, it should *subsidize* speech rather than limit it. Legal restrictions on information only further reduce a naturally inadequate supply of information”⁵⁷⁵.

Con todo, en ocasiones en lugar o además de subsidiar, los poderes públicos tienden, según FARBER, a sobreregular la expresión dada la existencia de problemas de acción colectiva: “[The] barriers to lobbying by producers and consumers of information suggest that, to whatever extent the the government may or may not tend to overregulate other behavior, it will be *more* likely to overregulate speech”⁵⁷⁶ (p. 560).

La necesidad del subsidio al discurso público está relacionada con la “paradoja del votante”, expuesta en su día, por Anthony DOWNS⁵⁷⁷. Partiendo de un individuo racional, resulta cuando menos singular que, dada la escasa probabilidad de que un voto pueda influir en los resultados generales, la gente acuda a las urnas. Puesto que el valor privado del voto es ínfimo, también lo serán los incentivos a informarse adecuadamente antes de las elecciones. Ante este escenario, cobraría importancia minimizar los costes de producción del discurso público, por ejemplo, aumentando su protección constitucional⁵⁷⁸.

En cambio, el discurso comercial, se dice, se asemeja más a un bien privado, en el sentido de que su emisor captura la mayoría de externalidades, esto es, el incremento en la venta de bienes y servicios:

⁵⁷⁵ Daniel A. FARBER, *op. cit.*, p. 559 (énfasis en el original).

⁵⁷⁶ Daniel A. FARBER, *op. cit.*, p. 560. Sin embargo, véase Fred S. MCCHESENEY, “A Positive Regulatory Theory of the First Amendment”, 20 *Conn. L. Rev.* 355 (1988), pp. 367-369, para quien grupos afectados pueden organizarse para oponerse a limitaciones de discursos públicos.

Algún autor ha apuntado además que la conclusión de FARBER es contraintuitiva. Si la información es sistemáticamente infravalorada, hay motivos para creer que los beneficios derivados de su regulación serán también relativamente pequeños. Además la regulación es costosa, incluso más, la sobreregularación. En suma, la sobreregularación no es una respuesta racional a la infravaloración. Véase James A. MONTAYNE, “Freedom of Speech. Constitutional Protection Reconsidered”, *The Independent Review*, v.III, n. 3, Winter 1999, p. 327-354; p.333 n. 7.

⁵⁷⁷ Anthony DOWNS, *An Economic Theory of Democracy*, Harper Collins, New York, 1957, pp. 55 y ss.

⁵⁷⁸ Richard A. POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA)/Londres, 2001, p. 75-76.

“Commercial speech [...] resembles a private good. Most of the benefit of product advertising is captured by the producer itself in the form of increased sales”⁵⁷⁹.

Desde esta premisa, es plausible distinguir el discurso comercial de dos prácticas sociales relacionadas, pero que reciben la misma protección constitucional que el discurso público⁵⁸⁰: la información sobre el mercado producida por un tercero y la demanda de ayudas para causas sociales (*charitable solicitation*). La primera –por ejemplo, la contenida en revistas de protección a consumidores–, se producirá a niveles subóptimos, puesto que muchos individuos podrán aprovecharse sin pagar por ella. La segunda, también tendrá lugar en niveles subóptimos, pues algunos sujetos podrán apalancarse sobre la información comunicada por otros en una campaña sobre la misma causa social.

En un sentido similar, Richard A. POSNER argumenta que la protección constitucional de la comunicación comercial resulta innecesaria, puesto que en general, sus emisores y receptores principales (aquellos consumidores interesados) internalizan todas sus consecuencias y porque los costes de error de las regulaciones⁵⁸¹ son relativamente bajos⁵⁸². En cambio, el discurso político merece ser protegido, ya que el mercado para su producción y consumo es imperfecto, la demanda es más elástica y los costes de distinguir entre buen y mal discurso público son mayores:

“[T]here should be no *constitutional* protection for commercial advertising [...]. Such advertising apparently generates no more external benefits than the advertised products themselves do. It seems paradoxical therefore to allow

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 565.

⁵⁸⁰ *Ibidem*, pp. 566-567.

⁵⁸¹ Sobre riesgos y costes de error en la regulación, téngase en cuenta la sustitución ineficiente de formas de promoción (Fred S. MCCHESENEY, “De-Bates and Re-Bates: The Supreme Court’s Latest Commercial Speech Cases”, 5 *Supreme Court Economic Review* 81 (1997)). Si, por ejemplo, se limita en exceso una determinada práctica comercial, por ejemplo, las ventas a pérdida, las inversiones en publicidad o en otras formas de promoción aumentarán, acaso más allá de los niveles socialmente deseables. En ocasiones, los consumidores se verán perjudicados, pues pueden resultar más eficientes y más informativas aquellas prácticas restringidas. En un sentido parecido, véase Eric GOLDMAN, “A Coasean Analysis of Marketing”, 2006 *Wisconsin L. Rev.* 1151 (2006), p.1160.

⁵⁸² Richard A. POSNER, “Free Speech in an Economic Perspective”, *op. cit.*, pp. 22 y 39-40.

virtually unlimited regulation of the product... but to impose a constitutional obstacle... to the regulation of the sales materials for it”⁵⁸³.

Sin embargo, el discurso comercial conlleva también importantes externalidades positivas para el conjunto de la población, si bien podrá discutirse que lo haga al mismo nivel que otros discursos como el político, científico y cultural. El discurso comercial puede:

- (1) Mejorar en muchas ocasiones el funcionamiento de un mercado determinado: la publicidad, por ejemplo, estimula la competencia, elimina barreras de entrada a un concreto mercado y hace disminuir los precios de los bienes y servicios promocionados⁵⁸⁴. Para FARBER estos beneficios justifican la existencia de una *intermediate protection* para las comunicaciones comerciales⁵⁸⁵.
- (2) Incrementar el bienestar social de forma más rápida y eficaz que a otras formas de discurso dados los menores costes de acceso a la información de los destinatarios y la reducción de costes en identificación de los emisores. Por ejemplo, la publicidad de dentífricos a partir de los primeros años del siglo XX mejoró la salud pública de forma más resuelta de lo que lo hacían las proclamas de los higienistas y, seguramente, la disminución en el número de caries generó una reducción de costes sociales superior al beneficio empresarial de los anunciantes.
- (3) Provocar que un consumidor modifique su opinión sobre un producto y, en efecto, tras ver el anuncio, decida no adquirir el producto como tenía previsto⁵⁸⁶. Esto es, la utilidad que un consumidor o un ciudadano pueda derivar de la publicidad es diferente a la utilidad que proporciona el propio producto o servicio anunciados⁵⁸⁷.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 40 (énfasis en el original).

⁵⁸⁴ El ejemplo clásico en la literatura especializada es Lee BENHAM, “The Effects of Advertising on the Price of Eyeglasses”, 15 *Journal of Law and Economics* 337 (1972).

⁵⁸⁵ Daniel A. FARBER, *op. cit.*, p. 565.

⁵⁸⁶ Daniel A. FARBER, *op. cit.*, p. 565, n. 44.

⁵⁸⁷ Cfr. Richard A. POSNER, *op. cit.* p. 40: “[A]dvertising apparently generates no more external benefits than the advertised products themselves do. It seems paradoxical therefore to allow virtually unlimited regulation of the product [...] but to impose a constitutional obstacle [...] to the

- (4) Aportar contenidos al discurso público, por ejemplo, la publicidad con contenido social (cuyo ejemplo más palmario son las fotos de Oliviero TOSCANI para Benetton) o las declaraciones de responsabilidad social corporativa, o informaciones que de forma indirecta puedan alentar el debate público.

La posibilidad del emisor de capturar la mayoría de externalidades, esto es, el incremento en las ventas, junto con los consumidores, lleva a algunos autores a pensar que el discurso comercial desmerece su protección constitucional (POSNER) o, en su caso, que merece una salvaguardia inferior a la ofrecida al núcleo duro de la libertad de expresión (FARBER, COOTER)⁵⁸⁸. Por otra parte, el ánimo de lucro del empresario que realiza la expresión publicitaria, se ha dicho, atribuye un carácter reforzado al discurso comercial⁵⁸⁹, que junto con su mayor objetividad, harían innecesaria su protección constitucional al mismo nivel que otras formas de expresión:

- a) Una regulación que no sea idónea para la consecución de los intereses públicos que está destinada a proteger puede disuadir a algunos sujetos de realizar determinados discursos, pues podrían en caso de una interpretación demasiado laxa de la normativa haber de asumir los costes derivados de su infracción. Por ello, para evitar este efecto disuasorio (*chilling effect*) en el ámbito del discurso público, el Tribunal Supremo norteamericano exige que cualquier regulación sea exhaustiva, en el sentido de que no pueda afectar a situaciones ajenas a los intereses a proteger (*Overbreadth doctrine*⁵⁹⁰), y permite que una persona que no ha sufrido una violación de su derecho constitucional pueda alegar la inconstitucionalidad de la medida atendiendo a sus efectos potenciales sobre el discurso de terceras partes (*Third Party Standing*). Esta legitimación activa se excluye en el ámbito del *Commercial Speech*: “[p]uesto que la publicidad

regulation of the sale materials for it”. En el mismo sentido, JACKSON y JEFFRIES también han argumentado que los beneficios de un discurso sobre productos no difieren en demasía de los beneficios asociados a los mismos productos y, de ahí, que no deban plantearse objeciones para la competencia de las autoridades públicas de regular el mercado o, en otros términos, “the greater includes the lesser”. JACKSON y JEFFRIES, *op. cit.*, pp. 34-36.

⁵⁸⁸ Robert D. COOTER, *op. cit.*, p. 317.

⁵⁸⁹ Esto es, se entiende que su oferta es inelástica. Véase Kathleen M. SULLIVAN, “Cheap Spirits”, *op. cit.*, p. 138.

⁵⁹⁰ Véanse *Gooding v. Wilson* (405 U.S. 518 (1972)) y, en la bibliografía, NOTE, “The First Amendment Overbreadth Doctrine”, 83 *Harv. L. Rev.* 844 (1970) y Richard H. FALLON, “Making Sense of Overbreadth”, 100 *Yale L. J.* 853 (1991).

constituye el *sine qua non* de los beneficios comerciales, existe una ínfima probabilidad de ser disuadida por una normativa o suprimida por completo⁵⁹¹. En definitiva, el Tribunal presupone que no hay modo de desalentar al discurso comercial, lo que da a entender su desconocimiento de los mecanismos de aplicación del derecho: seguramente una regulación que sancionara las críticas a una intervención militar con una multa de un dólar sería infinitamente menos disuasoria que otra que castigara un anuncio de medicamentos con una pena de prisión de tres años⁵⁹².

- b) Por otra parte, dada la mayor objetividad del discurso comercial frente a otras formas de expresión, se dice, la regulación resultaría menos intrusiva en el primero de los casos: con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU., el emisor de discurso comercial está mejor situado para contrastar la veracidad de sus afirmaciones que un individuo que expresa sus opiniones de carácter político (*easier verifiability*). Por lo que respeta a este último, debe poder permitirse que incurra en falsedades para no disuadir a otros individuos de realizar afirmaciones cuya certeza no conozcan con total seguridad⁵⁹³. En

⁵⁹¹ *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 (1976)).

⁵⁹² Véanse Jeffrey P. SINGDAHLSEN, "Note: Risk of Chill: A Cost of the Standards Governing the Regulation of False Advertising Under Section 43(a) of the Lanham Act", 77 *Virginia Law Review*, 339 (1991) y, sobre todo, Alan HOWARD, "The Constitutionality of Deceptive Speech Regulations: Replacing the Commercial Speech Doctrine with a Tort-Based Relational Framework", 41 *Case Western Reserve Law Review* 1093 (1990-1991), p. 1106 y ss., en el que señala tres vectores en el grado de disuasión de la expresión: las reglas del procedimiento, los estándares de revisión utilizados y las consecuencias legales aparejadas.

Por otra parte, es preciso señalar que, desde el punto de vista del bienestar social, el argumento es resiente: la probabilidad de perder información socialmente útil puede ser mayor en el ámbito del discurso comercial que en el del discurso público, pues habrá pocos terceros mejor situados y más dispuestos que un emisor comercial a hablar de sus bienes y servicios. Véase NOTE, "Free Speech Protections for Corporations: Competing in the Markets of Commerce and Ideas", 117 *Harv. L. Rev.* 2272 (2004), pp. 2294-2295.

⁵⁹³ Véase *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254 (1964)). El fundamento no es tanto la mejora de la *calidad* del discurso público, sino evitar una disminución drástica en su *cantidad*, que dada la naturaleza de bien público se sitúa en niveles subóptimos. Véase Lilian R. BEVIER, "The Invisible Hand of the Marketplace of Ideas", en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey R. STONE (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2002, pp. 232-255, p. 239.

El fundamento también opera en el derecho español de la libertad de expresión: el Tribunal Constitucional, en su conocida STC 6/1988, de 21 de enero, cuyo ponente fue el Magistrado Don Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, importó al derecho español la doctrina de *New York Times*, según el

definitiva, para el primer caso se asume que sea el emisor quien cargue con los costes de superar la asimetría informativa mientras que para el segundo los costes se distribuyen entre todos los destinatarios. Ello se traduce, en el plano jurídico, en la dotación de diferentes estándares de responsabilidad: el dolo para un emisor público y la negligencia o, en su caso, un criterio de responsabilidad objetiva para el emisor comercial. Téngase en cuenta que en muchas ocasiones, dado el carácter no contrastable de la información ofrecida por la publicidad, no puede predicarse la veracidad o la falsedad de una afirmación y el fundamento de la mayor objetividad de las comunicaciones comerciales pierde eficacia. Además, en otras ocasiones, el empresario que realiza determinadas afirmaciones publicitarias no conocerá con total seguridad si son verdaderas: piénsese, por ejemplo, en las alegaciones sobre las propiedades que determinados productos tienen sobre la salud.

Podemos concluir, entonces, que el discurso comercial presenta la misma estructura analítica que cualquier otro discurso. Todo discurso es comercial en el sentido que quien lo emite trata de obtener cierta utilidad traducible económicamente. Todo discurso es público en el sentido que todo discurso proporciona información evaluable por sus destinatarios y ésta será más o menos valiosa para la salvaguarda de varios bienes constitucionales. Y, por ello, es insuficiente, para fundamentar una diferencia de trato categorial, afirmar que el discurso comercial permite unas mayores rentas privadas para su emisor⁵⁹⁴, o facilita a éste un grado superior en la captura de las externalidades positivas. Las diferencias de grado operan en un *continuum* y, por lo tanto, será necesario examinar las circunstancias y las características del mercado en que tiene lugar la expresión.

Por otra parte, resultará difícil examinar en qué ocasiones las externalidades positivas superan los costes derivados de la regulación del discurso⁵⁹⁵:

cual el informador debe averiguar y probar la verdad de los hechos imputados antes de dar cuenta de ellos a la opinión pública, esto es, adoptar un canon razonable de cuidado (“búsqueda razonable de pruebas, comprobación adecuada de la información, especial diligencia cuando puede resultar afectado el honor, buen nombre, crédito y reputación de las personas, etc.”).

⁵⁹⁴ Cfr. C. Edwin BAKER, “Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom”, 62 *Iowa L. Rev.* 1 (1976), pp. 9-25, para quien se beneficia por hablar no queda protegido.

⁵⁹⁵ Matthew L. SPITZER, “Freedom of Expression”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, Macmillan, London, 1998, pp. 167-172, p. 169.

- (1) En primer lugar, no existe precio de mercado para algunos beneficios y costes derivados del discurso comercial⁵⁹⁶.
- (2) Los costes y beneficios aparecen de forma discontinua en las funciones de utilidad de los destinatarios: saber que uno vive en una sociedad que permite la libertad de expresión puede alegrar a un progresista y saber que la misma sociedad permite la pornografía puede irritar a algunos conservadores o a algunas feministas.
- (3) Por último, no hay razones para hacer derivar la protección de un discurso de la imposibilidad de capturar las externalidades que éste genera. Según al análisis económico estándar de la libertad de expresión, con anterioridad a la protección o subsidio de un discurso, el equilibrio de mercado produce una cantidad subóptima de expresión, mientras que una regulación facilita la captura de las externalidades. Con todo, algunos autores han expresado sus dudas en el establecimiento de criterios intersubjetivos de comparación entre los equilibrios anterior y posterior a su protección cuando en ambos no es posible la captura de las externalidades.

Resta, por último, otra objeción a la asimilación del discurso comercial como bien privado. Algunos autores han afirmado que quien realiza discursos de género cultural, científico o político obtiene placer del propio acto de comunicación, cosa que se afirma discutible en el ámbito del discurso comercial⁵⁹⁷. Sin entrar a discutir si el placer integra la función de utilidad de los individuos, y que obviamente las personas jurídicas no pueden experimentar placer, obsérvese que no todos los emisores de discurso comercial son personas jurídicas y que, además, existen otros elementos análogos al placer que forman parte de la función de beneficios como son la gestión del conocimiento, el prestigio y la reputación.

⁵⁹⁶ Richard A. POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA)/Londres, 2001, pp. 70-71.

⁵⁹⁷ Matthew L. SPITZER, *op. cit.*, p. 169. Véase también Burt NEBOURNE, "Lecture: The First Amendment and Government Regulation of Capital Markets", 55 *Brooklyn L. Rev.* 5 (1989).

3. El discurso comercial y su relación con el mercado y la contratación

3.1. *Property v. Speech*

El principal escollo a superar por la doctrina del *Commercial Speech* y, por ende, cualquier tesis que amplíe la protección de la libertad de expresión a las comunicaciones comerciales, es la imbricación las más de las veces del discurso comercial con una transacción económica y, por extensión, con el mercado⁵⁹⁸.

Ya en *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 (1976)), se anticipó uno de los argumentos más extendidos en la crítica de la doctrina del *Commercial Speech*: el magistrado William H. REHNQUIST formuló un voto particular contra la sentencia en el que argumentó que a la protección constitucional de la publicidad constituía una limitación a la potestad del legislador estatal democrático de regular un determinado mercado de acuerdo con el interés general. Dejando de momento apartados los argumentos relativos al papel del control judicial de las decisiones adoptadas por un parlamento democrático⁵⁹⁹, la idea de fondo es que la información comercial es un mero instrumento subordinado a una transacción comercial, que puede ser intensamente regulada. En efecto, si la transacción comercial puede ser objeto de regulaciones limitativas, lo mismo debe predicarse de la publicidad y de la información comercial⁶⁰⁰. En definitiva, más que su estatus como expresión, lo que realmente importa es el aspecto mercantil de la publicidad. Corolario de esta línea de argumentación es el lema, también acuñado por el magistrado REHNQUIST para este sector jurídico, de que lo más incluye lo menos (*The greater includes the lesser*)⁶⁰¹.

Un breve pero refulgente trabajo de Kathleen M. SULLIVAN⁶⁰² dibuja las líneas generales que permiten circunscribir este argumento. Según la profesora de la Facultad de derecho de la Universidad de Stanford, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano existe una “asimetría constitucional”: así, mientras se afirma que la expresión debe ser inmune a cualquier tipo de regulación, se considera que la esfera

⁵⁹⁸ El mejor trabajo que apuntala esta línea de argumentación es Daniel A. FARBER, “Commercial Speech and First Amendment Theory”, 74 *Northwestern University Law Review* 374 (1979-1980).

⁵⁹⁹ Sobre ello, véase el excurso contenido en el apartado 3.2 de este capítulo.

⁶⁰⁰ El argumento, como hemos avanzado en el epígrafe previo, ha sido apuntado por autores tan diferentes como POSNER, JACKSON y JEFFREYS.

⁶⁰¹ *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.* (478 U.S. 328 (1986)).

⁶⁰² Kathleen M. SULLIVAN, “Free Speech and Unfree Markets”, 42 *UCLA Law Review* 949 (1995).

económica puede ser regulada profusamente. En este sentido, el Tribunal ha declarado constitucionales muchas leyes que imposibilitaban diferentes acuerdos económicos privados por razones de asignación de facultades –corrección de problemas de acción colectiva, externalidades, asimetrías de información o monopolios–, de distribución o por paternalismo. En definitiva, el Tribunal ha mostrado una gran deferencia para con las regulaciones económicas y ha considerado que el gobierno debería tener autoridad plena para defender determinadas concepciones sobre el funcionamiento correcto del mercado adoptadas mediante procedimientos políticos democráticos.

En cambio, en el ámbito de la libertad de expresión, los estándares de protección son más estrictos y no se admiten motivos redistributivos o paternalistas en pro de la regulación del discurso. El Tribunal, en efecto, rechaza la gran mayoría de regulaciones que restringen o condicionan la expresión.

En conclusión, el Estado puede impedirnos celebrar lo que en opinión de los gobernantes son malos contratos, pero no puede prohibirnos atender a lo que entiende es un mal discurso⁶⁰³. La cuestión, entonces, pasa por dilucidar por qué defender un principio de *laissez faire* accionable judicialmente para el mercado de las ideas y no para el mercado de bienes y servicios.

Algunos autores consideran que no existen razones para mantener esta asimetría:

- a) Para algunos, la Constitución exige desregulación en ambos sectores, pues la libertad, se dice, es tan importante en la vida económica como en la intelectual. Primero Aaron DIRECTOR⁶⁰⁴ y luego Ronald H. COASE⁶⁰⁵ afirmaron que el mantenimiento del doble rasero se explicaba observando la maximización de la utilidad individual de los jueces:

“La autoestima conduce a los intelectuales a magnificar la importancia de su propio mercado. Que se regule a otros parece natural, en particular, porque muchos intelectuales se ven a si mismos como reguladores. Cuando el autointerés se junta con la autoestima, es

⁶⁰³ Kathleen M. SULLIVAN, *op. cit.*, p.951.

⁶⁰⁴ Aaron DIRECTOR, “The Parity of the Economic Market Place”, 7 *J.L. & Econ.* 1 (1964).

⁶⁰⁵ Ronald H. COASE, “The Economics of the First Amendment: The Market for Goods and the Market for Ideas”, 64 *Am. Econ. Rev. Proc* 384 (1974).

justificable argumentar que unos deben estar regulados y los otros no”⁶⁰⁶.

Otro argumento a favor de la desregulación es que el gobierno tiende a la corrupción mediante su poder de coerción y de sujeción tributaria, lo que hace necesario que se definan límites constitucionales claros a su actuación: la desregulación en ambos sectores permite superar algunos problemas derivados de la captura del legislador y de las agencias reguladoras apuntados por la escuela del *Public Choice*⁶⁰⁷.

- b) Para otros, es preferible normativamente una intensa regulación en ambos sectores: ¿Por qué confiar en la mano invisible en el mercado de las ideas? ¿Por qué no un *New Deal* para la expresión?⁶⁰⁸ Puesto que el mercado ya dispone de mecanismos para restringir la libertad de expresión (piénsese en el editor de una revista científica o, en nuestro caso, en una asociación de fabricantes que regula las prácticas publicitarias de sus asociados), no debería haber mayores problemas para concebir que el gobierno pueda también incidir en el mercado de las ideas del mismo modo que lo hace en el mercado de bienes y servicios. En este sentido, el intervencionismo de los poderes públicos en el discurso puede fundamentarse en motivos de asignación, redistribución o paternalismo:

- (1) En primer lugar, se sugiere que el escenario previo a la intervención no es neutro, puesto que sólo algunos sujetos sufren las consecuencias económicas de la utilización del discurso por parte de otros⁶⁰⁹. En definitiva, más que remedio *ex ante*, la regulación se concibe como mecanismo *ex post* de reglas de asignación de derechos sobre la internalización de las externalidades negativas de un determinado discurso.

⁶⁰⁶ Ronald H. COASE, *op. cit.*, p. 386.

⁶⁰⁷ Richard EPSTEIN, “Property, Speech and the Politics of Distrust”, 59 *University of Chicago Law Review* 41 (1992). Véase también Fred S. MCCHESENEY, “A Positive Regulatory Theory of the First Amendment”, 20 *Connecticut Law Review* 355 (1988).

⁶⁰⁸ Kathleen M. SULLIVAN, *op. cit.*, p.954. Véanse Cass R. SUNSTEIN, *Democracy and the problem of free speech*, The Free Press, New York, 1993; y, para una versión sumaria, “A New Deal for Speech”, 17 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 137 (1994-1995).

⁶⁰⁹ Frederick SCHAUER, “The Political Incidence of the Free Speech Principle”, 64 *U. Colo. L. Rev.* 935 (1993), 942.

- (2) En segundo lugar, la intervención puede servir para corregir fallos en el mercado, para afrontar monopolios de discurso y, finalmente, para redistribuir el poder de discurso⁶¹⁰.
- (3) Finalmente, la intervención puede utilizarse para silenciar aquellas soflamas que distorsionen el proceso de deliberación democrática o menoscaben la autonomía de los destinatarios⁶¹¹.

Frente a las dos anteriores perspectivas, SULLIVAN se inclina a favor de mantener la asimetría entre expresión y propiedad. Considera insuficiente argumentar que la expresión es un bien público infraproducido que merece ser subsidiado⁶¹² o que haya motivos para desconfiar más de la actuación del gobierno en el discurso que en el mercado. Su tesis señala que existen diferencias de nota entre ambos aspectos y que la metáfora holmesiana del mercado de las ideas confunde⁶¹³.

Recurrir a la retórica del mercado de la ideas hace concebir a los emisores como productores que intercambian ideas con consumidores, destinatarios que están

⁶¹⁰ Para Joseph BLOCHER, la metáfora del mercado de las ideas se basa en una concepción idealizada, neoclásica y precoasiana de mercado, que se presume libre de trabas y de costes de transacción y que funciona eficientemente. Sin embargo, defiende, existen situaciones de distribución desigual de recursos y de poder comunicativo, así como monopolios y otros fallos de mercado, que justificarían una intervención de las autoridades. Véase Joseph BLOCHER, "Institutions in the Marketplace of Ideas", 57 *Duke L. J.* 101 (2007), pp. 109 y ss.

⁶¹¹ Por ejemplo, Cass R. SUNSTEIN, *op. cit.*, pp 81-88, propone la regulación de los contenidos de la emisión televisiva para aumentar la conciencia sobre los asuntos públicos. En un sentido similar, véase Owen FISS, "Free Speech and Social Structure", 71 *Iowa L. Rev.* 1405 (1986).

⁶¹² Véase *supra* pp. 257 y ss.

⁶¹³ Kathleen M. SULLIVAN, *op. cit.*, p.962-964. Por descontado, otras críticas rehuyen el análisis y acometen su ataque contra la influencia del mercado en el discurso sobre la base de elementos ideológicos. Así, Ronald K.L. COLLINS y David M. SKOVER, *op. cit.*, 1996, p. 83, han advertido sobre la práctica de los políticos de mimetizar las estrategias de comunicación del marketing y la publicidad, práctica que difumina la línea entre discurso político y publicidad. Mas ello siempre ha sido así: el ágora antes que ágora fue mercado. Lo contrario no suele suceder; véase Jn 2,13-25.

El discurso público tradicionalmente se ha superpuesto al discurso comercial y ha aprovechado las vías abiertas por éste último: durante el S. XV, las cartas comerciales que enviaba de forma regular el banquero de Augsburgo Jakob Fugger a sus colaboradores contenían, además de información sobre precios y características de las mercaderías, noticias sobre eventos políticos y sociales.

dispuestos a pagar por ellas⁶¹⁴. Pero éste no es, según SULLIVAN, el mejor retrato de la realidad:

- (1) La libertad de expresarse no implica enajenar las ideas propias y comercializarlas por una parte mesurable, fungible y objetivable de la atención o el tiempo de los destinatarios.
- (2) La expresión no sólo produce información, sino que persigue modificar el punto de vista, las preferencias y gustos del destinatario para aproximarlos a los del emisor.
- (3) Los emisores no diferencian sus discursos en función de los gustos de la audiencia.

Obsérvese cómo la publicidad se aleja de la regulación del mercado para incardinarse en la regulación del discurso, pues presenta claramente las dos primeras características. En cuanto a la tercera característica, es asumible que los anunciantes diseñan sus discursos según los gustos de sus potenciales clientes, pero ¿acaso no todo orador elige sus palabras según su audiencia, todo científico viene limitado por el estado de la ciencia y toda estrella musical sigue un determinado estilo?

En definitiva, para SULLIVAN, examinar la regulación del mercado de bienes y la regulación del mercado de ideas es sondear dos tipos de problemas diferentes. Estos dos aspectos confluyen paradigmáticamente, aunque no sólo, en el ámbito del discurso comercial, donde se entrelazan la libertad de expresión y la libertad de empresa o, de forma más ilustradora, *speech* y *property*. Obviamente el binomio presenta un sustrato ideológico claro y ello se ha puesto de manifiesto especialmente en el ámbito del *Commercial Speech*: “A los liberales no les gusta mucho la expresión comercial porque es comercial; los conservadores desconfían de ella porque es expresión”⁶¹⁵.

⁶¹⁴ En los mercados de bienes y servicios, si no existen fallos de mercado, el valor de un bien viene dado por lo que un comprador está dispuesto a pagar por él. Las preferencias y las funciones de utilidad —que se consideran preexistentes y exógenas al mercado— determinan la asignación eficiente de los recursos. La eficiencia del mercado es el resultado de comerciar en condiciones de competencia. El gobierno puede intervenir para eliminar aquellas circunstancias que dificultan la eficiencia en el mercado. Pero la eficiencia no es un medio, sino un fin en sí misma.

⁶¹⁵ Alex KOZINSKI y Stuart BANNER, “Who’s Afraid of Commercial Speech?”, 76 *Va L. Rev.* 627 (1990), p. 652. Kathleen M. SULLIVAN, “Cheap Spirits, Cigarettes, and Free Speech: The Implications of 44 Liquormart”, 1996 *Supreme Court Review* 123 (1996), p. 129 modifica el sentido de la frase: “A los

Algunos autores se aferran, más normativa que analíticamente, a estas diferencias para afirmar que la publicidad y el discurso comercial están más próximos al mercado de bienes que al mercado de ideas, esto es, que prevalece lo comercial sobre lo discursivo⁶¹⁶. La intervención legislativa y regulatoria en el discurso comercial se concibe como remedio frente a los problemas de mercado –en particular, la corrección de las asimetrías informativas y de los monopolios– apoyado por razones de interés público. No es ésta la sede para discutir el alcance de la bondad en la actuación de los poderes públicos que gravita sobre la defensa del interés público. Baste con recordar que grupos autoorganizados reducidos con intereses muy concretos pueden influir decisivamente la adopción de decisiones políticas⁶¹⁷ aunque no hasta el punto de capturar a los órganos de decisión⁶¹⁸.

3.2. Excursus: la cuestión de la legitimidad democrática en la regulación de las comunicaciones comerciales

El problema sobre la legitimidad democrática en la regulación y limitación de las comunicaciones comerciales por parte del legislador⁶¹⁹ se circunscribe dentro de la cuestión de gran calado doctrinal sobre el papel contramayoritario⁶²⁰ de la función de

conservadores les gusta porque favorece los mercados; y a los liberales les gusta porque favorece la expresión”.

⁶¹⁶ No lo hace así la propia Kathleen M. SULLIVAN, quien no considera equivocado que se otorgue al discurso comercial el mismo estatus constitucional que al discurso público. Kathleen M. SULLIVAN, “Cheap Spirits, Cigarettes, and Free Speech: The Implications of 44 Liquormart”, 1996 *Supreme Court Review* 123 (1996).

⁶¹⁷ Mancur OLSON, *Logic of Collective Action: Public Goods & the Theory*, Harvard University Press, 1965.

⁶¹⁸ Véase W. Kip VISCUSI, John M. VERNON y Joseph E. HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 3rd. ed., chapter 10. En España, véase por todos Pablo SALVADOR CODERCH, “Técnica legislativa y teorías de la regulación”, *Indret* 1/2004 (www.indret.com).

⁶¹⁹ Téngase en cuenta que, en muchas ocasiones, en el ámbito de las comunicaciones comerciales, la regulación no es legal, sino administrativa.

⁶²⁰ La expresión, que ha hecho fortuna en la cultura jurídica norteamericana, se toma de un trabajo muy famoso de 1962 escrito por Alexander BICKEL sobre el análisis del *Judicial Review* en la democracia de aquel país: Alexander BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962, pp. 16-17: “The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system...when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an

control del Tribunal Constitucional en el Estado democrático. Las líneas generales de la controversia se presentan a continuación para concluir que no se trata de un problema propio de la protección constitucional del discurso comercial.

Según el principio democrático, el Legislador debe desarrollar, regular y, en su caso, limitar el ejercicio de los derechos fundamentales. La idea deriva de la tesis rousseauiana de acuerdo con la cual los individuos se asocian políticamente para proteger y defender sus derechos mediante leyes adoptadas por el *fantasma* de la voluntad colectiva, de tal manera que las limitaciones a los derechos fundamentales son consentidas y experimentadas como propias por la mayoría de los ciudadanos⁶²¹. Por ello, resulta inconcebible que los propios ciudadanos en ejercicio de su autonomía puedan vulnerarse sus derechos y, en efecto, el papel del control judicial se antoja irrelevante⁶²² y, en su caso, debe limitarse a velar por aquellos derechos relacionados con la participación política⁶²³.

Desde esta premisa, resulta más difícil que existan injerencias, pues el catálogo de derechos fundamentales a proteger es mínimo. Empero, las Constituciones suelen reconocer de ordinario muchos más derechos que son de obligado cumplimiento por el

elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens”.

⁶²¹ Jean Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, Taurus, Madrid, 1969, pp. 25 y ss.

⁶²² Jeremy WALDRON ha defendido que cuando las instituciones políticas funcionan correctamente, no hay razones para creer que los tribunales gocen de ventajas comparativas sobre los parlamentos democráticos. Véase Jeremy WALDRON, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale L. Journ.* 1346 (2006). Otros han apuntado que la propia existencia de un Tribunal Constitucional puede conllevar un problema de riesgo moral: los parlamentarios no tendrán los incentivos suficientes para decidir bien, pues luego los magistrados tendrán la posibilidad de corregir los fallos de aquéllos. En este sentido, Adrian VERMEULE, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2006, pp.261-262.

⁶²³ John HART ELY, a partir de la nota a pie de página número cuatro a la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el asunto *United States v. Carolene Products Co* (304 U.S. 144 (1938)), articula una teoría sobre el control judicial de la ley que pivota sobre los derechos de participación política y la protección de las llamados minorías “discretas e insulares” que son víctimas de los prejuicios de la mayoría (en definitiva, su derecho a no ser discriminados en los procesos de deliberación pública). Véase John H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980. Para un resumen de la tesis de ELY, véase Víctor FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 55- 68.

Legislador en ejercicio de su función legislativa que este conjunto de derechos procedimentales. Y, por ello, no puede negarse que un Tribunal Constitucional deba jugar algún tipo de papel en el proceso político, al menos para configurar e interpretar el texto constitucional⁶²⁴ o mantener una cultura pública constitucional⁶²⁵.

El problema estriba en solucionar la colisión entre el principio democrático y el principio de constitucionalidad o de protección de los derechos fundamentales, cuestión que ha dado lugar a millares de páginas en la literatura⁶²⁶. Las tesis normativas sobre la materia apuntan sobre todo a la necesidad de una separación total entre criterios jurídicos y criterios políticos de decisión y, en consecuencia, el establecimiento de márgenes de deferencia máximo hacia el legislador democrático en cuestiones controvertidas.

Con todo, desde un punto de vista positivo, tal separación es punto menos que ilusoria⁶²⁷: los jueces no sólo deciden los asuntos que se les presentan con arreglo a criterios independientes de interpretación de los hechos y el derecho, sino que pueden estar motivados por la obtención de un fallo alineado con sus preferencias, incrementar sus rentas, o ganarse una reputación⁶²⁸. Y, por otra parte, también debe dudarse de la

⁶²⁴ Thomas Alexander ALEINIKOFF ha apuntado que en la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, las funciones del Legislador y del Tribunal Constitucional no se superponen: el Parlamento debe conciliar los intereses de los diferentes grupos sociales, mientras que el rol del Tribunal es interpretar y aplicar el texto constitucional. En desarrollo de esta tesis y señalando sus problemas, veáse Thomas Alexander ALEINIKOFF, "Constitutional Law in the Age of Balancing", 96 *Yale L.J.* 943 (1985), pp. 986 y ss.

⁶²⁵ Por todos, Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 70-71.

⁶²⁶ En España, veáanse, por todos, Víctor FERRERES COMELLA, *op. cit.*; Roberto GARGARELLA, *La Justicia frente al Gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996. Para un análisis de la literatura americana, Barry FRIEDMAN, "The Birth of an Academia Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five", 112 *Yale L. J.* 153 (2002).

⁶²⁷ Barry FRIEDMAN, "The Politics of Judicial Review", 84 *Texas L. Rev.* 257 (2005), *passim*.

⁶²⁸ Veáanse Richard A. POSNER, "What Do Judges and Justice Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", 3 *Supreme Court Economic Review* 1 (1993) y Frederick SCHAUER, "Incentives, Reputation and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior", 68 *U. Cin. L. Rev.* 615 (2000). Con todo, algunos autores han apuntado que el diseño del poder judicial constriñe institucionalmente a sus miembros en grado tal que reduce sus motivaciones egoístas, al menos, mucho más que otros funcionarios: Richard A. EPSTEIN, "The Independence of Judges: The Uses and Limitations of Public Choice Theory", 1990 *BYU L. Rev.* 827 (1990).

posibilidad de que un Tribunal Constitucional tenga la capacidad para interferir con la obra de otros poderes políticos⁶²⁹. En primer lugar, el Tribunal Constitucional anticipará la posible reacción de otros poderes ante un fallo que no se ajuste a sus preferencias⁶³⁰. En segundo lugar, sus miembros tienen o deben tener en cuenta que en ocasiones deberán contar con la colaboración de otros poderes para la aplicación efectiva de sus fallos⁶³¹. Finalmente, la afinidad ideológica de los sujetos en los diferentes poderes actuará también como freno a decisiones de un Tribunal Constitucional que se aparten de las preferencias determinadas democráticamente.

El problema de la colisión entre principio democrático y principio de protección de los derechos fundamentales suele plantearse con frecuencia en casos controvertidos (derechos de homosexuales, discriminación positiva en educación superior, derechos de los presos de guerra), pero no es ajeno a ningún sector de la interpretación constitucional y, entre ellos, el de la protección fundamental de las comunicaciones comerciales.

3.3. La publicidad y la promoción de la contratación

Interesa ahora profundizar un poco más en la relación del discurso comercial con la transacción económica que promueve para defender la fecundidad de un análisis por separado de ambos derechos (libertad de expresión y libertad de empresa).

En primer lugar, debe recordarse que no todo discurso comercial se correlaciona directamente con un contrato. En ocasiones, las empresas hablarán no para promover la adquisición de los bienes que producen o la contratación de los servicios que ofrecen; sino que simplemente realizarán manifestaciones públicas sobre su

⁶²⁹ William N. ESKRIDGE y Philip P. FRICKEY, "Foreword: Law as Equilibrium", 108 *Harv. L. Rev.* 26 (1994). John FERREHJON, "Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence", 72 *Cal. L. Rev.* 353 (1999).

⁶³⁰ La literatura mayoritaria en la materia hace referencia a la posibilidad de modificar legislativamente decisiones dadas por la jurisdicción ordinaria, no la constitucional. La modificación constitucional es muy costosa y, en algunos ordenamientos, como el español, se plantean problemas en relación a la posibilidad por parte del Legislador de contradecir una sentencia del TC que declara inconstitucional una ley mediante la promulgación de un nuevo texto legal con el mismo contenido. Sobre este extremo, Víctor FERRERES COMELLA, *op. cit.*, pp. 204 y ss.

⁶³¹ Daryl J. LEVINSON, "Rights Essentialism and Remedial Equilibration", 99 *Colum. L. Rev.* 857 (1999).

organización, sus empleados o cualesquiera otros asuntos⁶³². Por ejemplo, cuando una empresa anuncia que va a instalar una fábrica en un territorio en el que semanas antes se habían clausurado instalaciones de otras empresas e informado del traslado de éstas a países en vías de desarrollo no existe una vinculación directa con una transacción económica, aunque ello no debe hacernos perder de vista que en cualquier actuación de un agente económico subyace la idea de maximización del beneficio, en otras palabras, que con tales manifestaciones se persigue tal vez la exteriorización de un compromiso social que genera un aumento indirecto en las ventas de sus productos⁶³³.

Debe recordarse que en los años ochenta del S. XX surge la tendencia de las sociedades de comunicar su misión y objetivos corporativos e identidad y, desde entonces, las empresas se posicionan, vinculan y comprometen en determinados asuntos de interés social como el hambre, la pobreza y determinadas enfermedades, etc. En algunas ocasiones, además, las sociedades han comunicado su opinión sobre asuntos sociales o políticos⁶³⁴. Todo este tipo de discursos se conoce con los términos más bien ambiguos de declaraciones de responsabilidad social corporativa⁶³⁵.

En segundo lugar, aunque pueda inferirse una correlación directa entre el discurso comercial y la promoción de una transacción económica, se puede afirmar que la publicidad sin contenido informativo contrastable no puede por definición integrar el contrato posterior⁶³⁶, lo que convierte en excepcionales los mecanismos previstos en los

⁶³² Como hemos visto en el apartado 2 del Capítulo I, todo este espectro de manifestaciones es subsumible en el concepto legal de publicidad vigente en el ordenamiento jurídico español y utilizado por los operadores jurídicos.

⁶³³ Véanse, por ejemplo, los trabajos de R. A. SCHWARTZ, "Corporate Philanthropic Contributions", 23 *Journal of Finance* 479 (1968); Peter NAVARRO, "Why Do Corporations Give to Charity?", 61 *Journal of Business* 65 (1988) y Keith W. CHAUVIN y James P. GUTHRIE, "Labor Market Reputation and the Value of the Firm", 15 *Managerial and Decision Economics* 543 (1994).

⁶³⁴ R. MEADOW, "The Political Dimension of Non-Product Advertising", *Journal of Communication* p. 69-81, 1981.

⁶³⁵ Véase *infra* pp. 343 y ss.

⁶³⁶ Véanse Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª ed., Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, p. 384; Francisco VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanc, 19ª ed., Valencia, 2006, p. 837; y, finalmente, Antonio Manuel MORALES MORENO, "Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8 LGDCU)", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 683 y s. (reimpreso en Antonio MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 223-256, por donde se cita), y, en la doctrina alemana, Friedrich BERNREUTHER, "Das Vertragsangebot in der Werbung", *WRP* 7/2003, 846 (2003), 849.

arts. 3.1d) de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y 8.1 LGDCU.

Difícilmente, la publicidad comercial podrá equivaler a una oferta contractual en el sentido del artículo 1262 CC⁶³⁷. En primer lugar, las declaraciones que contiene la publicidad suelen ser demasiado generales para constituir todos los elementos de una oferta. Por otra parte, el anunciante se cuidará muy mucho de no correr el riesgo de tener que enfrentarse con una multitud de aceptaciones y la imposibilidad de cumplir las obligaciones contraídas⁶³⁸. Incluso, puede resultar difícil en ocasiones que constituya siquiera una *invitatio ad offerendum*, pues los mensajes publicitarios carecen a la práctica de los elementos necesarios⁶³⁹.

Debe tenerse presente que, en muchas ocasiones, la publicidad no es realizada por uno de los contratantes –usualmente, un vendedor, concesionario o franquiciado– sino que procede de un tercero –el fabricante o importador de los bienes, por ejemplo–. La integración del contrato por manifestaciones de un tercero colisiona con el principio de relatividad de los contratos y, por ello, es necesario que una ley obligue al contratante a asumir los riesgos derivados del discurso de un tercero. El art. 3.1 d) de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo salva este obstáculo cuando establece que los bienes serán conformes al contrato si presentan “la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por *el vendedor, el productor o su representante*, en particular en la publicidad o en el etiquetado”. Añade el artículo que “[e]l vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo”.

⁶³⁷ Cfr. Jay M. FEINMAN y Stephen R. BRILL, “Is an Advertisement an Offer? Why It Is, and Why It Matters”, 58 *Hastings Law Journal* 61 (2006).

⁶³⁸ En palabras de FARNSWORTH: “[a] customer would not usually have reason to believe that the shopkeeper intended exposure to the risk of a multitude of acceptances resulting in a number of contracts exceeding the shopkeeper’s inventory”. E. Allan FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, 3rd ed., Aspen Publishers, New York, 2004, pp. 260-261.

⁶³⁹ Tampoco nos parece necesario recurrir a la noción, ya rancia, de oferta pública realizada *ad incertam personam*. Bernardo MORENO QUESADA, “La oferta de contrato”, *RDN* 1956, pp. 107 y ss., p. 158.

Las posibilidades de integración de la oferta contractual mediante el discurso comercial (prototípicamente, la publicidad) responden básicamente a tres razones⁶⁴⁰:

- a) La contrastabilidad de la veracidad de las informaciones sobre cualidades del producto o servicio; especialmente, cualidades de experiencia y cualidades de búsqueda, que el consumidor no puede inspeccionar a bajo precio antes de la adquisición tendrán mayor capacidad de integrar el contenido de una oferta contractual⁶⁴¹. En muchas ocasiones, sin embargo, la información que transmite un empresario al mercado no hace referencia directa a tales cualidades de un producto o servicio. En otros términos, compete en el mercado proporcionando otro tipo de información tangencial a sus prestaciones: no siempre existirá una manifestación de *Leistungswettbewerb* o de actuación en el mercado por el propio esfuerzo.
- b) La utilización del lenguaje por parte del anunciante. Hablar del estado o las cualidades del bien puede ser insuficiente para afirmar que el anunciante quiere con ello vincularse⁶⁴². Sin embargo, no es preciso que el vendedor o anunciante haya asumido expresamente los riesgos por lo dicho o, como requería el derecho alemán (antiguo § 463 BGB⁶⁴³), que hubiera asegurado y no simplemente afirmado tales cualidades (*Eigenschaften Zusicherung*)⁶⁴⁴. Basta con que un consumidor

⁶⁴⁰ Con arreglo al art. 3.1.d) de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, habrán de concurrir diversos presupuestos para que un vendedor quede vinculado por sus declaraciones publicitarias. En resumen, éstas deberán: a) proceder de determinados sujetos: el propio vendedor, el fabricante de los bienes o su representante; b) estar referidas a características “concretas” de los bienes, esto es, el principio de vinculación no alcanzará a la llamada publicidad persuasiva; c) dar razón de “la calidad y las prestaciones habituales” del bien o servicio: la vinculación del vendedor a otro tipo de declaraciones – por todas, el precio – deberá fundamentarse en otra norma jurídica; y d) ser razonablemente esperables para un consumidor medio. Véase Elena LEIÑENA MENDIZÁBAL y Nerea IRÁKULIS ARREGI, “Aspectos publicitarios de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *La Ley* núm. 6609, 13.12.2006.

⁶⁴¹ Véase Fernando GÓMEZ POMAR, “Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica”, *InDret* 4/2001 (www.indret.com), p. 18.

⁶⁴² Especialmente, si se mantiene una tesis voluntarista sobre la interpretación e integración contractual. Sobre ello, en extenso, véase Antonio Manuel MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 233 y ss.

⁶⁴³ El antiguo § 463 BGB, vigente hasta el 31.12.2001, establecía: “*Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat*”. Para la nueva regulación del saneamiento de los vicios conocidos por el comprador, véanse §§ 442 y 443 BGB.

⁶⁴⁴ Sobre ello, Friedrich BERNREUTHER, *op. cit.*, p. 850.

razonable pueda entender que el anunciante manifiesta la voluntad de entrar en una negociación por su utilización de expresiones que implican cierta asunción de compromiso o invitar a realizar algo sin necesidad de tratos preliminares⁶⁴⁵.

- c) La frecuencia con que se realiza un concreto tipo de transacción. La integración contractual tiene mayor importancia en aquellos ámbitos en los que un bien es adquirido por un consumidor en una o pocas ocasiones: la institución predomina casi en exclusiva en el ámbito de la venta de viviendas y carece de relieve en la venta de detergentes⁶⁴⁶ y, de hecho, casi la totalidad de sentencias dictadas en aplicación del art. 8.1 LGDCU tienen por objeto la compraventa de inmuebles destinados a vivienda⁶⁴⁷.

Con todo, para que el contenido de la publicidad llegue a integrar un contrato no es necesario que constituya una oferta contractual. A ello contribuyen reglas de responsabilidad y principios básicos de actuación en el tráfico que conllevan que quien afirma algo deba, luego, tener que asumir el riesgo de engaño que pueda generar. Rige, si bien matizadamente, el principio *ut venditor praestat quod de ea re dixit*⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ En este sentido, véase *Restatement (Second) of Contracts*, § 24, comment b (1981).

⁶⁴⁶ En el derecho de contratos del *Common Law*, se pone como ejemplo de integración contractual por la publicidad un supuesto de transacciones únicas: las recompensas por búsqueda de objetos o animales perdidos. Véase Günter H. TREITEL, *The Law of Contract*, 11th ed., Sweet & Maxwell, London, 2003, p. 13: “Advertisements of bilateral contracts are not often held to be offers since such advertisements do often lead to further bargaining, and since the advertiser may legitimately wish, before becoming bound, to assure himself that the other party is able to perform his part of any contract which may result”.

⁶⁴⁷ Véase *supra* n. 26.

⁶⁴⁸ Véase también art. 6:101 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), comisionados por el prof. Ole LANDO: «Artículo 6:101: Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales. (1) Una declaración hecha por alguna de las partes antes o durante la conclusión del contrato, se debe considerar fuente de obligación contractual si la otra parte, lógicamente y de acuerdo con las circunstancias, así la entendió, teniendo en cuenta: (a) La importancia aparente de la declaración para la otra parte. (b) Si la parte formuló la declaración en el marco de una operación de negocios. (c) Y la experiencia profesional de cada una de las partes. (2) Si una de las partes es un proveedor profesional e informa sobre la calidad o el uso de servicios, mercancías u otros bienes, ya sea al introducirlos en el mercado, ya sea al hacer publicidad de los mismos o de cualquier otro modo con carácter previo a la conclusión del contrato, lo que declare al respecto será considerado fuente de una obligación contractual, a menos que se demuestre que la otra parte sabía o no podía desconocer que lo manifestado era incorrecto. (3) Informaciones como las mencionadas u otros compromisos formulados por un representante, por una persona que hace publicidad de los servicios, mercancías u otros bienes del proveedor profesional o por una persona que se ocupa de los primeros contactos para llevar a cabo el negocio, serán consideradas fuente de obligaciones contractuales a cargo del

En este sentido, algunos autores han reservado a la integración contractual por la publicidad un mero valor informativo o principio rector de interpretación de acuerdo con la buena fe⁶⁴⁹. La buena fe fundamenta una fuente de vinculación por lo afirmado sin necesidad de exigir el engaño intencional del anunciante, sino a partir de la confianza que provocan sus actos en el otro contratante⁶⁵⁰. La integración del contrato, según el Prof. Antonio Manuel MORALES MORENO, puede producirse como una presuposición⁶⁵¹. De acuerdo con este autor, una presuposición es la realidad fáctica y objetiva tomada en cuenta para la ordenación de las obligaciones surgidas de un contrato y que es susceptible de generar una imagen publicitaria del bien en la que confía el consumidor a la hora de contratar: “a través de dicha imagen se configura el interés que el [...] consumidor puede aspirar a satisfacer a través del contrato: que ese interés queda insatisfecho si el producto entregado no se corresponde a esa imagen ideal que ofrece la publicidad”⁶⁵².

En tercer lugar, aunque el discurso comercial pueda estar directamente correlacionado con un contrato, no hay buenas razones para fundamentar que el elemento comercial absorba en todo caso al elemento discursivo. En caso contrario, la protección del discurso comercial quedaría difuminada por una regulación más o menos intervencionista del mercado y aumentarían la fragilidad de los compromisos constitucionales. En otras palabras, lo más no siempre incluye lo menos: “not always the greater includes the lesser”:

- a) Prohibir hablar sobre un producto puede ser más restrictivo que prohibir el propio producto, ya que supone manipular la información con la que un consumidor razonable adopta sus decisiones⁶⁵³. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que según el Tribunal Supremo de los EE.UU., puede prohibirse la publicidad que recae sobre actividades ilegales. En efecto, para prohibir la publicidad, pongamos por caso, del tabaco, debería procederse antes a expulsar a éste del comercio de los hombres. No obstante, según el mismo tribunal, no

proveedor profesional, a no ser que éste ignorara o no tuviera motivos para conocer la información o el compromiso adquirido».

⁶⁴⁹ Antonio MORALES MORENO, *op. cit.*, pp. 245 y ss.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, p. 239.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 245.

⁶⁵² *Ibidem*, p. 246.

⁶⁵³ Véase el voto particular de Brennan a *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.* (478 U.S. 328 (1986)). Me remito a lo expuesto *supra* pp. 99 y ss.

puede perseguirse a quien aboga por la realización de actividades vedadas a los hombres: incitar al consumo de marihuana⁶⁵⁴.

Con todo, deberán evaluarse las distintas políticas legislativas de regulación de la información alternativas a las prohibiciones de realizar publicidad. Por ejemplo, los contradiscursos por parte de los poderes públicos se pueden presentar como menos restrictivos que una regulación muy intrusiva del discurso comercial⁶⁵⁵.

- b) Reconocer que lo más incluye lo menos supone negar la existencia de protección constitucional al discurso comercial o, en otras palabras, afirmar que ostenta el mismo nivel de protección que la libertad de empresa. Esto es, que en ningún caso, nada tiene que ver con la libertad de expresión. El argumento se reduce al absurdo.

Finalmente, puede aducirse que los avances tecnológicos dificultan la separación entre propiedad y discurso, o si se prefiere, entre derecho de propiedad y libertad de expresión⁶⁵⁶. Por ejemplo, en el ciberespacio, resulta más arduo distinguir entre conducta y discurso, hecho que dificulta las regulaciones de Internet⁶⁵⁷. Piénsese, por ejemplo, en la descarga de productos de entretenimiento en la red: resulta evidente que la regulación de algunos aspectos relativos a la tecnología de descarga puede suponer una intromisión en la libertad de expresión⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ Véase Martin H. REDISH, "Tobacco Advertising and the First Amendment", 81 *Iowa L. Rev.* 589 (1996), p. 600.

⁶⁵⁵ Algunos autores desconfían de la idoneidad del contradiscurso para superar el aprovechamiento de los anunciantes. Véase Paul HORWITZ, "Free Speech as Risk Analysis: Heuristics, Biases, and Institutions in the First Amendment", 76 *Temple Law Review* 1, Spring 2003. p. 56 y 57. Además, téngase en cuenta que, a diferencia de lo que puede ocurrir con otras formas de discurso (en especial, el funcionamiento del discurso científico), los competidores no estarán incentivados a contrarrestar las mentidas o la publicidad realizada. Véase Richard A. POSNER, "Free Speech in an Economic Perspective", 20 *Suffolk U.L.Rev.* 1 (1986). Sin embargo, téngase en cuenta el papel de las asociaciones de consumidores y de los *reviewers* externos independientes.

⁶⁵⁶ Daniel FARBER, "Expressive Commerce in Cyberspace: Public Goods, Network Effects, and Free Speech", 16 *Georgia State University Law Review* 790 (1999-2000), p. 793.

⁶⁵⁷ Daniel FARBER, *op. cit.*, p. 796.

Además, existen algunos productos cuyos mecanismos preferentes de promoción no están sujetos al régimen de restricciones previsto para otros productos. Nos estamos refiriendo al videoclip o video musical como instrumento básico de promoción de la música popular. Parece poco razonable defender la necesidad de dos estándares de protección diferentes para el mismo trabajo de, por ejemplo, Chris CUNNINGHAM, cuando va destinado a ser un videoclip o cuando a ser un anuncio de unos pantalones.

La mercantilidad o comercialidad del discurso entendida como vínculo con un contrato o con la promoción de bienes y servicios no debería hacer derivar ninguna conclusión que afectase a la protección del discurso comercial mediante la libertad de expresión. La cuestión, sin embargo, cobra nuevos matices si la mercantilidad del discurso se circunscribe a la posibilidad que la expresión incida *en el mercado con fines concurrenciales*: desde este punto de vista, las fronteras categoriales entre discurso público y discurso comercial se desvanecen para dar paso a un análisis unitario centrado en el examen de las externalidades negativas que un discurso puede ocasionar al funcionamiento del mercado.

En este sentido, lo dicho o lo escrito por uno puede repercutir negativamente en el funcionamiento de una institución social cuya preservación esté encomendada al derecho. En particular, el derecho represor de la competencia desleal persigue la protección del funcionamiento del mercado y servirá, en ocasiones, para restringir determinados discursos. Paralelamente, otras normas del ordenamiento se ocupan de regular las condiciones en las que se produce discurso público y garantizar una determinada estructura de mercado: así, por ejemplo, el derecho de defensa de la competencia puede servir como instrumento para la salvaguarda de un mercado de telecomunicaciones en el que diversos emisores compiten con sus ideas y palabras⁶⁵⁹.

Una conducta expresiva puede llegar a enturbiar el funcionamiento de una institución social como es la competencia, sin necesidad de lesionar una posición jurídica subjetiva. Esto es, el derecho de la competencia desleal puede ponerse en marcha sin

⁶⁵⁸ Pues las injerencias a la libertad de expresión vienen dadas tanto por el derecho como por las normas sociales, el mercado y la propia tecnología. Véase Lawrence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999, p. 165 y ss.

⁶⁵⁹ Véase, por ejemplo, Howard A. SHELANSKI, "The Policy Limits of Markets: Antitrust Law as Mass Media Regulation", Berkeley Law and Economics Working Papers, 2003, (http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1068&context=berkeley_law_econ). Algunos autores, como hemos visto, proponen la regulación intensa no ya sólo de las condiciones de producción sino, también del contenido del discurso público realizado en algunos medios. Véase, por todos, Cass R. SUNSTEIN, "A New Deal for Speech", 17 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 137 (1994-1995).

necesidad de que exista un daño en sentido estricto: la mera creación de un riesgo para la competencia es suficiente para activar el instrumental de la LCD⁶⁶⁰.

Como es bien sabido, dada la dimensión estructural del derecho de la competencia, no se requiere tampoco la existencia de una relación de competencia entre actor y demandado para la puesta en funcionamiento de los mecanismos y remedios legales previstos en el derecho represor de la competencia desleal (art. 3.2 LCD):

Artículo 3. Ámbito subjetivo.

1. La Ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.

2. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal.

Sin embargo, el § 1 de la antigua UWG exigía la existencia de una *Wettbewerbsverhältnis*, aunque dados los fines protectores de la legislación represora de la competencia desleal –en especial, la protección de la institución de la competencia–, algunos autores ya habían cuestionado la vigencia del recurso a este concepto⁶⁶¹. La nueva UWG prescinde de este componente secular (véase § 8).

Así, un participante en el mercado podrá dirigirse contra determinados particulares o contra otro empresario para, entre otros remedios, exigir el cese de su conducta⁶⁶² cuando exista un daño *efectivo* al funcionamiento del mercado. Obsérvese como hablamos de «daño efectivo» de *lege ferenda*. Ésta no es, sin embargo, la concepción jurisprudencial dominante en España, que considera suficiente un peligro en el funcionamiento del mercado para el despliegue de los mecanismos previstos en la LCD⁶⁶³. Como se ha puesto de relieve en Alemania a partir del asunto *Benetton* y de su

⁶⁶⁰ Véase José MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, Art. 5 (15).

⁶⁶¹ Véanse E. ULMER, “Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt”, *GRUR Int* 73, pp. 135 y ss.; p. 138 y Gerhard SCHRICKER, “Grenzen des Verbraucherschutzes – Zur Auslegung des Kaufscheinverbots in § 6b UWG”, *GRUR* 75, 349/ 352 *apud* BAUMBACH /HEFERMEHL, *op. cit.*, Einl UWG Rn 247.

⁶⁶² Con la salvedad, de acuerdo con el art. 2.1 LCD, de que tal conducta se realice en el mercado con fines concurrenciales (*Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs*). Véase, para un desarrollo de esta cuestión *infra* pp. 336 y ss.

⁶⁶³ Véase José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, Art. 5 (15).

progenie, este estándar de enjuiciamiento adolece de problemas similares a los generados por el principio de precaución o cualesquiera estándares de responsabilidad que, por una u otra razón, incrementen el estándar de diligencia exigible: en definitiva, priva a las gentes de conductas que podrían ser beneficiosas socialmente. En mi opinión, debería procederse a una interpretación restringida, dadas la libertad de empresa y la autonomía privada y, en el caso de conductas expresivas, la libertad de expresión.

No nos consta información sobre el número de procedimientos para la represión de conductas desleales iniciados por un empresario en los que no exista una relación de competencia con otro empresario: claramente, el beneficio esperado del pleito conformará el incentivo para su práctica y su curso.

La idea de beneficio esperado no puede hacer confundir la finalidad del derecho de la competencia de protección de la estructura del mercado con un mecanismo multifuncional que permite, entre otros, el resarcimiento de daños. La finalidad indemnizatoria es periférica en un derecho moderno de la competencia⁶⁶⁴. En la práctica, el beneficio esperado comprende no las ventajas derivadas de un supuesto mejor funcionamiento de la competencia, sino las ventajas derivadas del funcionamiento perverso de la acción de la cesación que consigue elevar las barreras de entrada y cercenar la información que fluye en el mercado.

Con todo, el art. 19 LCD, que regula la legitimación activa para la interposición de las acciones previstas en el cuerpo de la ley, requiere la existencia de un perjuicio o una amenaza para los intereses del demandante⁶⁶⁵. Podría pensarse que existe una

⁶⁶⁴ Véase, en general, Cándido PAZ-ARES, *op. cit.* Véase también Carme MADRENAS I BOADAS, *op. cit.* p. 83, quien critica que la doctrina tradicional haya ignorado los costes de la utilización de la acción de cesación y la haya tratado como un mecanismo rápido, eficaz, inocuo y beneficioso en todo caso. Sobre las ineficiencias generadas por la introducción de remedios indemnizatorios como instrumentos punitivos en los EE.UU., puede consultarse Lillian R. BEVIER, "Competitor Suits for False Advertising Under Section 43(a) of the Lanham Act: A Puzzle in the Law of Deception", 78 *Va. L. Rev.* 1 (1992).

⁶⁶⁵ Art. 19 LCD: "1. *Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros números del artículo anterior.*

La acción de enriquecimiento injusto solo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

2. *Las acciones contempladas en los números 1 a 4 del artículo anterior podrán ejercitarse además por las siguientes entidades:*

a) *Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.*

contradicción interna entre la finalidad de la norma y la regulación de la legitimación activa: si se exige afectación de un interés particular, ¿no se está exigiendo en cierta medida la acreditación de una determinada posición jurídica (derecho subjetivo)? ¿Se está relativizando el carácter político-económico de la LCD?⁶⁶⁶. Otra prueba de contradicción entre fin y funcionamiento de la LCD es la falta de legitimación de la Administración pública para ejercitar la acción de competencia desleal en tutela de intereses generales. A pesar de la finalidad de la norma y con la salvedad de las asociaciones de consumidores, los empresarios conservan en régimen de cuasimonopolio su papel de *vicarious avengers*.

Más allá de esta última matización, quiere ponerse de relieve que, al menos en teoría, el funcionamiento del derecho de la competencia desleal no viene supeditado en ningún caso a la existencia de una afectación de derechos subjetivos sino a la generación de un coste social⁶⁶⁷.

Esta noción de coste social puede entenderse como afectación de intereses colectivos, como perturbación del interés general o como un abuso de derecho (más específicamente, abuso de competencia). Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español en la STC 88/1986, de 1 de julio:

“La defensa de la competencia, en un aspecto normativo «comprende toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso, la represión, de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado», siendo su objetivo la «defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libertad de competencia» (STC 71/1982). No debe sin embargo, entenderse esta actuación como tendente a la eliminación de cualquier tipo de interferencia entre empresas, lo que a la postre destruiría la posibilidad misma de

b) Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores”.

⁶⁶⁶ Para José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.* Art. 3 (17) y Art. 19 (4), el perjuicio o la amenaza directa de los intereses económicos sólo concretan el interés legítimo exigible, que ostentan aquellos susceptibles de experimentar la repercusión que el acto de competencia desleal pueda tener sobre su posición o actividad en el mercado.

⁶⁶⁷ Véanse los problemas que comportaba un derecho ordenador de la competencia como el alemán de los primeros años del siglo XX urdido a partir de derechos subjetivos como el denominado “derecho a la empresa” (*Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*): Cándido PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

competencia en el mercado, sino, más bien, la de prevenir y, en su caso, corregir situaciones que afecten a la estructura del mismo” (FJ 4º).

En resumen, la noción de daño –ya entendida genuinamente como lesión de un derecho subjetivo⁶⁶⁸, ya como una obstrucción en el funcionamiento de las instituciones sociales (abuso de derecho; abuso de la competencia; afectación de intereses colectivos)– se proyecta sobre toda la problemática jurídica generada por el derecho de las comunicaciones comerciales⁶⁶⁹.

La mercantilidad de un discurso entendida como su posibilidad de incidir en el mercado con finalidades concurrenciales supera la concepción más limitada de mercantilidad como vínculo con la contratación. En este sentido, la mercantilidad de las comunicaciones comerciales puede proyectar más luz sobre la comprensión del papel de la libertad de expresión en este ámbito. Existe una mayor posibilidad de que una comunicación comercial incida en el mercado con fines concurrenciales de que lo haga un discurso a todas luces público. Por definición, una comunicación comercial se realiza en el mercado. Un discurso público, en cambio, puede realizarse con fines concurrenciales pero en otras ocasiones se realizará en otro *mercado de las ideas de referencia* o, en otros términos, fuera del mercado del que se ocupa la LCD. En efecto, de antemano, existe una mayor probabilidad de que una comunicación comercial enturbie la competencia. Mas, un discurso público puede afectar al funcionamiento de la competencia y, acaso, con un alto grado. El análisis resulta más fecundo, entonces, si se prescinde de la distinción categorial entre discurso público y discurso comercial y se centra en el examen de las externalidades negativas generadas por una concreta forma de expresión. El corolario metodológico de esta apreciación es la preferencia por un instrumento jurídico que permita el análisis *ad hoc* de los costes asociados a un discurso –como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad– a la utilización de categorías estancas de discurso construidas *ex ante* –la oposición entre discurso público y discurso comercial–.

⁶⁶⁸ Incluso, la idea de lesión de una posición subjetiva puede relacionarse con conductas expresivas no dañinas *per se*, pero que incrementan un riesgo. Me refiero a aquellos discursos comerciales sobre productos o servicios que causan daños (protótipicamente, la publicidad del tabaco y de bebidas alcohólicas).

⁶⁶⁹ Con ello, no quiere desconocerse la construcción dogmática del concepto de daño, sino destacarse que en los últimos decenios, se han primado en la literatura enfoques que se alejan del estadio del resultado (*harm-based*) para centrar el análisis desde el punto de vista del comportamiento y la prevención (*act-based*), hecho que en efecto, relativiza la delimitación entre daño individualizado y daño social.

3.4. Otro problema en el derecho español: la relación entre libertad de expresión y libertad de empresa

En el derecho español, la realización de publicidad y de otras formas de comunicación comercial es adscribible *prima facie* a dos derechos fundamentales diferentes: la libertad de información o de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, y la libertad de empresa, recogida en el artículo 38 CE.

La solución a la aplicación de este concurso de normas pasa por determinar si hay una relación de especialidad entre ambos preceptos y, en consecuencia, la utilización de un precepto desplazará *en todo caso* o *en algunas ocasiones* la del otro, o si, por el contrario, podrán ser invocados de forma conjunta y aplicados indistintamente.

El problema sobre la relación de normas constitucionales no se plantea únicamente entre libertad de expresión y libertad de empresa, pues ésta última se relaciona a su vez con otros y variados derechos fundamentales reconocidos por la CE⁶⁷⁰ y, en ocasiones, la regla de *lex specialis* se impone de forma rotunda: la libertad de trabajo y profesión (art. 35), el derecho a la propiedad (art. 33), el derecho de asociación (art. 22) o el derecho a la educación (art. 27).

En el ámbito de las comunicaciones comerciales, Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO han argumentado que si “la publicidad libre es necesaria para asegurar el funcionamiento del sistema económico de libre empresa [...], parece razonable concluir que en las constituciones como la española que reconocen explícitamente la libertad de empresa, ésta constituye una libertad *especial* en relación con la libertad de expresión en lo que a la protección de la libertad de publicidad se refiere de forma que *han de ser los criterios emanados de la libertad de empresa los que deben servir para enjuiciar la legitimidad constitucional de las limitaciones estatales sobre la publicidad*”⁶⁷¹. En definitiva, a falta de razones que determinen que “la publicidad sea vehículo de expresiones que pertenecen al discurso público”⁶⁷², la regla de defecto es la protección de la publicidad mediante la libertad de empresa.

⁶⁷⁰ Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Ensayo sobre la libertad de empresa” en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 5993 (énfasis en el original).

⁶⁷² *Ibidem*, p. 5591.

Mas, seguidamente, relegan al ámbito de la ponderación la tarea de determinar un mayor grado de protección a aquel discurso que “más pueda considerarse expresión del discurso público o [que] más contribuya a informar al público sobre extremos relevantes para una discusión pública” u otro menor para aquella expresión publicitaria con “mayor conexión [...] con intereses económicos del empresario que la realiza”⁶⁷³. De la misma opinión es Miguel RUIZ MUÑOZ, para quien “resulta obligado distinguir entre el discurso publicitario portador de opinión pública y el discurso publicitario a secas: [...] en el primer caso la tutela constitucional debe ser intensa y muy en línea de la que puede recibir cualquier manifestación típica de la libertad de expresión. En otro caso, [...] el discurso cuenta igualmente con el amparo constitucional de la libertad de expresión, pero mediatizado o filtrado por otro derecho fundamental como es la libertad de empresa (art. 38 CE), que se constituye de esta manera en una libertad especial respecto de la libertad de expresión”⁶⁷⁴.

Los autores citados desplazan, así, la interpretación del concurso de normas a la fase de análisis sobre la imbricación de las comunicaciones comerciales con determinadas prácticas sociales y sus consecuencias sobre diferentes bienes jurídicos propios y ajenos al empresario anunciante.

El criterio plantea un problema epistemológico al pretender identificar ya en la fase de adscripción de la conducta a una norma constitucional el resultado de la ponderación de los bienes e intereses jurídicos en juego. *Prima facie* se desconoce el grado de protección que merecerá la comunicación comercial objeto del pleito y, si una parte en el mismo –por ejemplo, el empresario que cuestiona la constitucionalidad de una regulación de la publicidad–, alega ambos preceptos, el análisis deberá hacerse en relación a los dos, con independencia de que, finalmente, el grado de protección sea el mismo. El análisis del principio de proporcionalidad arrojará finalmente, tras sopesar los diferentes bienes jurídicos e intereses en juego, el alcance de la protección de las comunicaciones comerciales y si éste debe coincidir con el típicamente ofrecido a la libertad de empresa o el propio de las expresiones que conforman el núcleo duro del contenido esencial de la libertad de expresión.

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 5593.

⁶⁷⁴ Miguel RUIZ MUÑOZ, “Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables”, *Estudios sobre consumo*, núm. 79, octubre de 2006, pp. 89-118 (también publicado en *RDM* núm. 263, 2007, pp. 115-168), p. 97.

Por otra parte, tampoco puede tomarse el grado de protección finalmente establecido como prueba de la adscripción de la expresión publicitaria a uno u otro derecho. Que en un caso concreto en que se alegó la libertad de expresión, tras realizar la ponderación de los bienes jurídicos e intereses afectados, se determine que el grado de protección deba ser reducido no debe conllevar que la expresión publicitaria quede fuera del ámbito de aplicación de la libertad de expresión, sino simplemente que se ha producido una injerencia en ésta que ha superado el test de la proporcionalidad. Desde este punto de vista, afirmar que una regulación de la expresión publicitaria vulnera la libertad de empresa pero no la libertad de expresión es inconcebible⁶⁷⁵.

Además, desde un enfoque práctico, esta tesis resulta más útil que intentar delimitar criterios para la aplicación separada de la libertad de expresión y la libertad de empresa: puesto que muchas constituciones carecen de esta dualidad, en el derecho comparado y en la jurisprudencia de tribunales supranacionales, cuya jurisprudencia en interpretación de tratados internacionales vincula a los poderes públicos (art. 10.2 CE), se impone la comprensión jurídica sobre la protección de las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión, aislando como cuestión controvertida el alcance de tal salvaguarda.

4. Conclusiones

- I. Resulta difícil distinguir las comunicaciones comerciales de otros discursos protegidos constitucionalmente. Enfoques analíticos sugieren que las diferencias entre discurso público y discurso comercial son residuales. La distinción es, en todo caso, normativa e insuficiente para fundamentar una distinción categorial entre ambas formas de expresión y el establecimiento de dos estándares de protección diferentes.
- II. La relación del discurso comercial con la contratación y, por extensión, con el mercado puede conllevar en algunos supuestos una mayor competencia para su regulación. En algunos casos, pero no siempre, determinadas circunstancias justificarán que el grado de protección ofrecido a las comunicaciones comerciales

⁶⁷⁵ Acaso lo contrario -una vulneración de la libertad de expresión, pero no de la libertad de empresa- podría suceder si se sostuviera que no todas las cuestiones analizables en el ámbito de la libertad de expresión lo son en el de la empresa, por ejemplo, que no deberían tenerse en cuenta en el ámbito del art. 38 CE consideraciones relacionadas con la democracia y el autogobierno, propias del ámbito del artículo 20 CE. Con todo, dados los principios de máxima eficacia de los derechos fundamentales, de unidad constitucional y reglas como el artículo 1 CE, que constituye el Estado social y democrático de Derecho, sugieren lo contrario.

sea inferior al típicamente asociado a la protección de las expresiones que conforman el núcleo duro de la libertad de expresión.

CAPÍTULO QUINTO

CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNICACIONES COMERCIALES

La adscripción de las comunicaciones comerciales a la libertad de expresión, expuesta y defendida en los dos capítulos precedentes, exige, en orden a maximizar la protección de tal derecho fundamental⁶⁷⁶, rediseñar las reglas del ordenamiento que ciñen las expresiones vertidas al mercado por empresarios. Con ello, claro está, no quiero decir que deba derogarse el entero derecho de la publicidad y relegarlo a objeto de estudio histórico de las instituciones, pero sí que resulta necesaria cierta desregulación, así como la modificación de muchas de las previsiones restantes; o, a falta de intervención legal, la aplicación por parte de los operadores jurídicos de pautas y principios de interpretación que permitan una comprensión maximizadora de la libertad de expresión en contextos comerciales y eviten el menoscabo de su reconocimiento constitucional. Con todo, no pueden obviarse los obstáculos sociojurídicos a este *desideratum* normativo: la inercia del poder regulatorio⁶⁷⁷, factores institucionales⁶⁷⁸ y una cultura jurídica europea de la libertad de expresión de calado muy diferente a la norteamericana⁶⁷⁹ contendrán la eficacia expansiva que el art. 20 CE puede desplegar en este ámbito.

En línea con los capítulos anteriores, una vez determinado que las comunicaciones comerciales quedan cubiertas *prima facie* por la libertad de expresión, la cuestión controvertida pasa por identificar el grado de protección que otorga tal cobertura. Para ello, será necesario examinar los mecanismos utilizados por tribunales y doctrina para concretarlo o, en otros términos, para definir el contenido esencial de la libertad de expresión en el mercado de bienes y servicios.

⁶⁷⁶ Los derechos fundamentales, como se ha expuesto, pueden entenderse como mandatos de optimización de protección dirigidos a los poderes públicos. Véase Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985 [traducción al español de Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª reimp., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002].

⁶⁷⁷ Rebecca TUSHNET, "The First Amendment as Battery Acid: Regulating False Advertising Versus Protecting Free Speech" (inédito, trabajo presentado en el Seminario de Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de Yale, New Haven, 4.5.2006).

⁶⁷⁸ Frederick SCHAUER, "Towards an Institutional First Amendment", 89 *Minn. L. Rev.* 1256 (2005). Véase también Michael R. SIEBECKER, "Corporate Speech, Securities Regulation, and an Institutional Approach to the First Amendment", 48 *William and Mary Law Review* 613 (2006) y Joseph BLOCHER, "Institutions and the Marketplace of Ideas", 57 *Duke Law Journal* 101 (2007).

⁶⁷⁹ Por todos, Frederick SCHAUER, "Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture", *KSG Working Paper No. RWP05-019* (2005), [disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=668523>].

Para ello, el apartado I abre el análisis examinando los métodos propios de tribunales para determinar el grado de protección atribuido a un derecho fundamental y su utilización en el ámbito de las comunicaciones comerciales. En primer lugar, expongo cómo algunos factores institucionales han propiciado que, en el desarrollo jurisprudencial de la libertad de expresión por parte del Tribunal Supremo norteamericano y, específicamente, en la formación de la doctrina del *Commercial Speech*, hayan confluído técnicas o métodos diferentes, en ocasiones contrapuestos, para la concreción del grado de protección constitucional asociado a las comunicaciones comerciales y hayan dado lugar a un ámbito de reglas descohesionado e inestable. En segundo lugar, presento algunas teorías generales, muy perneadas por la dogmática constitucionalista germana y española, sobre la identificación del contenido esencial de los derechos fundamentales, cuyas implicaciones metodológicas y prácticas en el ámbito del discurso comercial serán desarrolladas en los capítulos siguientes. Las teorías en cuestión se reducen, por una parte, a tesis materiales o absolutas del contenido esencial de la libertad de expresión y, por otra, a tesis relativas o a la utilización metodológica del principio de proporcionalidad.

Seguidamente, el apartado II expone los problemas que la identificación del contenido esencial de la libertad de expresión mediante una tesis absoluta o un enfoque categorial conlleva a la práctica. A modo de resumen, concluyo que la articulación de categorías discretas de discurso genera costes de aplicación y de error suficientes para preferir un enfoque metodológico alternativo.

Finalmente, el apartado III analiza este enfoque alternativo: el principio de proporcionalidad, cuyos elementos son presentados y examinados junto a problemas propios de la regulación de la publicidad y otras comunicaciones comerciales.

I. Métodos de delimitación del contenido esencial

1. Commercial Speech: *tumulto doctrinal y límites institucionales*

La doctrina norteamericana del *Commercial Speech* es, en buena medida, resultado de la utilización en la jurisprudencia sobre la libertad de expresión de dos enfoques diferentes, aunque interrelacionados: la ponderación y la categorización⁶⁸⁰.

1.1. Orígenes históricos de la ponderación y críticas

La ponderación (*balancing*) se encuentra en los orígenes de la jurisprudencia moderna sobre libertad de expresión dictada por el Tribunal Supremo norteamericano⁶⁸¹. Ya en *Toledo Newspaper Co. v United States* (247 U.S. 402 (1918)), la mayoría de magistrados confirmó la constitucionalidad de la prohibición a un periódico de criticar la imparcialidad de los jueces del Supremo en un asunto pendiente sobre tarifas ferroviarias por cuanto, se resolvió, la protección de otros bienes constitucionales, de las instituciones y procedimientos con los que la Carta Magna dota al Estado y la salvaguarda de la propia Constitución se erigían en intereses que inclinaban la balanza a su favor y en contra de la libertad de expresión. Oliver W. HOLMES, posteriormente, proporcionó el criterio del “clear and present danger” para circunscribir constitucionalmente aquellos daños asociados a determinados discursos obligando a identificar y sopesar las circunstancias de cada caso⁶⁸². La ponderación, propiciada por

⁶⁸⁰ Utilizo aquí el término «categorización» por ser el usado propiamente en la literatura norteamericana. El lector, si lo prefiere, puede sustituirlo por el de «subsunción». En lo fundamental, la categorización consiste en la elaboración de determinadas categorías o supuestos – que integran el ámbito normativo del derecho fundamental – a los que se asocia una norma jurídica – protección *en todo caso* –, cuya aplicación tiene lugar por medio de la subsunción.

⁶⁸¹ Eugene VOLOKH, “Freedom of Speech and the Constitutional Tension Method”, 3 *University of Chicago Roundtable* 223 (1996), p. 225.

⁶⁸² También el magistrado Learned HAND contribuyó muy mucho a la difusión del *balancing* en el ámbito de la libertad de expresión. Con todo, ambos magistrados excluyeron la aplicación de la ponderación a un conjunto de discursos para evitar así que el gobierno, en palabras de HAND, declarara ilícita “every political agitation which can be shown to be apt to create a seditious temper”. Véase, sobre ello, David R. DOW, “The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test”, 6 *William and Mary Bill of Rights Journal* 733 (1998).

el *legal realism* y la filosofía pragmática, venía a superar así la jurisprudencia formalista o de conceptos⁶⁸³.

Desde sus orígenes, sin embargo, la ponderación ha recibido muchas críticas. Acaso la objeción principal es aquella que sugiere que tal método facilita un papel demasiado activo y discrecional a los jueces por cuanto ponderar supone más inventar que aplicar derecho: la preocupación de fondo y repetida durante más de tres cuartos de siglo es que, al otorgar excesiva discrecionalidad al juzgador y fomentar la libre creación jurídica, se invaden competencias del legislador, dotado de cuando menos un mayor grado de legitimidad democrática que el poder judicial o un tribunal constitucional⁶⁸⁴. No hay dudas de que la ponderación entre principios o valores conlleva un riesgo mayor de subjetividad en las decisiones judiciales que la aplicación formalista de reglas y que desplaza los aforismos tradicionales en el discurso legal de que el juez es la “bouche de la loi” (MONTESQUIEU) o un “oráculo viviente” del derecho (BLACKSTONE)⁶⁸⁵. Pero tales críticas deben completarse⁶⁸⁶.

Además, la ponderación, se ha venido criticando, no es más que una forma de mostrarse deferente en exceso con las regulaciones de los poderes públicos sobre el discurso⁶⁸⁷. Mas, tales críticas recurren a argumentos sociológicos *ex post*: históricamente, no pueden dissociarse del descontento y reproche liberal a fallos del Tribunal Supremo norteamericano confirmando las persecuciones penales de

⁶⁸³ En el ámbito académico, Zechariah CHAFEE Jr. preconizó y difundió el uso de la ponderación en el ámbito de la libertad de expresión entre más de una generación de juristas norteamericanos. Véase Zechariah CHAFEE JR., *Freedom of Speech*, Harcourt, Brace and Howe, New York, 1920.

⁶⁸⁴ En Alemania, capitanea esta tesis Jürgen HABERMAS. Véase Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, especialmente, pp. 332-336.

⁶⁸⁵ Véase Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2004, pp.351-382 (también disponible en <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/ponderacion.pdf>, por donde se cita), p. 4.

⁶⁸⁶ Véase *infra* apartado 3, pp. 310 y ss.

⁶⁸⁷ Laurent B. FRANTZ, “The First Amendment in the Balance”, 71 *Yale L. J.* 1424 (1962). Cfr. Wallace MENDELSON, “The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz”, 17 *Vand. L. Rev.* 479 (1964).

militantes comunistas durante la era McCarthy y que plantearon la necesidad de redibujar el mapa y limitar el poder de los tribunales⁶⁸⁸.

1.2. Respuestas: libertad de expresión como absoluto y categorización

Una primera vía de escape frente al enfoque pragmático de la Primera Enmienda fue el entendimiento de la libertad de expresión como un absoluto. Aferrándose a la literalidad de la Enmienda constitucional, que reconoce que “Congress shall make *no law* abridging the freedom of speech, or of the press”⁶⁸⁹, la libertad de expresión se erigió en límite infranqueable e inexpugnable frente a las autoridades públicas. Los mayores exponentes de esta tendencia absolutista en el Tribunal Supremo fueron William O. DOUGLAS y Hugo BLACK. Para este último, la expresión “no law” de la Primera Enmienda debía leerse “without any ifs, buts, or whereases”⁶⁹⁰. Con todo, téngase en cuenta que esta visión se proyectaba sólo sobre un pequeño conjunto de discursos, pues el Tribunal asumía implícitamente que los intereses generales presentes debían excluir toda protección al discurso o, incluso, su adscripción a la libertad de expresión, por cuanto entendía que determinadas “utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth”⁶⁹¹.

La rigidez de esta comprensión absoluta ya fue denunciada en el seno del propio Tribunal: el magistrado Felix FRANKFURTER, en su voto concurriendo a *Dennis v. United States* (341 U.S. 494 (1951)), abogó por “[a] candid and informed weighing of the competing interests” frente al método consistente en “announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidean problems to be solved”. En este sentido, varios jueces propiciaron la construcción de reglas generales obtenidas después de cierta ponderación general de los intereses en juego, técnica etiquetada como “definitional

⁶⁸⁸ Martin REDISH ha mostrado cómo la Caza de Brujas influyó decisivamente en la formación de la doctrina actual sobre libertad de expresión del Tribunal Supremo norteamericano y cómo la distinción entre discurso y conducta en el ámbito de actividades de disidencia aún resulta útil y vigente. Véase Martin REDISH, *The Logic of Persecution. Free Speech and the McCarthy Era*, Stanford University Press, Stanford, 2005.

⁶⁸⁹ Énfasis añadido.

⁶⁹⁰ Edmond CAHN, “Justice Black and First Amendment «Absolutes»: A Public Interview”, 37 *N.Y.U. L. Rev.* 549 (1962), p. 559.

⁶⁹¹ *Chaplinsky v. New Hampshire* (315 U.S. 568 (1942)).

balancing”⁶⁹² y descrita como el resultado de “assessing the competing interests in the general run of cases and formulating rules”⁶⁹³. La técnica jurídica resultante consistía en el diseño de nuevos tests legales (*bright line rules*) de acuerdo con un conjunto de categorías⁶⁹⁴.

Las dos distinciones categoriales más conocidas son aquella que opone regulación del contenido del discurso y normación de otros aspectos (*content-based* y *conduct-based restrictions*) y aquella que, dentro de las primeras, distingue entre limitaciones a discursos valiosos y a discursos no valiosos (*high value* y *low value speech*). Este enfoque categorial tuvo su auge durante el período en que el Tribunal Supremo fue presidido por Earl WARREN (1953-1969)⁶⁹⁵ y continua, más que menos, vigente en la actualidad⁶⁹⁶.

⁶⁹² Melville NIMMER, “The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy”, 56 *Cal. L. Rev.* 935 (1968). Véase también Steven SHIFFRIN, *The First Amendment, Democracy and Romance*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990, p. 14.

⁶⁹³ Steven SHIFFRIN, *id.*

⁶⁹⁴ La doctrina ha señalado que esta forma de categorización no deja de ser el resultado de una ponderación que ha cristalizado en una regla. Así, para Kathleen M. SULLIVAN, “Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing”, 63 *U. Colo. L. Rev.* 293 (1992), p. 295, n. 6: “[...] the surviving categories may be rationalized as merely the precipitate of earlier balancing that always happen to come out the same way”. Véanse también Martin H. REDISH, *Freedom of Expression. A Critical Analysis*, The Michie Company, Charlottesville (VA), 1984, p. 227, Steven SHIFFRIN, *op. cit.*, pp. 15-16 y p. 33; Richard A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge (MA)/Londres, 2003, p. 375; Kathleen M. SULLIVAN y Gerald GUNTHER, *First Amendment Law*, 2d ed., Foundation Press, New York, 2003, p. 13; y Charles H. KOCH, Jr., “A Community of Interest in the Due Process Calculus”, 37 *Hous. L. Rev.* 635 (2000), p. 654.

El *definitional balancing* opera como método de equilibrio entre absolutismo y ponderación *ad hoc*. Por ejemplo, para Adam WINKLER, “[t]he weighted balancing approach to strict scrutiny reflects compromise between two views of constitutional interpretation, represented by Justices Hugo Black and Felix Frankfurter respectively”. Véase Adam WINKLER, “Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts”, 59 *Vand. L. Rev.* 793 (2006), p. 804.

⁶⁹⁵ No puede equipararse categorización con un enfoque liberal de la justicia constitucional y ponderación con otro conservador. Ambas técnicas han sido utilizados por magistrados de distinto signo político. Véase especialmente Kathleen M. SULLIVAN, *op. cit.*, pp. 294 y 307-308.

Además, algunos autores también han criticado una actitud imparcial y discrecional en la resolución de conflictos en la *Warren Court*. En este sentido, téngase en cuenta el debate abierto por uno de los artículos clásicos de la literatura constitucionalista americana: Herbert WECHSLER, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959), en el que se abogaba por la limitación de la discreción judicial a partir de la crítica a *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 (1954)). Véase también otro *locus classicus*: John H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.

A modo de resumen, para John Hart ELY, toda regulación sobre el contenido de un discurso es presuntamente inconstitucional excepto “that which falls within a few clearly and narrowly defined categories”⁶⁹⁷. En cambio, las regulaciones que no repercuten en el contenido pasarán fácilmente el test de constitucionalidad.

Según ELY, frente a la ponderación, la categorización se presenta “more likely to protect expression in crisis times”, ya que, al menos, “where messages are proscribed because they are dangerous, balancing tests inevitable become intertwined with the ideological predispositions of those doing the balancing –or if not that, at least with the relative confidence or paranoia of the age in which they are doing it”⁶⁹⁸.

1.3. Críticas a la categorización y límites institucionales

Steven H. SHIFFRIN ha criticado la categorización resultante del *definitional balancing*: en primer lugar, ha destacado que la utilización de categorías discretas de discurso es inflexible y no puede tomar en consideración todas las particularidades de un caso⁶⁹⁹ y, en segundo lugar, ha manifestado que en diversas ocasiones las reglas obtenidas se remiten a conceptos abiertos que requerirán sopesar las circunstancias concretas de una situación⁷⁰⁰. En efecto, la interacción de reglas y principios constitucionales con intereses del gobierno es demasiado compleja para que los operadores jurídicos puedan utilizar de un modo automático y en cualquier conflicto las reglas antes obtenidas⁷⁰¹. La categorización resultante del *definitional balancing* no es pues mecánica,

⁶⁹⁶ Eugene VOLOKH, “Pragmatism vs. Ideology in Free Speech Cases”, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁹⁷ John H. ELY, *op. cit.*, p.110

⁶⁹⁸ John H. ELY, “Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis”, 88 *Harv. L. Rev.* 1482 (1975), pp. 1500-1501.

⁶⁹⁹ Steven H. SHIFFRIN, *op. cit.*, p. 15. En el mismo sentido, Daniel A. FARBER y Philip P. FRICKEY, “Practical Reason and the First Amendment”, 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1615 (1987), p. 1647: «Foundational justifications [...] remain oddly insulated from deliberative evaluation at the place where they matter most, their application to concrete situations».

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 17.

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 34. En un mismo sentido, Robert C. POST, si bien defendiendo la utilización de reglas categoriales, ha argumentado que resulta necesario examinar cómo los valores asociados al discurso se incardinan en una determinada práctica o institución social. Esto es, al concretar el grado de protección de las comunicaciones comerciales por la libertad de expresión, debería procederse en dos

sino que en su desarrollo, jueces y doctrina elaboran un discurso con premisas fácticas y otras normativas y, en efecto, las valoraciones más pragmáticas se entremezclan con consideraciones acerca de las finalidades que cada intérprete asocia a la libertad de expresión⁷⁰².

La afirmación anterior debe matizarse: en la jurisprudencia del Tribunal Supremo confluyen en la delimitación categorial juicios generales de ponderación de intereses generales y teorías materiales o funcionalistas sobre los valores protegidos por la Primera Enmienda, pero no lo hacen de un modo natural, ordenado y coherente. La utilización simultánea de ambas técnicas tiene su origen en el carácter colegial del Tribunal y en la exigencia de que los recursos se estimen o se inadmitan por mayoría⁷⁰³. Esto es, un tribunal compuesto por nueve jueces no tiene una voz, sino que conforma un coro de voces: las opiniones, a veces muy dispares o radicalmente opuestas, de cada magistrado sobre la libertad de expresión entran en juego y, en la formación de una mayoría suficiente para dictar una sentencia, su ponente deberá ceder en ocasiones y renunciar a algunos de sus argumentos o admitir la añadidura de un párrafo propuesto por otro magistrado. No pueden obviarse los incentivos para adoptar determinados comportamientos estratégicos y para el intercambio de votos⁷⁰⁴, pues un juez preferirá a veces no revelar sus preferencias con tal de apoyar un fallo que no se aleje demasiado de aquéllas o que pueda impedir en el futuro otro fallo diferente todavía más alejado⁷⁰⁵.

ponderaciones: la primera, al diseñar la regla y, la segunda, al aplicarla. Véase Robert C. POST, "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", 89 *Cal. L. Rev.* 2353 (2000).

⁷⁰² Eugene VOLOKH, "Pragmatism vs. Ideology in Free Speech Cases", 99 *Nw. U. L. Rev.* 33 (2004-2005), *passim*.

⁷⁰³ "[T]o the extent that individual rules are each representative of coherent legal philosophies, it may not be possible to construct a similarly coherent collegial doctrine, at least not one that is representative of the court in a majoritarian sense" (Dimitri LANDA y Jeffrey R. LAX, "Legal Doctrine on Collegial Courts", 2007, p. 7, disponible en SSRN (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=975098)). LANDA y LAX construyen un modelo a partir de un three-prong test —el *Lemon test* utilizado para el control de constitucionalidad de normas en relación al principio de laicidad del Estado— y analizan las consecuencias del carácter colegial de un tribunal sobre la coherencia y la seguridad jurídica en la construcción de doctrinas legales. Si bien el trabajo no tiene en cuenta dos factores relevantes —el hecho de que los miembros de un tribunal no votan a la vez, sino secuencialmente, y el carácter no binario de los factores que componen un test y su interdependencia—, modeliza las intuiciones que siguen al carácter colegial de cualquier unidad de decisión.

⁷⁰⁴ Evan H. CAMINKER, "Sincere and Strategic Voting Norms on Multimember Courts", 97 *Mich. L. Rev.* 2297 (1999) y Lewis A. KORNHAUSER y Lawrence G. SAGER, "The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts", 81 *Cal. L. Rev.* 1 (1993).

⁷⁰⁵ Para algunos ejemplos históricos, véase Barry FRIEDMAN, "The Politics of Judicial Review", 84 *Tex. L. Rev.* 257 (2005), pp. 280-290.

Con todo, en las sentencias del Tribunal Supremo sobre libertad de expresión, la ideología de los jueces no es un factor determinante de su contenido: no son habituales sentencias votadas por la mayoría de magistrados conservadores frente a la oposición de jueces liberales, como ocurre en otros ámbitos, señaladamente en la jurisprudencia sobre distribución de competencias entre gobierno federal y gobiernos estatales⁷⁰⁶. Las alianzas para formar mayorías o para suscribir conjuntamente un voto particular no están pues alineadas con elementos ideológicos y varían mucho en función del sector específico de regulación enjuiciado en el pleito (de forma marcada, en pornografía, difamación y subvenciones al discurso artístico, así como en donaciones a partidos políticos)⁷⁰⁷.

Así las cosas, algunos magistrados del Supremo se han mostrado críticos con la utilización de categorías y han abogado por formas explícitas de ponderación tanto en el ámbito de la libertad de expresión como en otros sectores⁷⁰⁸.

De hecho, resultando en buena parte del carácter colegial de la corte, es frecuente en la jurisprudencia la utilización de una retórica propia de juicios de ponderación: por ejemplo, en el ámbito del *strict scrutiny*, el Tribunal Supremo exige que una injerencia en un derecho fundamental esté “narrowly tailored” a los intereses generales apremiantes (“compelling interest”) que las autoridades persigan; mientras que, al acudir al *rational basis*, se degrada esta exigencia a un control de su razonabilidad⁷⁰⁹. En la práctica, sin embargo, suele ocurrir que la dotación de una u otra forma de control presupone quien

⁷⁰⁶ Eugene VOLOKH, “Pragmatism vs. Ideology in Free Speech Cases”, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁰⁷ En general, véase Eugene VOLOKH, “How Justices Voted in Free Speech Cases. 1994-2000”, *UCLA L. Rev.* 2001. (versión actualizada en <http://www.law.ucla.edu/volokh/howvoted.htm>). Para un resumen de las alianzas y mayorías en el ámbito del *Commercial Speech*, véase Suzanna SHERRY, “Hard Cases Make Good Judges”, 99 *Nw. U. L. Rev.* 3 (2004), pp. 6-11. Véase también Frederick SCHAUER, “The Political Incidence of the Free Speech Principle”, 64 *U. Colo. L. Rev.* 935 (1993).

⁷⁰⁸ El ejemplo más conocido es el del magistrado John Paul STEVENS. Véase Wilson R. HUHNS, “Assessing the Constitutionality of Laws That Are Both Content-Based and Content-Neutral: The Emerging Constitutional Calculus”, 79 *Indiana Law Journal* 801 (2004) y Gregory P. MAGARIAN, “The Pragmatic Populism of Justice Stevens’ Free Speech Jurisprudence”, *Villanova University School of Law Working Paper Series* No. 57 (September, 2006), en el que se analizan las ponencias y votos particulares suscritos por STEVENS y su defensa de la ponderación en el análisis constitucional de las regulaciones de la expresión.

⁷⁰⁹ Eugene VOLOKH, “Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny”, 144 *U. Penn. L. Rev.* 2417 (1996).

ganará el pleito: con el primer test, triunfará la expresión, con el segundo, se alzarán el gobierno⁷¹⁰. Por ello, concluye Kathleen M. SULLIVAN que la utilización de estos *tiers* de control supone una forma de categorización, a pesar del uso nominal de retórica propia de la ponderación⁷¹¹.

Más SULLIVAN reconoce, por otra parte, que esta idea cede en la utilización de *tiers* o estándares intermedios como el test O'Brien⁷¹², en los que el razonamiento analógico flaquea y las categorías quedan desdibujadas⁷¹³. Ello también resulta patente en los casos sobre *Commercial Speech*: la confluencia en este ámbito de metodologías y enfoques heterogéneos, de la que es buena prueba el test de *Central Hudson*, conforma un conjunto tumultuoso de reglas, que propicia la adopción de comportamientos estratégicos por parte de los magistrados y la formación de alianzas o mayorías inesperadas, genera inseguridad jurídica y resulta insatisfactorio a los ojos de la mayoría doctrinal para solucionar problemas que se alejen del paradigma tradicional de la publicidad informativa.

⁷¹⁰ Kathleen M. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 296.

⁷¹¹ Kathleen M. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 296. Esta tesis, sin embargo, ha sido puesta en duda por la magistrada Sandra Day O'CONNOR y negada abiertamente por Adam WINKLER. En 1972 y en el número especial de la revista de la Facultad de derecho de Harvard dedicado al examen del año judicial anterior del Tribunal Supremo, el constitucionalista Gerald GUNTHER afirmó que el escrutinio riguroso aplicado a injerencias a derechos como la igualdad y la libertad de expresión era "«strict» in theory and fatal in fact". Véase Gerald GUNTHER, "The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", 86 *Harv. L. Rev.* 1 (1972), p. 8. Desde entonces, la frase acuñada por GUNTHER se ha mitificado y convertido en uno de los aforismos más repetidos del derecho constitucional norteamericano. En un trabajo reciente, Adam WINKLER ha negado la tesis de GUNTHER mediante la realización de un estudio empírico de un total de 459 casos resueltos entre 1990 y 2003 en los que tribunales federales han aplicado un estándar de *strict scrutiny*. Por ejemplo, en el ámbito de la libertad de expresión, analiza 222 casos (48 % del total de la muestra) y concluye que el gobierno u otra autoridad solamente pierde el pleito en el 22 % de los casos. Véase Adam WINKLER, *op. cit.*, pp. 844-857. Para una versión sumaria, Adam WINKLER, "Fundamentally Wrong About Fundamental Rights", 23 *Constitutional Commentary* 277 (2006) [disponible en: <http://ssrn.com/abstract=902673>].

⁷¹² Kathleen M. SULLIVAN, *op. cit.*, p. 296, n.9, y p. 297.

⁷¹³ Pero, además, las categorías se flexibilizan en ocasiones mediante técnicas de ponderación. Véase Calvin MASSEY, "The New Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny?", 6 *Journal of Constitutional Law* 945 (2004) "Tiered scrutiny has always had a somewhat artificial air of precision to it, because the criteria for sorting classifications and liberties into the appropriate bins has been flexible (to put it charitably), or so amorphous as to approach the illusory (to phrase it cynically). In any case, the supposed criteria have never been applied consistently." (p. 980).

De hecho, el resultado doctrinal de la confluencia entre categorización y ponderación ha sido convertir la jurisprudencia norteamericana sobre libertad de expresión en un entramado de reglas y tecnicismos, que algunos autores no han dudado en comparar con un reglamento de derecho tributario o una ley de censos⁷¹⁴.

Con todo, la categorización, y así lo han señalado varios autores, puede resultar útil en determinados escenarios. De entrada, la ponderación requiere un ejercicio más elaborado de argumentación y justificación que la categorización. El hecho de que la carga argumentativa sea más costosa a la hora de ponderar puede servir de argumento para preferir en determinados supuestos el recurso a reglas cristalizadas y ello podrá ocurrir en los casos fáciles (aquellos que no se litigan), pero, en cambio, en supuestos marginales o periféricos como muchos asuntos relativos a la protección constitucional de las comunicaciones comerciales, los riesgos de error pueden sobrepasar con creces los costes de argumentación.

Los problemas se incrementan en supuestos que se mueven sobre los bordes de las categorías (casos difíciles⁷¹⁵), como ha señalado la doctrina⁷¹⁶. En este sentido, supuestos en los que la regulación de elementos no expresivos incide indirectamente en el contenido del discurso y supuestos que presentan algún valor social tradicionalmente asociado a la libertad de expresión han puesto en entredicho en más de una ocasión el éxito de las categorías como constructos jurídicos para afrontar los conflictos que surgen en la realidad⁷¹⁷. Los casos difíciles, aquellos para los cuales el ordenamiento no ofrece una respuesta preprogramada, requieren de otra cultura jurídica argumentativa que permita sopesar las ventajas y desventajas de una determinada regla jurídica y que encuentra su manifestación en la ponderación. En

⁷¹⁴ Daniel A. FARBER, *The First Amendment*, 2nd ed., The Foundation Press, New York, 2003, p. 15. Véase también Robert C. POST, "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", 89 *Cal. L. Rev.* 2353 (2000); y Frederick SCHAUER, "Codifying the First Amendment: New York v. Ferber", 1982 *Sup. Ct. Rev.* 285 (1982), p. 309.

⁷¹⁵ Sobre los conceptos de «caso fácil» y «caso difícil» en la teoría del derecho, véase H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 155 y ss.

⁷¹⁶ Ronald A. CASS, "Commercial Speech, Constitutionalism, Collective Action", 56 *U. Cin. L. Rev.* 1317 (1987-1988), p. 1319. Sobre la distinción en el ámbito de la Primera Enmienda entre núcleo duro y periferia, véanse especialmente Frederick SCHAUER, "Commercial Speech and the Architecture of the First Amendment", 56 *U. Cin. L. Rev.* 1181 (1988) y David F. MCGOWAN, "A Critical Analysis of Commercial Speech", 78 *Cal. L. Rev.* 359 (1990).

⁷¹⁷ Steven H. SHIFFRIN, *op. cit.*, pp. 33-34; C. Edwin BAKER, "Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom", 62 *Iowa L. Rev.* 1 (1976), pp. 36-40. En detalle, véase *infra* pp. 330 y ss.

derecho privado, tal cultura de la argumentación ha sido identificada por muchos y, entre nosotros, especialmente, por el Prof. Cándido PAZ-ARES, con el principio de eficiencia⁷¹⁸.

2. Definición por categorías y teorías materiales y estructurales del contenido esencial de la libertad de expresión

El debate entre categorización y ponderación tiene su reflejo en el ámbito continental en la distinción entre teorías absolutas y teorías relativas del contenido esencial de los derechos fundamentales.

2.1. Teorías absolutas y relativas del contenido esencial de los derechos fundamentales

El art. 53.1 CE establece que:

“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su *contenido esencial*, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”. (énfasis añadido⁷¹⁹)

Las concepciones absolutas contemplan al núcleo esencial de un derecho fundamental como un “límite de límites”, esto es, como una barrera que el legislador –ya estableciendo una limitación al ejercicio de un derecho, ya configurándolo–, no puede traspasar sin infringir la Constitución⁷²⁰. Para las tesis relativas, por el contrario, el contenido esencial es el resultado de la ponderación de los bienes constitucionales en conflicto. Según estas últimas concepciones, el legislador de los derechos fundamentales sólo viene limitado por las exigencias del principio de

⁷¹⁸ Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “Principio de eficiencia y derecho privado”, en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, T. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900, p. 2845.

⁷¹⁹ Véase también art. 19.2 GG: “*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*” (“En ningún caso, un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”).

⁷²⁰ Véase, en general, Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

proporcionalidad⁷²¹. Expresado en otros términos, para una concepción absoluta, hay que oponer *contenido esencial* y *contenido constitucionalmente protegido* como si fueran dos círculos concéntricos, siendo el primero –el contenido esencial– el interior y el segundo, el exterior⁷²². El legislador puede introducirse en el círculo exterior –según algunos autores, sin ninguna limitación⁷²³; según otros, la mayoría, con sujeción al principio de proporcionalidad⁷²⁴–, pero no puede imponer límites al derecho que impliquen injerencia en el círculo interior. Por el contrario, los partidarios de una concepción relativa entienden que hay un único contenido constitucionalmente protegido en cuyo ámbito el legislador sólo puede intervenir con sometimiento a los requisitos del principio de proporcionalidad⁷²⁵.

Relacionado con las primeras, algunos autores han sostenido que todos los derechos fundamentales son absolutos y al menos “lo son siempre que su ejercicio se mantenga dentro de los umbrales del respectivo alcance de cobertura; si se traspasan aquellos, ello supone un abuso, exceso o extralimitación, que no constituye ya ejercicio del

⁷²¹ Véase *infra* pp. 310 y ss.

⁷²² Véase Francisco José BASTIDA FREIJEDO *et alii*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 134.

⁷²³ Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE, *op. cit.*, p. 77 y p. 81.

⁷²⁴ Véanse Luciano PAREJO ALONSO, “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, REDC núm. 3, 1981, pp. 169 y ss.; Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990; y Manuel MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

Por otra parte, apunta Ignacio VILLVERDE, en Francisco José BASTIDA FREIJEDO *et alii*, *op. cit.*, p. 138, “la jurisprudencia del TC ha ido evolucionando hacia una consideración del contenido esencial de un derecho fundamental alejada de la doctrina de los círculos concéntricos, en la que el contenido esencial se identifica con un mínimo irrenunciable e ilimitable de todo derecho fundamental. [...]. Recientemente, el TC parece haber abandonado esa visión minimalista para acercarse a la que hoy parece mayoritaria en la doctrina española según la cual el contenido esencial de un derecho fundamental es su titularidad, objeto, contenido y límites tal y como los define en abstracto la norma iusfundamental. Por tanto, ya no hay un contenido esencial, mínimo o necesario, y un contenido no esencial disponible al legislador; sino un contenido abstractamente definido en la Constitución y un contenido concretado por los poderes públicos que debe respetar escrupulosamente el contenido constitucional abstracto del derecho”.

⁷²⁵ Véanse Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Ensayo sobre la libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 51, n. 119; y Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, *passim*.

derecho en cuestión⁷²⁶. En otras palabras, no son posibles límites externos a los derechos fundamentales, porque éstos ya están suficientemente delimitados en el texto constitucional coherente. Si se prefiere, entre derechos sólo existen *pseudocolisiones* y el problema pasa por una delimitación adecuada de los derechos en juego⁷²⁷.

La cuestión se reduce entonces a realizar correctamente estas subsunciones e identificar aquellas facultades que conforman el contenido esencial de un derecho fundamental o que manifiestan un ejercicio legítimo del mismo. Tribunales y doctrina han recurrido a diferentes técnicas para tal tarea y han dado lugar a dos grandes grupos de teorías que pueden etiquetarse como teorías materiales y teorías estructurales del contenido esencial de los derechos fundamentales.

2.2. Teorías materiales de los derechos fundamentales

Para las teorías materiales de los derechos fundamentales, la identificación de qué conductas deben quedar protegidas por aquéllos y pasar a integrar su contenido esencial deriva de una concepción material de los mismos, constituida a su vez por un conjunto de valores ideológicos o una visión general del funcionamiento de la sociedad y del papel en ella de la Constitución. En buena medida, se concreta el ámbito de protección de una norma fundamental a partir de la función o finalidad social que se otorga al derecho que reconoce.

Ya hemos apuntado cómo, en el ámbito de la libertad de expresión, las funciones más manidas se refieren a la autonomía individual y a la colectiva. *Grosso modo*, la primera concepción, en línea con el pensamiento de John Stuart MILL y de Isaiah BERLIN, configura la libertad de expresión como una libertad negativa, como un ámbito ajeno al control externo del Estado y como una manifestación de la dignidad humana, y la segunda, explorada con éxito por Alexander MEIKLEJOHN, enfatiza el papel de la

⁷²⁶ Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional", *op. cit.*, p. 15. En este sentido, el autor relaciona el concepto de núcleo esencial con el de categoría utilizado por la jurisprudencia y literatura norteamericanas sobre la libertad de expresión (p. 15). Para una defensa de una concepción absoluta del núcleo esencial, véase Antonio Luis MARTÍNEZ-PUJALTE, *op. cit.*

⁷²⁷ Francisco J. BASTIDA *et alii*, *op. cit.*, pp. 141 y ss. Véase también Jürgen HABERMAS, *op. cit.*, pp.332-333.

libertad de expresión en la formación de la opinión pública, ya desde un punto de vista procedimental, ya de otro relativo a la calidad de los discursos⁷²⁸.

La primera consecuencia metodológica de estas concepciones materiales es el establecimiento de un catálogo muy reducido de conductas protegibles de forma plena por el derecho. No hay posibilidad de restringirlas sin vulnerar el derecho que las protege, ni siquiera en conflicto con con otras libertades básicas, pues, para estas tesis, las colisiones entre derechos fundamentales no son más que *pseudocolisiones*. Además, el catálogo de conductas protegibles no puede confrontarse con intereses públicos o generales u otros valores no protegidos por un derecho fundamental, pues tal operación es cuando menos falaz o equivalente a remediar la comparación del peso de una piedra con la longitud de una raya⁷²⁹.

En este sentido, algunos autores han afirmado que ampliar el catálogo de conductas y discursos protegibles conlleva la fragilidad de los derechos fundamentales⁷³⁰ y, por ello, defienden versiones mínimas de la libertad de expresión. Por ejemplo, en el

⁷²⁸ Siguiendo a Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, la primera concepción sigue una teoría liberal de los derechos fundamentales, mientras que la segunda, otra democrática; y siguiendo las expresiones utilizadas por Benjamin CONSTANT en su discurso ante el Ateneo Real de París en 1819, la primera se refiere a la «libertad de los modernos» y la segunda a la «libertad de los antiguos». Véanse Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993 (Traducción al español de Juan Luis REQUEJO PAGÉS e Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ); y Benjamin CONSTANT, “De la libertad de los Antiguos comparada con la de los Modernos”, recogido en Benjamin CONSTANT, *Escritos Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. El lector interesado puede encontrar un análisis del discurso de CONSTANT en Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 413-421.

⁷²⁹ Esta expresión referida al problema de la incommensurabilidad de la ponderación fue realizada por Antonin SCALIA en su voto particular a *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises* (486 U.S. 888 (1988)) en el que afirmó “the scale analogy is not really appropriate, since the interests on both sides are incommensurate. It is more like judging whether a particular line is longer than a particular rock is heavy”. Posteriormente, fue el título de un Simposio celebrado en la Facultad de Derecho de Hastings en 1994 sobre los problemas asociados al *balancing* (véase el número especial del volumen 45 de la *Hastings L. J.* (abril de 1994)).

⁷³⁰ Para RAWLS, si se amplía el catálogo de libertades básicas, se corre el riesgo “de debilitar la protección de las más esenciales y de reproducir dentro del esquema de libertades los problemas de ponderación, indeterminados y desorientados, que [pretendidamente se habría] tratado de evitar mediante una noción convenientemente circunscrita de primacía”. John RAWLS, *El liberalismo político*, Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996, p. 331.

ámbito de las comunicaciones comerciales, William VAN ALSTYNE⁷³¹ y Vincent BLASI⁷³² han argumentado que la protección del discurso comercial mediante la libertad de expresión degrada la institución de la Primera Enmienda. Según los autores citados, equiparar categorialmente el grado de protección de las comunicaciones comerciales al del discurso público conllevará una suerte de carrera a la baja en el contenido esencial de la libertad de expresión, pues es contraituitivo pensar que si se abre la puerta a consideraciones propias de la regulación económica —como, por ejemplo, la valoración de intereses generales tan asumidos como la protección de consumidores o la seguridad de productos—, éstas no lleguen también a ser tenidas en cuenta a medio o a largo plazo en el ámbito del discurso público. Con todo, el realismo jurídico ha mostrado cómo, a pesar del carácter normativo de las teorías sobre la libertad de expresión, de ordinario se valoran en el discurso jurídico intereses generales⁷³³.

De hecho, negar toda protección mediante la libertad de expresión a las comunicaciones comerciales, solución al problema de la degradación propuesta por algunos autores (BLASI, BAKER), no deja de ser una forma de categorización en la que el grado de protección de algunas formas de discurso es nulo. Puesto que el riesgo de error tiene una probabilidad superior a 0, siempre podrán producirse errores que tengan un efecto contaminante sobre el discurso público. Por ello, parece mucho más honesto proponer la utilización de una técnica que identifique *ad hoc* el grado de protección. Esto es, dado que “First Amendment protection can be like an oil spill, thinning out as it broadens”, resulta deseable la utilización de un criterio general para cualesquiera formas de discurso⁷³⁴. La mejor herramienta de que dispone hoy en día la interpretación jurídica para tales cometidos es la ponderación.

⁷³¹ William VAN ALSTYNE, “Remembering Melville Nimmer: Some Cautionary Notes on Commercial Speech”, 43 *UCLA L. Rev.* 1635 (1996), pp. 1639-1642. Véase también Caren SCHMULEN SWEETLAND, “The Demise of a Workable Commercial Speech Doctrine: Dangers of Extending First Amendment Protection to Commercial Disclosure Requirements”, 76 *Tex. L. Rev.* 471 (1997), p. 491.

⁷³² Vincent BLASI, “The Pathological Perspective and the First Amendment”, 85 *Colum. L. Rev.* 449 (1985), para quien el problema de la degradación también tiene una proyección metodológica y puede servir para legitimizar la utilización de la ponderación de bienes jurídicos (p. 485).

⁷³³ Jack M. BALKIN, “Some Realism About Pluralism: Legal Realists Approaches to the First Amendment”, 1990 *Duke L. J.* 375 (1990), *passim*.

⁷³⁴ Frederick SCHAUER, “Codifying the First Amendment: New York v. Ferber”, *op. cit.*, p. 315. Véase también Frederick SCHAUER, “Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts”, 34 *Vand. L. Rev.* 265 (1981).

Por otra parte, las teorías materiales parten del postulado epistémico según el cual es posible colmar el contenido de la libertad de expresión mediante la identificación de sus funciones, sin generar dudas o discusión: de forma intuitiva, tal contenido sería revelado a los operadores jurídicos, que, inmediatamente y en una suerte de *sindéresis* legal, lo reconocerían y aceptarían sin más⁷³⁵. Mas ello es dudoso en casos difíciles, aquéllos en las márgenes del núcleo esencial de los derechos, como ocurre con las comunicaciones comerciales, supuestos en los que, de entrada, pueden ofrecerse argumentos plausibles en cuanto a su protección o desprotección.

2.3. Teorías estructurales del contenido esencial

Las teorías estructurales del contenido esencial de los derechos fundamentales auxilian en buena medida a las tesis materiales, aportando criterios para minimizar los avatares ideológicos de éstas. Ello no significa que las tesis estructurales no presenten, de algún modo u otro, un sustrato ideológico, pues también están emparentadas con una determinada concepción de la sociedad y del papel en ella del texto constitucional.

En la conocida STC 11/1981, de 8 de abril, sobre el derecho de huelga, el Tribunal Constitucional español planteó dos mecanismos para aproximarse o definir el contenido esencial de un derecho fundamental:

“Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», [...] cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la *naturaleza jurídica* o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las

⁷³⁵ Véase *infra* pp. 308 y ss.

condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los *intereses jurídicamente protegidos* como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios [...]” (FJ 8º, énfasis añadido)⁷³⁶.

Mas los criterios estructurales propuestos por el Tribunal Constitucional no entran en juego sin problemas. De forma resumida, incorporan a la práctica jurídica las dificultades que presenta la remisión al “metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho” para comprobar si unas determinadas “facultades o posibilidades de actuación” son reconocibles como pertinentes al derecho fundamental invocado. El reenvío a la comunidad jurídica encuentra su primer obstáculo en el hecho de que un concepto tal como “comunidad jurídica” no deja de ser un constructo o una entelequia y, en cualquier caso, una institución incapaz de expresar sus “convicciones generales” como resultado de la agregación de las preferencias de sus miembros⁷³⁷. El ámbito de los derechos fundamentales, reconocidos mediante normas con enunciados ambiguos, está informado además por valores muy heterogéneos y abonado a la discusión ideológica, circunstancias que imposibilitarán las más de las veces que pueda llegarse a un compromiso generalizado sobre las

⁷³⁶ Para PRIETO SANCHÍS, de esta sentencia se deriva “un concepto de valor absoluto y no relativo, es decir, que cualesquiera que fueren las circunstancias invocadas para la limitación del derecho, éste ha de conservar siempre sus rasgos esenciales. [...]C]abe deducir que la cláusula del contenido esencial no se configura como una exigencia de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y las circunstancias o finalidades que justifican dicho sacrificio, sino como una esfera de intangibilidad que nunca, en ningún caso, puede sobrepasarse”. Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, op. cit., pp. 143-144.

⁷³⁷ Tales consideraciones no pasan de ser meras suposiciones, intuiciones aferradas al “exagerado credo cognitivista del Tribunal Constitucional” (Carlos BERNAL PULIDO, op. cit., p. 412).

facultades que necesariamente han de integrar el contenido esencial de un derecho. No se me ocurre mejor prueba de ello que la posibilidad que detentan los magistrados del Tribunal Constitucional de emitir votos particulares.

Otras tesis de calado estructural parten del mismo presupuesto metodológico que las tesis materiales y atribuyen un catálogo muy reducido de conductas integrables del contenido esencial de un derecho fundamental y señalan que éste puede colmarse por medios lingüísticos. Según una variante de estas tesis, la Constitución no reconoce derechos en conflicto con otros derechos o con otros valores constitucionales, sino que lo que hace es delimitar potestades y competencias del Gobierno:

“[R]ights are the means of defining the reasons for state action that are appropriate in a particular sphere. Rights are therefore not [...] recognitions of the essential elements of the person in the way the contemporary liberalism conceives individual dignity, autonomy, or freedom. Instead, they are the mechanisms through which the differentiation of political authority is maintained”⁷³⁸.

Desde este punto de vista, perseguir expresiones críticas de una religión resultaría contrario al principio de aconfesionalidad, que prohíbe al Estado asumir como oficial cualquier religión; y perseguir algunas ideas (fascismo, comunismo) puede entenderse justificado por los poderes de defensa otorgados al Gobierno. Las competencias en materia de protección de consumidores y de regulación de la economía justificarían todas las limitaciones estatales a la realización de comunicaciones comerciales. La Constitución se convierte así en un texto coherente y carente de tensiones que también puede ser aplicado de forma coherente: aunque un supuesto pueda subsumirse *prima facie* en dos de sus reglas, sólo una de las subsunciones será correcta, por cuanto ningún derecho puede inmiscuirse en el campo semántico de otro⁷³⁹.

Como expuso Ignacio DE OTTO, “el problema de los límites de los derechos fundamentales no puede plantearse en términos de colisión entre derechos o derechos y bienes, aceptando que éstos estén definidos en términos tales que choquen entre sí,

⁷³⁸ Richard H. PILDES, “Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law”, 45 *Hastings L. J.* 711 (1993-1994), p. 724. Véase también Richard H. PILDES, “Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism”, 27 *JLS* 725 (1998).

⁷³⁹ Una idea similar es la que sostiene que dos derechos no pueden ponderarse, sino lo que se sopesa son los valores que representan. Y para ello es necesario entender derecho como una titularidad sobre un comportamiento o un freno sobre una prerrogativa institucional. Véase Thomas M. SCANLON, “Adjusting Rights and Balancing Values”, 72 *Fordham Law Review* 1477 (2004).

sino como un problema de interpretación de las normas en el que se trata de delimitar las fronteras de los derechos, de trazar los límites en los que la propia norma constitucional configura los derechos⁷⁴⁰. En este sentido, los problemas “no son en realidad de limitación de un derecho constitucionalmente reconocido, sino de delimitación conceptual del contenido mismo del derecho”⁷⁴¹. En el mismo sentido, ha concluido Jürgen HABERMAS, para quien “la tarea consiste en hallar entre las normas aplicables *prima facie*, aquélla que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita en la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes”⁷⁴².

Es obvio que la utilización de métodos lingüísticos y hermenéuticos tradicionales no puede dejarse de lado en los trabajos de concreción del contenido esencial de los derechos fundamentales. Sin embargo, en muchas ocasiones, estos métodos tendrán una eficacia muy limitada: en nuestro caso, enfoques lingüísticos sirven para entender que las comunicaciones comerciales constituyen expresión adscribible a la norma fundamental que reconoce la libertad de información y expresión, pero no proporcionan más información acerca de su grado de protección. Por otra parte, la ponderación o el principio de proporcionalidad, no puede olvidarse, constituyen una herramienta hermenéutica más.

3. Definición mediante la ponderación de bienes e intereses jurídicos: el principio de proporcionalidad

3.1. Teorías relativas del contenido esencial

Las tesis relativas recurren al principio de proporcionalidad para delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental: deberán quedar protegidas constitucionalmente aquellas facultades adscribibles al derecho cuya limitación o

⁷⁴⁰ Ignacio DE OTTO Y PARDO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Lorenzo MARTÍN RETORTILLO BAQUER y Ignacio DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 95 y ss, p. 135. Véase, en Alemania, Friedrich MÜLLER, “Moderne Theorie und Interpretation der Grundrechte, insbesondere auf der Basis der Strukturierenden Rechtslehre”, en Ralf CHRISTENSEN (Ed.), *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts: neue Aufsätze (1995-1997)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, pp. 9 y ss.

⁷⁴¹ Ignacio DE OTTO Y PARDO, *op. cit.*, p. 137.

⁷⁴² Jürgen HABERMAS, *op. cit.*, p. 334.

prohibición sea desproporcionada, sopesados los intereses presentes⁷⁴³. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha resuelto que la ponderación no constituye “una labor hermenéutica sustancialmente distinta de la que determina el contenido de cada uno de los derechos en presencia y los límites externos que se derivan de su interacción recíproca”⁷⁴⁴.

Luis María DIEZ PICAZO ha advertido, sin embargo, que principio de proporcionalidad y respeto por el contenido esencial no son dos maneras distintas de designar la misma cosa⁷⁴⁵: el contenido esencial de un derecho no es pues el resultado del juicio de proporcionalidad, a excepción de la referencia al principio de proporcionalidad en sentido estricto o interdicción del vaciamiento del contenido del derecho, sino que añade un plus y exige que la restricción, además de respetar el contenido, sea adecuada y necesaria⁷⁴⁶. En este sentido, por ejemplo, distingue entre valores nucleares y valores periféricos y, así, ante el ejemplo de una norma, justificada en la protección de la infancia, que prohibiera la utilización en la publicidad del desnudo humano, sugiere que “[s]ería difícil sostener que se ha vulnerado el contenido esencial de la libertad de expresión, entre otras razones porque la publicidad comercial no pertenece al núcleo de valores salvaguardados por ese derecho; pero es poco discutible que la norma sería una restricción innecesaria de la libertad de expresión porque, estando la publicidad comercial *prima facie* comprendida dentro de ella, se pueden imaginar medios menos gravosos de alcanzar idéntico fin”⁷⁴⁷.

Obsérvese como el argumento toma la publicidad *in totum* para excluirla de los “valores salvaguardados” por la libertad de expresión. No obstante, en ocasiones algunas instancias de discurso comercial presentarán valores nucleares de este derecho. Por ejemplo, la utilización de desnudos en la publicidad puede alentar, y así

⁷⁴³ Véase, por ejemplo, Robert ALEXY, *op. cit.*, p. 291.

⁷⁴⁴ STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 2.

⁷⁴⁵ Luis María DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 115. En un sentido similar, Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, pp. 562-563; para quien una medida desproporcionada vulnerará siempre el contenido esencial, pero éste también podrá vulnerarse con medidas no desproporcionadas. Con todo, en los casos difíciles existe una identidad entre contenido esencial y principio de proporcionalidad (p. 565).

⁷⁴⁶ Luis María DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 115.

⁷⁴⁷ *Ibidem*. Sin embargo, debe señalarse, por otra parte, que no adopta una visión absolutista y rigorista de los derechos fundamentales que, en su componente nuclear, excluirían toda limitación. Véanse, por ejemplo, Luis María DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 51-54

ocurre hoy en día, el debate público en torno a los problemas asociados al establecimiento de modelos canónicos de belleza humana o sobre la relegación del cuerpo humano, sobre todo femenino, a reclamo publicitario.

Con todo, el ejemplo propuesto por el profesor DÍEZ-PICAZO sirve para ilustrar cómo el recurso al contenido esencial en casos periféricos o en las márgenes de un derecho fundamental es estéril y resulta recomendable acudir a otros criterios como el principio de proporcionalidad para identificar qué manifestaciones del derecho deben quedar protegidas constitucionalmente y hasta qué punto.

3.2. Ductilidad vs. subjetivismo

La ventaja principal asociada a la ponderación o al principio de proporcionalidad como método analítico de un derecho fundamental es su ductilidad y su adaptabilidad a las circunstancias de un caso determinado. En el ámbito de la libertad de expresión, es posible superar, así, el rigor de categorías discretas de discurso y evitar o reducir costes de error generados por la incorrecta inclusión de una forma de expresión en una u otra categoría.

Obviamente, la ponderación y el análisis de las circunstancias especiales de un caso no resultan demasiado atractivos de entrada⁷⁴⁸. En primer lugar, la justicia del caso concreto puede implicar un menoscabo de la seguridad jurídica y de la coherencia del derecho. En segundo lugar, es razonable conceder que un juez dispondrá de un margen de apreciación superior si adopta sus decisiones con recurso al principio de proporcionalidad que si lo hace utilizando reglas obtenidas mediante la categorización de discursos. En efecto, se ha dicho, para dotar de predictibilidad y seguridad jurídica a las reglas sobre libertad de expresión —en aras, sobre todo, a evitar efectos disuasorios—, resultará necesario superar un enfoque *ad hoc* de sus problemas. Sin embargo, son posibles diferentes contrargumentos:

(a) La crítica es también aplicable fuera del ámbito de la ponderación: cualquier interpretación de un enunciado o una disposición normativa nunca consistirá en una determinación definitiva de su significado⁷⁴⁹. Siempre podrán aparecer nuevas consideraciones y circunstancias sociales que requieran la modificación del *status quo*

⁷⁴⁸ Para un examen de las críticas lanzadas en contra de la ponderación y el principio de proporcionalidad, véase, por todos, Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, pp. 152-250.

⁷⁴⁹ Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 194.

interpretativo⁷⁵⁰ o, en nuestro caso, un replanteamiento de los contornos de las categorías discretas de discurso. Téngase en cuenta, además, que habitualmente el juez encargado de aplicar una regla construida por medio de la categorización será diferente a aquel que la adoptó en primer lugar: las diferencias históricas, sociales e ideológicas entre ambos podrán ser insalvables en muchos casos.

(b) La ponderación facilita las posibilidades de fiscalización de una decisión normativa por parte de otros sujetos. En especial, el legislador o una agencia reguladora dispondrán de más información a la hora de adoptar una decisión posterior. La ponderación no puede reducirse entonces a una manifestación de subjetivismo judicial. De hecho, eleva las cargas de argumentación y hace explícitos los razonamientos que utilizan los tribunales⁷⁵¹: se permite así una mayor transparencia de las apreciaciones empíricas que utilizan éstos en el examen de la constitucionalidad de una norma⁷⁵².

Para FARBER y FRICKEY⁷⁵³, la tesis de que “[e]ach first amendment case –or at least each important or difficult case– involves a unique pattern of conflicting values and policy issues [...] and] must be confronted on its own terms, using all of the intellectual equipment the judges can muster. [...] to ponder the intractable complexities of each new case” resulta tan poco atractiva como la de las teorías fundacionales de la libertad de expresión, presentadas en el capítulo VI. Por ello, han propuesto que el análisis de las consecuencias de una determinada regulación o decisión normativa no se desgaje de valoraciones sobre los fundamentos de la libertad de expresión. Estos deben entenderse como un entramado de valores que se refuerzan mutuamente⁷⁵⁴, pero, por otra parte, “First amendment theory [...] cannot live long if it abstracts away important contextual concerns”⁷⁵⁵. La ponderación o proporcionalidad, sin embargo, permite tener en cuenta

⁷⁵⁰ William N. ESKRIDGE JR, siguiendo las líneas principales de la teoría hermenéutica de Hans Georg GADAMER, destacó la importancia crítica del contexto del intérprete y sugirió la concepción del poder judicial como agente del legislador para actualizar las normas promulgadas por éste y adaptarlas a nuevas circunstancias sociales. Véase, en general, William N. ESKRIDGE JR, *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge, 1994.

⁷⁵¹ Sobre la función informativa del juicio de ponderación, véase en especial, Suzanna SHERRY, “Hard Cases Make Good Judges”, 99 *Nw. U. L. Rev.* 3 (2004).

⁷⁵² Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 195.

⁷⁵³ Daniel A. FARBER y Philip P. FRICKEY, “Practical Reason and the First Amendment”, 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1615 (1987), p. 1627.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, pp. 1640 y 1641.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, p. 1643.

ambas formas de discurso, fáctico y normativo, en su aplicación, mientras que teorías materiales o estructurales de los derechos fundamentales apelan a razones puramente normativas y son, por ello, menos contrastables⁷⁵⁶.

Con todo, la posibilidad de que confluyan consideraciones de naturaleza empírica y otras normativas pone de relieve otra de las críticas asociadas a la ponderación, el problema de la inconmesurabilidad, analizado *infra*.

(c) La posibilidad de que los jueces recurran a la ponderación no deja de ser eso: una posibilidad. Con frecuencia y, sobre todo, en casos análogos a otros planteados con anterioridad, resultará menos costoso aplicar la solución adoptada previamente que construir una regla idéntica *ad hoc*. De hecho, será muy posible que un juez copie tal cual los fundamentos jurídicos utilizados en una decisión previa. La ponderación como vía de escape permite, sin embargo, minimizar los costes de error derivados de la rigidez de las categorías⁷⁵⁷.

(d) El grado de subjetivismo judicial dependerá en muchos casos de algunas garantías procesales y límites institucionales a la aplicación del principio de proporcionalidad. MCCHESENEY ha mostrado, por ejemplo, cómo el entendimiento de los requisitos del test *Central Hudson* ha variado a lo largo del tiempo en las sentencias del Tribunal Supremo norteamericano⁷⁵⁸. En la jurisprudencia del TEDH, las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad quedan desfiguradas por la aplicación de otro instrumento hermenéutico: el margen de apreciación. En definitiva, las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad son ambiguas. Sin embargo, la multiplicidad de significados podría evitarse mediante una interpretación constante de aquello que constituye una medida idónea, adecuada y proporcionada⁷⁵⁹ y la adopción de determinados mecanismos procesales, tales como la distribución de la carga de la

⁷⁵⁶ Véase *infra* pp. 385y ss.

⁷⁵⁷ Véase *infra* pp. 325 y ss. En el fondo, la cuestión es paralela a uno de los problemas fundamentales del utilitarismo: la posible contradicción entre reglas de conducta generales (*rule utilitarianism*) y soluciones más plausibles en un supuesto concreto (*act utilitarianism*). David LYONS ha mostrado cómo siempre se podrá construir una regla general que contemple la excepción para el caso concreto y cómo esta nueva regla será siempre más óptima que la anterior.

⁷⁵⁸ Fred MCCHESENEY, "De-Bates and Re-Bates: The Supreme Court's Latest Commercial Speech Cases", 5 *Supreme Court Economic Review* 81 (1997), pp. 104-106, p. 113 y p. 122.

⁷⁵⁹ Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 177.

prueba de los elementos que componen el principio de proporcionalidad o las reglas sobre legitimación activa y participación en el proceso⁷⁶⁰.

3.3. Inconmesurabilidad y devaluación del valor de derecho fundamental

Otra de las críticas más comunes a la ponderación como método analítico de derechos fundamentales denuncia el problema de la inconmesurabilidad. Según un sector doctrinal, la ponderación parte de una premisa errónea y sitúa en cada platillo de la balanza valores que no son comparables entre sí. Ya hemos anunciado en el epígrafe anterior que pretender una ponderación entre derechos fundamentales e intereses generales equivaldría, para algunos, a remediar la comparación entre el peso de una piedra y la longitud de una raya.

En los juicios de ponderación, se comparan a menudo exigencias derivadas de un derecho fundamental con intereses generales identificados por el legislador o, en su caso, el gobierno o una agencia reguladora. Muchos autores han mantenido que sopesar elementos de diferente rango jerárquico conlleva la devaluación del valor fundamental que ostentan los derechos constitucionales. El argumento de fondo es el rechazo a la realización de consideraciones de economía del bienestar en la interpretación de los derechos fundamentales. Así, para Ronald DWORKIN, debe evitarse confrontar el interés general con los derechos fundamentales:

“Con el fin de salvaguardarlos, debemos reconocer el carácter de derechos concurrentes sólo a los derechos de otros miembros de la sociedad en cuanto individuos. Debemos distinguir los «derechos» de la mayoría como tal, que no pueden contar como justificación para dejar de lado los derechos individuales, y los derechos personales de los miembros de una mayoría, que bien podrían contar”⁷⁶¹.

Por otro lado, también se ha argumentado que es imposible recurrir a un valor intersubjetivo para comparar magnitudes diferentes⁷⁶². En definitiva, para estos autores

⁷⁶⁰ El examen de estos problemas excede del objeto de este trabajo.

⁷⁶¹ Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 289.

⁷⁶² Thomas Alexander ALEINIKOFF, *op. cit.*, p. 973: “Competing interests are not, by definition, incomparable. Apples and oranges can be placed on a fruit scale or assigned a price in dollars per pound. The problem for constitutional balancing is the derivation of the scale needed to translate the value of interests into a common currency for comparison”.

no pueden pretenderse soluciones a partir de la comparación de funciones de utilidad, método propio de la economía del bienestar. Sin embargo, en ocasiones, la posibilidad de reducir un conflicto a sus vicisitudes empíricas que permita la contrastabilidad de las afirmaciones y un término de comparación entre ellas simplificará la cuestión. En otras, en cambio, será necesario, con mayor o menor precisión, atribuir un determinado peso a razones analíticas a partir de diferentes factores⁷⁶³.

3.4. Instrumento multifuncional y analítico-consecuecial

La posibilidad de imbricar argumentos normativos y fácticos en el juicio de proporcionalidad supera un entendimiento tecnocrático de sus requisitos, así como su reducción a mera psicostasis jurídica. Permite, en efecto, rehuir la prosopopeya habitual en la dogmática constitucional de los derechos fundamentales y también evita desligar por entero la concreción de éstos de la filosofía política.

Un discurso fáctico, empírico, cuantitativo es deseable a la hora de fundamentar decisiones legislativas o administrativas. Así, un regulador debería explicitar las consecuencias sociales que, de acuerdo con el estado actual de los conocimientos científicos, conllevará su decisión, por ejemplo, la prohibición de realizar publicidad de un producto nocivo para la salud debería fundarse en estudios e informes serios que demostraran sus efectos en la reducción de su demanda.

También es posible transformar las razones normativas desde un enfoque deóntico a otro consecuecial⁷⁶⁴: son analizables empíricamente, por ejemplo, los efectos que una determinada norma puede tener sobre la reducción de información disponible por el público en general y, en efecto, sobre la afectación a su autonomía; también podrá evaluarse, con recurso a instrumentos econométricos por ejemplo, cómo una determinada forma de comunicación comercial menoscaba la autonomía de los consumidores, provocando su engaño o confusión.

Pero, por otra parte, también resultará necesario un discurso normativo, abstracto, cualitativo para evaluar la relevancia de tales argumentos. En primer lugar, un modelo de análisis coste-beneficio para concretar el contenido esencial de la libertad de expresión en escenarios mercantiles resultará insuficiente si es punto menos que

⁷⁶³ Véase *infra* pp. 385 y ss.

⁷⁶⁴ Yochai BENKLER, "Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law", 76 *N.Y.U. L. Rev.* 23 (2001), p. 109.

imposible otorgar un valor numérico a las variables en examen⁷⁶⁵. En segundo lugar, en supuestos en los que los argumentos empíricos son insuficientes – por ejemplo, porque existan, como es habitual, trabajos contradictorios sobre las consecuencias sociales de una determinada política legislativa –, las razones normativas auxiliarán el debate sobre su implementación⁷⁶⁶.

En definitiva, la ponderación o el principio de proporcionalidad, al permitir valoraciones empíricas y normativas, se prueban como los instrumentos metodológicos más adecuados para contribuir al entendimiento multifuncional de la libertad de expresión defendido en capítulos anteriores.

3.5. Libertad de expresión y ponderación como análisis coste-beneficio: la fórmula de Posner

El análisis económico del derecho también se ha ocupado de la fundamentación e interpretación de los derechos fundamentales. En un conocido artículo de 1986 titulado “Free Speech in an Economic Perspective”⁷⁶⁷, el juez Richard A. POSNER difundió un modelo analítico para el examen de la constitucionalidad de las restricciones a la libertad de expresión, que no deja de ser una forma de ponderación modelizada.

En su construcción, POSNER recurrió a la fórmula de Hand, un patrón interpretativo de la culpa que ha hecho fortuna en el derecho de daños. La fórmula, acuñada por el juez Learned HAND en el asunto *United States v. Carroll Towing Co.*⁷⁶⁸, determina que un comportamiento es negligente si los costes de evitarlo son inferiores a su daño esperado, esto es, al total de los daños causados por la probabilidad de que tengan lugar⁷⁶⁹. Simbólicamente: $B < p \cdot L$. Con posterioridad, el juez HAND utilizó un enfoque

⁷⁶⁵ Véase *infra* p. 323 y s.

⁷⁶⁶ Véase *infra* pp. 385 y ss. y Dan M. KAHAN y Paul SLOVIC, “Cultural Evaluations of Risk: «Values» or «Blunders»?”, 119 *Harv. L. Rev. Forum* 1110 (2006).

⁷⁶⁷ Richard A. POSNER, “Free Speech in an Economic Perspective”, 20 *Suffolk U.L.Rev.* 1 (1986). En España, Pablo SALVADOR CODERCH ha presentado y analizado la fórmula posneriana: véase Pablo SALVADOR CODERCH (Dir.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 47-55.

⁷⁶⁸ 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

⁷⁶⁹ Para una presentación sumaria en España, véase Luis DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 210-216.

similar para resolver un supuesto relacionado con la libertad de expresión y, así, en el asunto *Dennis* redujo el análisis constitucional a examinar “whether the gravity of ‘evil’, discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger”⁷⁷⁰.

Oliver W. HOLMES había puesto las bases de este enfoque con su teoría del “clear and present danger” y en el asunto *Schenck* cuando había escrito que “the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theater, and causing a panic”⁷⁷¹.

POSNER transforma la parte izquierda de la fórmula de Hand en dos componentes: V , de valor, por la pérdida social derivada de la supresión de la información como consecuencia de la regulación; y E , de error, por los costes del error legal o judicial derivado de distinguir información valiosa para la sociedad de la que no lo es. Los costes de error introducen en el modelo la doctrina del *chilling effect*: esto es, ante un estándar de responsabilidad inexacto o una regla fluctuante, un ciudadano —por lo general, averso al riesgo, salvo en supuestos de extremistas y disidentes— podrá preferir callar un discurso protegido que llegar a responder en su caso. En cuanto a la parte derecha de la inecuación, POSNER descuenta L a su valor presente. En definitiva:

$$V + E < p \cdot L / (1 + i)^n$$

Donde n es el número de unidades temporales (meses, años) que median entre la emisión del discurso y el daño resultante e i es una tasa de descuento. Cuando mayores sean i y n , menor será el daño provocado por el discurso (entre, otras cosas, por la posibilidad de contradiscursos en el ínterin que frenen sus consecuencias negativas).

Para POSNER, el valor del discurso V o el coste social de su supresión depende de (1) la naturaleza y función de la expresión restringida; y (2) el total de la expresión prohibida, que, a su vez, depende de (a) el método y alcance de la regulación⁷⁷²; y (b) el carácter

⁷⁷⁰ *Dennis v. United States* (182 F.2d 201 (2d Cir. 1950), *affd.*, 341 U.S. 494 (1951).

⁷⁷¹ *Schenck v. United States* (249 U.S. 47 (1919)).

⁷⁷² Una prohibición amplia de una forma de expresión conllevará un valor superior de V que otra norma, muy trabada, con posibilidades escasas de error en su aplicación y que permitiera que otras manifestaciones, ajenas al objeto de la norma, pudiesen tener lugar fácilmente.

más o menos frágil del mercado para tal y cual expresión o, expresado en otros términos, del grado en el que se externalizan los beneficios sociales del discurso⁷⁷³.

E denota los costes asociados al error en la aplicación de cualquier injerencia a un discurso. Por muy bien diseñada que esté una norma, siempre alcanzará expresiones fuera de su ámbito de aplicación. Además los sesgos culturales y la parcialidad del legislador podrán provocar que se magnifiquen tales costes.

P o la probabilidad de que el discurso genere daños dependerán, según POSNER, de varias circunstancias: en primer lugar, el transcurso del tiempo puede reducir la probabilidad de que los riesgos se concreten, pues el mercado de las ideas podrá servir como campo de prueba para la veracidad o la calidad de la expresión; en segundo lugar, la estructura de derechos de propiedad sobre los medios de comunicación condicionará la posibilidad de contradiscursos; en tercer lugar, la apelación a los sentimientos y emociones de la audiencia aumentará *P* en mayor grado que un discurso de corte intelectual⁷⁷⁴.

En cuanto a los daños del discurso *L*, POSNER se aleja del precedente establecido en *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444 (1969)) y señala la posibilidad de que las lesiones a derechos subjetivos o a un bien o institución social puedan tener lugar en un futuro más o menos cercano. Con todo, POSNER se preocupa muy mucho, como hemos visto, de descontar los daños a su valor actual. En un trabajo posterior (véase *infra*), bifurca *L* en dos tipos de partidas: los daños propiamente dichos y el grado de ofensa que causa un discurso en una parte de la ciudadanía.

Para el análisis de los daños asociados a una expresión, hay que tener en cuenta, en línea con la metáfora del mercado de las ideas, a los contradiscursos que pueden evitarlos o minimizarlos. En algunos supuestos, no habrá posibilidad de contradiscurso dadas las condiciones propias del mercado (*market failure*)⁷⁷⁵. Las características del

⁷⁷³ Richard A. POSNER, *op. cit.*, p. 9. En general, para POSNER el carácter más o menos robusto del mercado dependerá de la elasticidad de la oferta y la demanda.

La elasticidad de la demanda viene dada, sobre todo, por la existencia de sustitutos. Así, por ejemplo, el escaso valor de votar y la imposibilidad de internalizar sus beneficios sociales conllevarán que un ciudadano no se preocupe demasiado en recabar información para formar sus preferencias políticas y, en caso de que aumenten los costes de ésta —por ejemplo, mediante una norma restrictiva del discurso político— preferirá consumir otro tipo de información. Según POSNER, la posibilidad de que emisor y receptor capturen la mayoría de externalidades, como así ocurriría en las comunicaciones comerciales y la pornografía, harían innecesaria su protección constitucional.

⁷⁷⁴ Richard A. POSNER, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁷⁵ Sobre los fallos de mercado en el ámbito de la libertad de expresión, véase Albert BRETON y Ronald WINTROBE, "Freedom of Speech vs. Efficient Regulation in Markets for Ideas", 17 *Econ. Behav. & Org.* 217 (1992).

mercado y, en particular, su grado de competencia motivarán que los poderes públicos puedan adoptar decisiones más o menos restrictivas de un discurso. En este sentido, algunos autores han propuesto la liberalización de las regulaciones sobre comunicaciones comerciales excepto en aquellos mercados que no permitan la generación de contradiscursos porque el poder de mercado se halla en manos de pocas empresas (*corporate speech cartel*)⁷⁷⁶.

Por otra parte, el contradiscurso puede ser realizado no por un participante en el mercado de referencia, sino por el gobierno o una agencia del mismo. De hecho, en cierto sentido, es posible concebir el subsidio público de un contradiscurso como una regulación de su reverso. Con todo, para POSNER, no existe una simetría entre prohibición de un discurso y subsidio de su contradiscurso: como regulación, es más eficaz una prohibición que convencer a la audiencia de que parte de sus conductas son incorrectas⁷⁷⁷. Sin lugar a dudas, desde el punto de vista de la protección de la libertad de expresión, no existen demasiadas objeciones a concebir estas formas de contradiscurso como medios alternativos menos gravosos que una prohibición. Así, podría ocurrir, en el ámbito del discurso comercial, con las campañas antitabaco y, en los últimos años, las campañas antiobesidad.

Siempre que se cumpla la desigualdad —esto es, cuando los costes de la regulación no superen a sus beneficios sociales—, deberá resolverse la constitucionalidad de la medida restrictiva⁷⁷⁸.

En un trabajo posterior⁷⁷⁹, POSNER perfila su modelo, otorgando mayor importancia a los costes del sistema jurídico y al carácter de la regulación; y distingue entre diferentes consecuencias de un discurso. Para ello, parte de la siguiente desigualdad:

⁷⁷⁶ Véase NOTE, "Dissent, Corporate Cartels, and the Commercial Speech Doctrine", 120 *Harv. L. Rev.* 1892 (2007): "Government regulation of commercial speech should be allowed only if corporate interests are united behind a speech predicate; in other words, when there is a «corporate speech cartel» that can anticompetitively stifle dissent" (p. 1903).

⁷⁷⁷ Richard A. POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁷⁸ Para críticas al modelo de libertad de expresión defendido por el juez Posner, véanse los trabajos de Peter J. HAMMER, "Free Speech and the 'Acid Bath': An Evaluation and Critique of Judge Richard Posner's Economic Interpretation of the First Amendment", 87 *Mich. L. Rev.* 499 (1988); y de Marouf A. HASIAN, Jr. y Edward PANETTA, "Richard Posner's Redefinition of the 'Marketplace of Ideas': A Law and Economics Interpretation of the First Amendment", *Free Speech Yearbook* 32 (1994), pp. 33-49. Para una crítica general desde el constitucionalismo al análisis económico de daño y, en particular, a la concepción de la ponderación como análisis coste-beneficio, véase Laurence H. TRIBE, "Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency?", 98 *Harv. L. Rev.* 592 (1985).

$$B \geq pH/(1+d)^n + O - A$$

De forma resumida, una limitación legal o judicial a una concreta expresión será inconstitucional si los beneficios sociales asociados a ella son menores o iguales a los costes derivados de su grado ofensivo y de sus daños esperados, descontados los costes que tendría su aplicación. Dos observaciones se hacen necesarias:

a) Como ya he avanzado, en los últimos trabajos, POSNER distingue entre daño H y grado de ofensa O . El daño es probable, pero el impacto de ofensa será siempre cierto. Para POSNER, O representa el grado de indignación que puede sentir, por ejemplo, una parte de la población sólo con saber que un discurso que aborrecen está permitido.

La distinción realizada por POSNER parte de la elaborada un siglo y medio antes por John Stuart MILL entre actos que pueden dañar a uno mismo (“self-regarding”) y actos que pueden dañar a terceros (“other-regarding”). Para Mill, los primeros podían tener un impacto en terceros por el mero hecho de conocer de su existencia; por ejemplo, la repulsa que sentían las gentes de Inglaterra al saber que a millares de kilómetros, en Utah, se practicaba la poligamia. Para MILL, un enfoque utilitarista no debía tener en cuenta este tipo de «costes». En cambio, para POSNER, sí:

“[A] cost is a cost whether it is the result of actually seeing (for example, seeing a man exposing his genitals as a result of having been aroused by pornography) or just reading about (for example, reading about the arousal effects of pornography)”.⁷⁸⁰

En ocasiones, el cálculo coste-beneficio no deberá incluir O como impacto negativo de la ofensa, sino como el coste de evitar la exposición de parte de la ciudadanía al discurso potencialmente ofensivo. Así, ocurrirá, por ejemplo, con una regulación del discurso público que contenga una limitación geográfica, temporal o de tipo de sus destinatarios.

En nuestro caso, la iracundia de cierta izquierda al simplemente imaginar sobre la protección de las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión podría constituir un ejemplo de esta variable.

⁷⁷⁹ Richard A. POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA)/Londres, 2001, pp. 62-94. Véase también Richard A. POSNER, “The Speech Market and the Legacy of *Schenck*”, en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey R. STONE (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago/Londres, 2002, pp. 120-151.

⁷⁸⁰ Richard A. POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, *op. cit.*, p. 69.

POSNER presume que el valor de los daños será por lo general siempre superior al de la ofensa. Y, en cualquier caso, si el daño probable fuera inferior, costaría mucho esfuerzo a una minoría pacata convencer de que los beneficios del discurso no sobrepasaran con creces a sus costes⁷⁸¹.

b) *A* representa a los costes para el sistema jurídico de aplicar una prohibición del discurso. Se restan de las consecuencias de los discursos por cuanto, si el discurso es permitido, se ahorran estos costes⁷⁸². Para POSNER estos costes pueden ser especialmente elevados: en primer lugar, el coste de error es altamente probable dados la parcialidad del legislador y el sesgo social de la clase judicial y burocrática “for the most part middleaged, upper-middle class, politically and socially conventional”⁷⁸³. En segundo lugar, otro coste es el asociado a las dificultades de evaluar económicamente los costes y beneficios de la supresión de información. Además, según POSNER⁷⁸⁴, los costes asociados a un discurso son más visibles y conspicuos que sus beneficios, circunstancia que contribuye a multiplicar los sesgos de los agentes encargados de regular un discurso o decidir sobre su constitucionalidad.

Para POSNER, los beneficios brutos de un discurso (*B*), no incluyen solamente valores como el progreso científico, la democracia o la estabilidad política: otros beneficios han de tenerse en cuenta como el simple placer estético o sexual⁷⁸⁵. Esto es, con las matizaciones que se dirán, más que la consideración de valores formales y abstractos, interesa el análisis de las consecuencias en el bienestar social que lleva aparejadas un discurso⁷⁸⁶.

⁷⁸¹ *Ibidem*, p. 79.

⁷⁸² Obviamente, y así lo reconoce el propio POSNER, ello no significa que para administrar la permisión del discurso, el sistema jurídico no incurra en ningún coste. Simplemente, que se se asume que los costes administrativos asociados a una prohibición serán siempre mayores a los de su protección. De esta forma, *A* puede entenderse como la diferencia entre ambos. Véase Richard A. POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, *op. cit.*, p. 68.

⁷⁸³ Richard A. POSNER, “Free Speech in an Economic Perspective”, *op. cit.*, p. 25.

⁷⁸⁴ Richard A. POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, *op. cit.*, p. 81.

⁷⁸⁵ *Ibidem*, p. 68.

⁷⁸⁶ Véase *infra* pp. 385 y ss.

Si se tiene en cuenta el grado de limitación de una regulación (x)⁷⁸⁷, de forma que cuanto mayor sea x , menor será el ámbito de libertad de expresión, los beneficios netos del discurso (π) son entonces:

$$\pi(x) = B(x) - (pH/(1+d)^n + O)(x) - A(x)$$

Esto es, los beneficios netos del discurso (π) son los beneficios brutos menos los costes. Obviamente, una regulación más estricta (cuanto mayor sea x) reduce los beneficios brutos y aumenta los costes del sistema jurídico. En otras palabras, los beneficios netos del discurso serán mayores cuanto mayores sean sus beneficios brutos y cuanto menores los costes administrativos de su prohibición y sus consecuencias negativas. El nivel óptimo de la regulación resulta de:

$$A_x - B_x = - (pH/(1+d)^n + O)_x$$

Esto es, el nivel óptimo se consigue cuando reforzar el grado de limitación añadiría más a los costes de la regulación y a la vulneración de los valores inherentes a la libertad de expresión que no reduciría el daño y el nivel de ofensa del discurso.

En definitiva, bajo el análisis coste-beneficio de la libertad de expresión, las limitaciones legales, administrativas o judiciales a un discurso deben permitirse o reputarse constitucionales si, con cierto grado de confianza, los costes de la restricción son inferiores a los beneficios del discurso.

El problema principal, ya apuntado por el propio POSNER, reside en la dificultad de realizar una cuantificación de las diferentes variables⁷⁸⁸. De hecho, esta es una de las críticas comunes a cualquier concepción de la ponderación de bienes e intereses jurídicos como análisis coste-beneficio⁷⁸⁹. Para Peter J. HAMMER, por ejemplo, las funciones de utilidad describiendo preferencias en relación con derechos fundamentales son muy diferentes a otras curvas referidas a bienes de mercado⁷⁹⁰ y, resultará imprescindible la sofisticación de las herramientas económicas utilizadas en

⁷⁸⁷ x refleja las diferentes posibilidades de regulación e intenta reflejar la idea de *less restrictive means* en la regulación de un discurso.

⁷⁸⁸ Richard A. POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, *op. cit.*, p. 73.

⁷⁸⁹ Véanse, por ejemplo, Laurence H. TRIBE, Laurence H. TRIBE, "Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency?", 98 *Harv. L. Rev.* 592 (1985); y, en España, Ignacio DE OTTO Y PARDO, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en Lorenzo MARTÍN RETORTILLO BAQUER y Ignacio DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 95 y ss, pp. 130 y ss.

⁷⁹⁰ Peter J. HAMMER, *op. cit.*, p. 515.

los análisis de utilidad o, bien, capitular y relegar la fundamentación de los derechos fundamentales a razones normativas⁷⁹¹.

De hecho, la cuantificación de variables no será nunca neutral y objetiva⁷⁹²: requerirá adoptar determinadas decisiones difíciles y la economía del bienestar nunca podrá producir resultados más allá de los factores considerados en un principio. El análisis económico es un instrumento hermenéutico más y el modelo de Posner aporta un enfoque analítico y positivo de la libertad de expresión que puede resultar muy útil para contextualizar los elementos relevantes en un determinado pleito sobre la libertad de expresión, pero que, en ocasiones –siempre, en los casos difíciles– requerirá el auxilio que otorgan las razones normativas.

⁷⁹¹ *Ibidem*, p. 516.

⁷⁹² *Ibidem*, p. 532.

II. Categorías de expresión y problemas de delimitación en discursos mixtos

“In our pop culture, where salemanship must be entertaining and entertainment must sell, the line between the commercial and noncommercial has not merely blurred; it has disappeared”.

Alex KOZINSKI⁷⁹³

1. Definición por categorías: costes de aplicación y costes de error

Examino en este capítulo los problemas generados en la práctica por el tratamiento categorial de la libertad de expresión: la dificultad de establecer criterios de delimitación entre diferentes formas de expresión, la inutilidad de los mismos en muchos supuestos y los posibles errores derivados de una aplicación inexacta.

Las diferencias entre discurso público y discurso comercial son, en muchos aspectos, residuales y, en su caso, tal distinción responde a sesgos ideológicos y resulta insuficiente para fundamentar un tratamiento categorial entre ambas formas de expresión y el establecimiento de dos estándares de protección diferentes⁷⁹⁴. En definitiva, la variedad de formas de expresión comercial y la multiplicidad de escenarios en los que puede operar su protección constitucional imposibilitan la cristalización de una regla general para todos los problemas que se planteen. Esto es, pretender soluciones mediante una suerte de *defitional balancing* resultará las más de las veces inútil.

Richard A. POSNER ha sugerido, sin embargo, que es aconsejable adoptar una regla general⁷⁹⁵, pues con ella, se ahorran los costes derivados de una ponderación casuística.

⁷⁹³ *White v. Samsung Elecs. Am., Inc.* 989 F.2d 1512 (9th Cir. 1993).

⁷⁹⁴ Véase en profundidad el apartado II del Capítulo Cuarto.

⁷⁹⁵ Richard A. POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2001, p. 74. Téngase en cuenta, además, que POSNER propone no proteger las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión. Por su parte, Nat STERN ha sugerido que el mantenimiento por parte del Tribunal Supremo norteamericano de una categoría discreta como la de “commercial speech” proporciona un precedente jurídico más útil que el tratamiento casuístico de cada nuevo asunto con su conjunto de nuevas cuestiones. Nat STERN, “In Defense of the Imprecise Definition of

La estrategia propuesta por POSNER pierde, sin embargo, su sentido cuando bajo ella quiere cobijarse un vasto conjunto de prácticas sociales con sus problemas asociados específicos. En definitiva, no puede pretenderse válida *prima facie* una única respuesta constitucional para cuestiones tan dispares como la prohibición del uso de imágenes violentas en la publicidad televisiva (art. 8.1.2 de la Ley 25/1994⁷⁹⁶), la limitación a la realización de alegaciones terapéuticas en la publicidad de alimentos (art. 4.1 d) del Real Decreto 1334/1999⁷⁹⁷) o el contenido de un folleto explicativo de una oferta pública de adquisición de acciones (art. 15 del Real Decreto 1197/1991⁷⁹⁸).

La aplicación rígida de una división categorial como la propuesta por POSNER, además de poder resultar más costosa que el examen caso por caso de las circunstancias particulares de la expresión y de las consecuencias sociales que entraña su regulación⁷⁹⁹, puede generar errores y pérdidas sociales importantes si se atienden los problemas de delimitación que genera la utilización de dos estándares⁸⁰⁰.

Commercial Speech”, 58 *Md. L. Rev.* 57 (1999). Véase también R. George WRIGHT, “Freedom of Culture: Why We Should Not Buy Commercial Speech”, 72 *Denver University L. Rev.* 137 (1994).

⁷⁹⁶ “[...] son ilícitas la publicidad y la televenta que inciten a la violencia o a comportamientos antisociales, que apelen al miedo o a la superstición o que puedan fomentar abusos, imprudencias, negligencias o conductas agresivas”.

⁷⁹⁷ El art. 4.1 d) del Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios (BOE núm. 280 de 24.8.1999; última modificación por Real Decreto 1324/2002, de 13 de diciembre), que traspone al ordenamiento jurídico español, la Directiva 79/112/CEE, establece, en conexión con el art. 4.2 del mismo texto, que el etiquetado, la presentación y publicidad de productos alimenticios no deberán ser de tal naturaleza que induzcan a error al comprador, especialmente “[...] atribuyendo a un producto alimenticio propiedades preventivas, terapéuticas o curativas de una enfermedad humana, ni mencionando dichas propiedades, sin perjuicio de las disposiciones aplicables a las aguas minerales naturales y a los productos alimenticios destinados a una alimentación especial”.

⁷⁹⁸ Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (BOE núm. 184 de 2.8.1991).

⁷⁹⁹ En un sentido similar, James WEINSTEIN, “Speech Categorization and the Limits of First Amendment Formalism: Lessons From *Nike v. Kasky*”, 54 *Case W. Res. L. Rev.* 1091 (2004), para quien en los casos difíciles, jueces y otros operadores deben abandonar las categorías discretas de discurso y proceder mediante un análisis pormenorizado de los valores asociados al discurso objeto del litigio.

⁸⁰⁰ Con argumentos similares, abogando por el abandono de un enfoque categorial y el recurso a la ponderación como método interpretativo de la constitucionalidad de las regulaciones del discurso comercial, William S. DODGE, “Weighing the Listener’s Interests: Justice Blackmun’s Commercial Speech and Public Forum Opinions”, 26 *Hastings Const. L. Q.* 165 (1998).

Como se ha puesto de relieve a lo largo del trabajo, la distinción entre discurso comercial y discurso público o no mercantil resulta en muchas ocasiones impracticable, pues muy a menudo aparecen interrelacionados ambos componentes o aspectos: la publicidad es la principal fuente de financiación de la mayoría de medios de comunicación, muchos artistas se lucran con sus discursos, el discurso comercial proporciona en ocasiones información, que sería meritoria de plena protección constitucional si fuera realizada en otro ámbito, un anuncio puede contribuir a la formación de opinión pública, etc.⁸⁰¹. En resumen, una protección constitucional reforzada del discurso comercial puede suponer un subsidio cruzado para el discurso público.

Los costes de error derivados de la separación de los elementos son especialmente elevados, puesto que regular los aspectos comerciales sin incidir en los aspectos de discurso público y plenamente protegido puede resultar muy difícil o ser muy costoso. Como explica Daniel FARBER⁸⁰², algo similar ocurre con la categoría propia de la jurisprudencia norteamericana sobre contenidos indecentes⁸⁰³: se puede argumentar

⁸⁰¹ Véase la *dissenting opinion* del magistrado Brown a la sentencia del Tribunal Supremo de California en el asunto *Kasky v. Nike* (27 Cal. 4th 939 (2002)): “Whith the growth of commercialism, the politicization of commercial interests, and the increasing sophistication of commercial advertising over the past century, the gap between commercial and non-commercial speech is rapidly shrinking [...] Examples of the intersection of the intersection between commercial and non-commercial speech, including scientific, political and religious speech, abound”.

⁸⁰² Daniel A. FARBER, “Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment”, 105 *Harv. L. Rev.* 554 (1991).

⁸⁰³ La jurisprudencia de la *U.S. Supreme Court* ha articulado una distinción categorial entre expresiones obscenas y otras indecentes. Las primeras, identificadas con la pornografía *hardcore*, no están protegidas en absoluto por la Primera Enmienda mientras que las segundas lo están, aunque con un grado de protección inferior al ofrecido al discurso político. El argumento más utilizado para fundamentar la desprotección de la pornografía recurre a la inexistencia de un componente emocional o cognitivo y a su función básica de estímulo físico. Así para SUNSTEIN, “[m]any forms of pornography are not an appeal to the exchange of ideas, political or otherwise; they operate as masturbatory aids and do not qualify for top-tier First Amendment protection”; Cass R. SUNSTEIN, “Words, Conduct, Caste”, 60 *U. Chi. L. Rev.* 795 (1993). Véase también Frederick SCHAUER, “Speech and ‘Speech’ – Obscenity and ‘Obscenity’: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language”, 67 *Geo. L. J.* 899 (1979).

Se hace, así, preciso distinguir entre diferentes formas de expresión con contenido sexual. Especialmente relevante es la delimitación entre contenidos obscenos e indecentes en el ámbito de la legislación audiovisual, que contempla reglas muy diferentes para ambos. Un resumen sobre estas reglas y otras dictadas por la agencia norteamericana de telecomunicaciones (FCC), puede

que la revista erótica *Playboy* contiene artículos de interés general y que una prohibición de publicar fotografías de mujeres desnudas reduciría las posibilidades de acceso de los lectores a tales artículos⁸⁰⁴. Por ello, muchos autores han propuesto la ampliación de la protección ofrecida por la libertad de expresión a formas de discurso no político⁸⁰⁵.

En otros supuestos, además, la utilización en una misma expresión de elementos de discurso público junto a otros de discurso comercial puede tener lugar de tal forma que la separación entre ambos no sea difícil, sino imposible. En este ámbito, la aplicación equivocada de una regla especial para expresiones comerciales a discursos mixtos o híbridos producirá una disminución de la cantidad óptima de información en la opinión pública.

Partiendo de un trabajo canónico de Richard A. POSNER⁸⁰⁶ en el análisis económico de la libertad de expresión, una norma jurídica que pretenda la regulación de una forma de discurso cometerá dos tipos de error⁸⁰⁷. En primer lugar, no evitará en todo caso formas de expresión objeto de la regulación (*targeted speech*), y, en segundo lugar, alcanzará y disuadirá algunas formas de discurso ajenas al objeto de la norma (*non-targeted speech*). Las cantidades de ambas formas de expresión — *targeted speech* (TS) y *non-targeted speech* (NS) — serán una función del nivel de regulación (ρ).

consultarse en Antoni RUBÍ PUIG, "Potestades sancionadoras de la *Federal Communications Commission* en materia audiovisual", *Indret* 1/2006 (www.indret.com).

⁸⁰⁴ Daniel A. FARBER, *op. cit.*, p. 582, n. 119.

Por su parte, Allan TANAMBAUM argumentó que la regulación de la publicidad engañosa conllevará la reducción de la cantidad de discurso comercial valioso y ha propuesto la adopción de salvaguardas procesales similares a las utilizadas para distinguir entre contenidos obscenos e indecentes. Allan TANAMBAUM, "«New and Improved»: Procedural Safeguards for Distinguishing Commercial from Noncommercial Speech", 88 *Colum. L. Rev.* 1821 (1988).

⁸⁰⁵ Junto con la autonomía individual, éste ha sido el principal argumento para ampliar la libertad de expresión a manifestaciones diferentes del discurso político formal. Véase, por ejemplo, Richard A. POSNER, "Free Speech in an Economic Perspective", 20 *Suffolk U. L. Rev.* 1 (1986), p. 25: [E]ven category judgements, such as whether a given writing is political or scientific or artistic [...], are often problematical, and this is a pragmatic reason for extending first amendment protections beyond the political category, even if (or perhaps especially if) that is the most important category".

⁸⁰⁶ Richard A. POSNER, "Free Speech in an Economic Perspective", 20 *Suffolk U. L. Rev.* 1 (1986). Véase *supra* pp. 317 y ss.

⁸⁰⁷ Matthew L. SPITZER, "Freedom of Expression", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, Macmillan, London, 1998, pp. 167-172, p. 168.

Existirán tanto beneficios sociales como costes sociales para *TS* y *NS*, que denominamos $SB(TS(\rho))$, $SC(TS(\rho))$, $SB(NS(\rho))$ y $SC(NS(\rho))$. Por lo general, para examinar la constitucionalidad de una medida, un tribunal no analiza si ésta es globalmente óptima, sino si es mejor en comparación con una situación previa sin regulación. En efecto, los cambios en beneficios y costes sociales sobre *TS* derivados de la entrada en vigor de la norma vienen dados por:

$$SB(TS(\rho)) - SB(TS(0)) - SC(TS(\rho)) + SC(TS(0))$$

Igualmente, para el discurso ajeno al objeto de la regulación:

$$SB(NS(\rho)) - SB(NS(0)) - SC(NS(\rho)) + SC(NS(0))$$

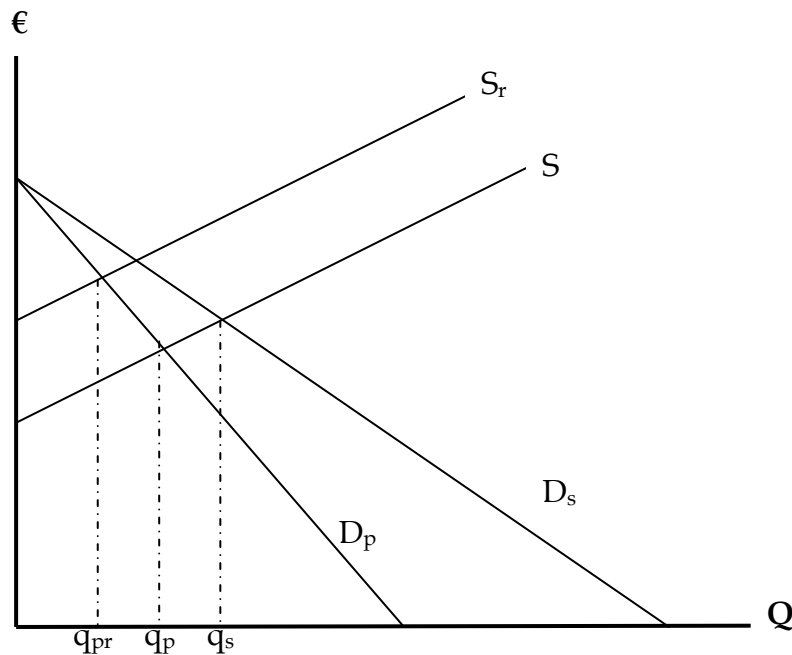
Si se descuentan al valor presente y se tiene en cuenta la probabilidad de que tengan lugar, los beneficios netos de la norma serán:

$$\begin{aligned} & SB(TS(\rho))P_1(1+r)^{n1} - SB(TS(0))P_2(1+r)^{n2} - SC(TS(\rho))P_3(1+r)^{n3} \\ & + SC(TS(0))P_4(1+r)^{n4} + SB(NS(\rho))P_5(1+r)^{n5} - SB(NS(0))P_6(1+r)^{n6} \\ & - SC(NS(\rho))P_7(1+r)^{n7} + SC(NS(0))P_8(1+r)^{n8} \end{aligned}$$

Donde P_i es la probabilidad, ni es el tiempo en que van a tener lugar (asumiendo que los costes y beneficios de *TS* y *NS* llegarán en momentos diferentes) y r es una tasa de descuento que refleja la idea de que los beneficios muy lejanos en el futuro son menos valiosos que los ocurridos a corto plazo⁸⁰⁸.

En definitiva, una regulación con una probabilidad alta de incidir en *NS* —en especial, en aquellos supuestos de discursos mixtos o en los que sea inoperable una disección entre los aspectos que la componen— actuará como un impuesto sobre las actividades expresivas y desplazará la oferta (de S a S_r):

⁸⁰⁸ Según Matthew L. SPITZER, POSNER parte de un modelo mucho más simple que contempla las siguientes asunciones: a) Tanto *TS* como *NS* conllevan beneficios sociales ($P_1 = P_2 = P_5 = P_6 = 1$); b) Los beneficios sociales tienen lugar inmediatamente ($n1 = n2 = n5 = n6 = 0$); c) *NS* no comporta costes sociales ($P_7 = P_8 = 0$); y d) Al entrar en vigor la norma, no existirán costes sociales asociados a *TS* ($P_3 = 0$). Véase Matthew L. SPITZER, *op. cit.*, pp. 168-169.



Entonces la cantidad producida de *NS* disminuirá y se situará muy por debajo de la óptima o demandada socialmente (q_s) e incluso de la percibida como demanda (q_p). Esto es, una regulación con probabilidades de error convierte en inalcanzable una cantidad q_s de información (asumible solamente mediante subsidios a *NS*) y reduce la cantidad producida por una situación en la que no todas las externalidades del discurso son capturables privadamente (q_p).

2. Criterios utilizados en la distinción entre discurso comercial y discurso público y costes de aplicación

Los textos de la Constitución española y de la mayoría de constituciones extranjeras de nuestro entorno cultural próximo⁸⁰⁹, así como el de la CEDH⁸¹⁰, no diferencian categorías de expresión. La acotación de diferentes campos de protección no presenta pues un fundamento constitucional, sino que responde a una construcción jurisprudencial o, en su caso, doctrinal. La falta de fundamento textual no impide que

⁸⁰⁹ Cfr. con art. 7.4 de la Constitución de Holanda de 17 de febrero de 1983, único texto constitucional, según nos consta, que protege expresamente la libertad de expresión comercial, aunque de forma más restrictiva que la libertad de expresión genérica. Por su parte, el art. 109.2 de la Constitución de Portugal de 2 de abril de 1976 prohíbe la publicidad engañosa.

⁸¹⁰ En el mismo sentido, Colin R. MUNRO, "The Value of Commercial Speech", 62 *Cambridge Law Journal* 134 (2003).

el legislador, en el ámbito de las comunicaciones comerciales, pueda configurar la libertad de expresión otorgando un grado de protección inferior en atención a la salvaguarda de otros derechos e intereses constitucionalmente relevantes, pero sí debería servir como argumento para proscribir un tratamiento categorial de la expresión en sede de revisión judicial o constitucional.

Utilizar dos estándares diferentes genera, además, problemas de indeterminación jurídica: más allá de la falta de fundamento textual y analítico de la distinción⁸¹¹, aplicar dos raseros puede resultar en ocasiones más costoso que realizar un examen *ad hoc* de las consecuencias sociales que conllevará una determinada regulación del discurso.

En primer lugar, contar con dos estándares de protección o de resolución de conflictos conlleva la necesidad de establecer criterios para determinar cuando a un discurso que presenta ambos componentes se le debe aplicar uno u otro patrón. A menudo estos criterios son contruidos *ad hoc*⁸¹² y, por lo tanto, sin vocación de ser trasladados a otros casos. Ello alimenta la incertidumbre jurídica e impide a las gentes saber qué decir sin haber de incurrir en responsabilidad por ello⁸¹³. Dicho en otros términos, la pretendida aplicación mecánica de las categorías es ilusoria: habrá ocasiones en las que cambios sociales o la utilización de nuevos argumentos obligarán a los jueces a modificar los contornos de las categorías discretas de discurso.

En segundo lugar, el problema acrece en supuestos de discursos híbridos o mixtos, en los que elementos de discurso público y otros de carácter mercantil están muy

⁸¹¹ Sobre la debilidad analítica de los argumentos en pro a la diferenciación entre discurso público y discurso comercial, véase en profundidad *supra* Capítulo VII.

⁸¹² En este sentido, David F. MCGOWAN, "A Critical Analysis of Commercial Speech", 78 *Cal. L. Rev.* 359 (1990), p. 383.

⁸¹³ Algo similar ocurre en el ámbito de la responsabilidad por infringir el valor comercial de la identidad ajena o *right of publicity*: véanse Eugene VOLOKH, "Freedom of Speech and the Right of Publicity", 40 *Houston Law Review* 903 (2003) y Antoni RUBÍ PUIG y José Luis GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, "El recurso a nombres de famosos para titular una canción y denominar a un personaje de cómic. Comentario a *Rosa Parks v. Outkast* y a *Toni Twist v. Todd Mcfarlane*", *Indret* 2/2004 (www.indret.com). En general, tal problema es presente en cualesquiera regulaciones o estándares que distingan entre usos comerciales y usos no comerciales de la expresión —por ejemplo, en la utilización de marcas de terceros—. Véase Margreth BARRETT, "Domain Names, Trademarks and the First Amendment: Searching for Meaningful Boundaries", 39 *Conn. L. Rev.* (2007) [disponible en www.ssrn.com, por donde se cita].

interrelacionados y su delimitación es punto menos que imposible⁸¹⁴: obligar a un operador jurídico a decidirse por una u otra categoría de discurso puede resultar más costoso que permitirle analizar el grado de protección constitucional que merece mediante un instrumento alternativo, como, por ejemplo, la ponderación de bienes e intereses jurídicos.

En aplicación de la distinción categorial de discursos, los tribunales han utilizado diversos criterios para determinar si una expresión tiene carácter comercial o público:

(A) Criterios cumulativos

La estrategia más utilizada es acudir a un conjunto de criterios que, a modo de indicios, permiten concluir a un tribunal que la expresión examinada tiene o no naturaleza mercantil y, en efecto, aplicar un estándar de revisión judicial específico a la norma o acto jurídico que la afecta.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, en el examen de la constitucionalidad de la prohibición de realizar publicidad no solicitada de métodos anticonceptivos y su aplicación a un panfleto que contenía información tanto sobre enfermedades de transmisión sexual como sobre los productos comercializados por una sociedad fabricante de preservativos, tuvo que dilucidar previamente si los folletos constituían o no discurso comercial (*Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.* (463 U.S. 60 (1983)))⁸¹⁵.

La mayoría de magistrados, tras observar que *“advertising which links a product to a current public debate is not thereby entitled to the constitutional protection afforded to noncommercial speech”*, resolvió que se trataba de una comunicación comercial, porque, a pesar de informar sobre cuestiones de interés general, concurrían tres factores: el discurso tenía una motivación económica; un folleto o panfleto es una comunicación con un formato publicitario; y el discurso incluía referencias a los productos comercializados por una sociedad mercantil.

Tribunales inferiores y estatales también han acudido a un conjunto cumulativo de criterios para la acreditación de la naturaleza mercantil de una expresión. Así, por

⁸¹⁴ Margreth BARRETT, *op. cit.*, p. 21: “[T]he «commercial speech» determination is not a mechanical one: Rather, the difference between commercial and noncommercial speech in mixed messages cases is one of degree”.

⁸¹⁵ Véase *supra* pp. 105 y ss.

ejemplo, la *U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit* en el asunto *Procter & Gamble Co. v. Amway Corp.* (242 F.3d 539 (5th Cir. 2001)), tuvo que dilucidar si las afirmaciones de algunos directivos y trabajadores de la demandada, haciéndose eco de los rumores que vinculaban a «Procter & Gamble» con cultos satánicos, constituían discurso comercial a efectos de generar responsabilidad por actos de denigración (art. 43a de la *Lanham Act*). El tribunal recurrió a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en *Bolger* y señaló que los rumores podían tener carácter mercantil si concurrían las siguientes circunstancias: (a) formato publicitario del mensaje, (b) referencias en el mensaje a un producto o servicio y (c) motivación económica del emisor. El Tribunal observó que no existían elementos suficientes para acreditar la tercera circunstancia y reenvió el caso al tribunal de instancia para nuevas actuaciones.

En el mismo sentido, la *District Court for the Southern District of New York* dictó sentencia en 2001 en el asunto *World Wrestling Federation Entertainment, Inc. v. Bozell* (142 F.Supp.2d 514) y resolvió que los comentarios de los demandados, entre ellos, una asociación sin ánimo de lucro dedicada a la protección de los espectadores («Parents Television Council»), en los que se responsabilizaba a la WWFE de las muertes de menores que habían intentado emular los combates de *pressing catch* vistos en televisión y se instaba a los patrocinadores a rescindir sus contratos, constituían una forma discurso comercial, pues se perseguía con ello promover la reputación de la organización y la afiliación de nuevos socios. El tribunal recurrió, otra vez más, a *Bolger* y señaló un conjunto de tres factores para apreciar el carácter mercantil del discurso: (a) formato publicitario del mensaje, (b) referencias en el mensaje a un producto o servicio y (c) motivación económica del emisor. Con todo, téngase en cuenta que más allá de resolver que la expresión era comercial y poder acudir a una regla de responsabilidad objetiva por difamación, el Tribunal señaló que las afirmaciones habían sido realizadas con conocimiento de su falsedad y que, por tanto, también darían lugar a indemnización de acuerdo con el estándar de la *actual malice* establecido en *New York Times v. Sullivan*. El pleito fue finalmente transigido extrajudicialmente: «Parents Television Council» se comprometió a pagar la suma de 3 millones y medio de dólares a la WWFE.

Por otra parte, en *Kasky v. Nike* (27 Cal. 4th 939 (2002))⁸¹⁶, el Tribunal Supremo de California resolvió que un discurso que contiene los siguientes elementos es un discurso comercial al que puede aplicarse un estándar de protección inferior: (a) emisor comercial, es decir, alguien dedicado a la producción, distribución o venta de bienes y servicios; (b) una determinada audiencia formada por clientes o potenciales clientes, representantes de éstos u otras personas (como reporteros o *reviewers*) que posiblemente repetirán la información o podrán influir en el comportamiento de los primeros y (c) afirmaciones sobre hechos de naturaleza comercial, esto es, afirmaciones sobre las operaciones comerciales, los productos o los servicios ofrecidos por el emisor con finalidades promocionales. Se trata de un criterio excesivo: casi cualquier discurso realizado por un profesional o por una sociedad resultará comercial.

⁸¹⁶ Véase *infra* pp. 343 y ss. para el análisis de las repercusiones de este caso y su iter judicial.

Los criterios descritos recurren al análisis contextual de la expresión y su incardinación en una determinada práctica social. Sin embargo, no todos los intereses y factores son tenidos en cuenta: así, la participación en un debate público sobre violencia televisiva es obviada en *Bozell*; la tangencialidad de los rumores sobre la información de las prestaciones en el mercado de referencia no es examinada en *Procter & Gamble*; la posible distinción entre el carácter retribuido de los anuncios frente a la realización de declaraciones de prensa y el envío de cartas particulares es dejado de lado en *Kasky*. Mas, desde una perspectiva realista, debe añadirse que cuando la cuestión en juego afecta a información veraz de utilidad para los consumidores, su supresión suele constituir a los ojos del tribunal una medida desproporcionada, mientras que en supuestos de expresiones banales, sospechosas o incluso falsas, los jueces se muestran menos predispuestos a valorar todos los intereses presentes y declarar la inconstitucionalidad de una injerencia sobre aquéllas.

(B) Contenido primario y contenido secundario

La jurisprudencia del TEDH ha oscilado en los criterios utilizados para separar los aspectos comerciales de los públicos en una determinada expresión, provocando con ello, inseguridad jurídica y variación en los fallos⁸¹⁷.

Con todo, el criterio más importante, como hemos señalado, recurre a la distinción entre contenido o finalidad primaria y secundaria de la comunicación. Así, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado contrarias al art. 10 del Convenio injerencias en expresiones que tenían como finalidad primaria contribuir a un debate de interés general pero que tenían un efecto publicitario o promocional secundario (*Barthold, Stambuk*) y; en cambio, ha considerado legítimas injerencias a discursos cuyo objetivo primario, a los ojos del tribunal, era mercantil pero que indirectamente incidían en la opinión pública (*Schöpfer, Jacobowski*). Mas, la cuestión se complica y el criterio puede oscilar en supuestos en que la finalidad mercantil es muy difusa (*Demuth*).

(C) Finalidad perseguida por el legislador o agencia reguladora

En algunas ocasiones, los tribunales han inquirido sobre la finalidad perseguida por la autoridad normativa y han resuelto que cuando esté relacionada con la regulación del mercado nos hallaremos ante un supuesto de discurso comercial, que merece una

⁸¹⁷ Véase *supra* pp. 115 y ss.

protección inferior⁸¹⁸. En algunos supuestos, no se pone en cuestión la naturaleza comercial del discurso y el recurso a la finalidad perseguida es utilizado como argumento para declarar la inconstitucionalidad de su regulación.

Así se pronunció, por ejemplo, el Tribunal Supremo norteamericano en un supuesto de utilización del mismo canal de distribución tanto por publicaciones de índole comercial como no comercial: *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc. et al.* (507 U.S. 410 (1993))⁸¹⁹.

En 1989 el ayuntamiento de Cincinnati autorizó a las sociedades «Discovery Networks, Inc.» y «Harmon Publishing Company, Inc.» a instalar 62 dispensadores (*newsracks*) en el dominio público con el objeto de distribuir revistas gratuitas cuyo contenido era principalmente la publicidad de los servicios de la última. En 1990, el ayuntamiento, preocupado por la seguridad y el decoro de las calles y aceras de la ciudad, retiró las licencias de las sociedades basándose en que las revistas repartidas eran “folletos comerciales”, cuya distribución en lugares públicos estaba prohibida por una ordenanza previa.

Las sociedades afectadas se opusieron a la retirada de sus licencias y, en el proceso judicial, alegaron que la aplicación de la ordenanza era contraria a la Primera Enmienda. La *District Court* estimó la demanda. La *Court of Appeals* confirmó la sentencia.

El Tribunal Supremo, en ponencia del magistrado John Paul Stevens, resolvió que:

- a) El ayuntamiento no había agotado las exigencias de establecer una “adecuación razonable” entre sus intereses legítimos en la seguridad y la estética y la medida aplicada⁸²⁰.
- b) No puede sostenerse, como pretendía el ayuntamiento recurrente, que el discurso comercial tenga un valor inferior al del discurso no comercial de los periódicos que

⁸¹⁸ Para un análisis y defensa de este criterio, véase Maya HERTIG RANDALL, “Commercial Speech under the European Convention on Human Rights: Subordinate or Equal?”, *Human Rights Law Review* 2006 6(1), pp. 53-86, p. 71.

⁸¹⁹ Para más casos en la materia, véase Heidi C. FLETEMEYER, “The First Amendment and Newspaper Vending Machine Regulation”, 69 *University of Colorado Law Review* 223 (1998). Para un análisis de la sentencia, véase M. Ryan CALO, “Note. Scylla or Charybdis: Navigating the Jurisprudence of Visual Clutter”, 103 *Mich. L. Rev.* 1877 (2004-2005).

⁸²⁰ En un caso previo, *City of Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co.* (486 U.S. 750 (1988)), el Tribunal Supremo había resuelto que era contraria a la libertad de expresión una norma que permitiera a un alcalde decidir arbitrariamente retirar *newsracks* en los términos y condiciones que considere razonables y necesarias.

sí pueden distribuirse mediante dispensadores. Esto es, desde el punto de vista de la finalidad perseguida por el ayuntamiento, la distinción entre periódicos con noticias y revistas con anuncios no es suficiente para adoptar una normativa restrictiva de estas últimas.

- c) Finalmente, la distinción implica una restricción no neutral en cuanto al contenido, prohibida según el acervo jurisprudencial del Tribunal Supremo⁸²¹.

Por otra parte, el mismo magistrado, en su voto particular a *Rubin v. Coors Brewing Co.* (514 U.S. 476 (1995)), también adoptó un criterio instrumental con la finalidad de evitar el engaño. Para identificar si el contenido del etiquetaje de las bebidas alcohólicas constituye o no discurso comercial, Stevens consideró inútiles los criterios de motivación económica o promocional, así como la inclusión de un mensaje en una etiqueta de un producto comercializable. Lo relevante es la finalidad que persigue la administración que pretende regular este discurso: así, en el caso, la comercialidad del discurso viene dada por la regulación de los actos de engaño en el mercado.

Una variación de este criterio en el ámbito de la jurisprudencia del TEDH recurre a la posibilidad de aplicar la ley nacional sobre represión de competencia desleal al supuesto. Así, si es posible enjuiciar la conducta expresiva mediante las disposiciones nacionales sobre comportamientos desleales en el mercado, podrá concluirse que la expresión analizada no constituye discurso público. Sin embargo, algunos autores han argumentado que el criterio es inservible por cuanto las regulaciones nacionales sobre prácticas comerciales y las respectivas tradiciones interpretativas son muy diferentes⁸²².

Por otra parte, muchas de las normas contenidas en las regulaciones sobre competencia desleal son aplicables a formas de expresión de discurso público y la cuestión, entonces, consistirá en determinar el grado de protección que debe otorgarse a la libertad de expresión en el ámbito de los actos de competencia y cómo ésta se incardina en la interpretación de sus normas. En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 3/1991,

⁸²¹ Véase, en Alemania, BGH 20.11.2003 (I ZR 120/00) "Zeitung zum Sonntag" y Peter RUESS y Cordula TELLMANN, "«Umsonst is der Tod allein?» - Neues zur Werbung mit Gratiszeitungen", *WRP* 2004 Heft 6, pp. 665-669, quienes apuntan a la necesidad de examinar la problemática que la prensa gratuita presenta para el derecho de la competencia desde la óptica de los pronunciamientos del BVerfG en el asunto Benetton.

⁸²² Maya HERTIG RANDALL, *op. cit.*, p. 73. Con todo, téngase en cuenta la mayor homogeneidad operada en parte por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 (DO L 149 de 11.6.2005, pp. 22-39).

de 10 de enero, de Competencia Desleal, “se extiende a todas las actividades económicas en sentido amplio (cualquiera que sea la iniciativa y la finalidad a que obedezcan), entre las que se cuentan no sólo las actividades empresariales (civiles y mercantiles) sino también las profesionales [...], las artísticas e intelectuales (explotación o comercialización de derechos de autor o de creaciones industriales), las científicas o las deportivas”⁸²³.

Al definir el ámbito objetivo de la LCD, el artículo 2 establece que:

1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.
2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

En definitiva, de acuerdo con el artículo citado, para la existencia de un acto de competencia es necesario que la conducta se haya realizado *en el mercado y con fines concurrenciales*. Ambos requisitos están, según la doctrina más autorizada, dogmáticamente imbricados⁸²⁴. Así, lo único que hace el artículo 2.2 LCD “es ligar una presunción de finalidad competitiva a todo acto o conducta de mercado, de modo que toda conducta de mercado, sólo por serlo, tiene aparejada una presunción de concurrencialidad que podrá, en su caso, ser desvirtuada por la concurrencia de circunstancias justificativas de la misma”⁸²⁵.

El TS ha mantenido una interpretación restrictiva del ámbito objetivo de aplicación de la LCD, iniciada en la STS, 1ª, 15.4.1998 (Ar. 2053; MP: Pedro González Poveda), *Jovino Alberto F.V. c. «Cadena Clarín, SL»*. En esta sentencia, el Tribunal resolvió que la instalación de un ambigú en un cine no constituye un acto de competencia, por cuanto ni se realiza en el mercado, ni tiene una finalidad concurrencial⁸²⁶.

⁸²³ José MASSAGUER FUENTES, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, Art. 2 (4).

⁸²⁴ José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, Art. 2 (8).

⁸²⁵ Antonio B. PERDICES HUETO, “Comentario a la STS, 1ª, 15.2.1998”, CCJC núm. 50 (1999), p. 483.

⁸²⁶ Críticos con esta afirmación: Tomás VÁZQUEZ LEPINETTE, “Concurrencia en el mercado y cláusula general de competencia desleal”, *RDP*, núm. 2, 1999, pp. 301-304; y Antonio B. PERDICES HUETOS, *op. cit.* Véase *infra* en pp. 348 y ss. también la STS, 1ª, 3.2.2005 (Ar. 1458; MP: Xavier O’Callaghan Muñoz. Asunto «Mantequerías Las Nieves»).

También en Estados Unidos, los fines concurrenciales a efectos de la legislación sobre competencia desleal se interpretan restrictivamente: la práctica comercial debe realizarse con el fin de influenciar la conducta de los consumidores y debe llegar suficientemente al grupo de referencia de potenciales compradores. Véase el voto particular (*concurring*) de Calabresi a *Boule v. Hutton* (328 F.3d 84 (2nd Cir. 2003)).

Muchos fallos de Audiencias provinciales se alinean con esta postura restrictiva: así, no son enjuiciables bajo el conjunto de remedios previsto por el derecho represor de la competencia desleal la publicación de un reportaje sobre equipos de láser en una revista editada por una asociación de médicos y cirujanos plásticos⁸²⁷; la publicación de un anuncio de tono excluyente en la sección de ofertas de empleo de un periódico⁸²⁸; la publicación a título personal de una carta en un periódico por parte del Director de una empresa criticando la profesionalidad de una concurrente⁸²⁹; las cartas enviadas por la titular de una marca a empresas proveedoras de la sociedad infractora advirtiendo de la posibilidad de ejercicio de acciones legales contra aquéllas⁸³⁰; las cartas enviadas por la fabricante de suelos antideslizantes a una antigua cliente criticando los productos de una competidora de la primera⁸³¹; la denuncia a la correspondiente autoridad de falta de homologación de productos derivados del acero fabricados por una competidora⁸³²; y la publicación de un reportaje sobre imitación de marcas en la revista editada por «Cervezas y Bares de Galicia, S.L.»⁸³³.

En la doctrina, Antonio PERDICES ha defendido que existirán conductas en el mercado que carezcan de fin concurrencial por estar amparadas en algun forma de causa de justificación. Así, por ejemplo, se predica que un derecho fundamental pueda operar como causa de justificación de la conducta en el mercado: un fin de naturaleza constitucional excluiría *prima facie* al fin concurrencial⁸³⁴, siempre que no existiera una pluralidad causal, caso en el que será necesario proceder a ponderar tales motivos. Por ejemplo, la crítica a la comercialización de anticonceptivos por motivos religiosos afecta al mercado, pero la finalidad concurrencial quedaría desplazada por la libertad religiosa (art. 16.1 CE); excepto si concurren factores causales ulteriores —por todos, la intención de boicotear una farmacia concreta—, caso en el que la LCD podría ser aplicada. También para José MASSAGUER, *“deben escapar de la presunción de finalidad concurrencial aquellas conductas que por su naturaleza están ordenadas a la obtención de los fines (no concurrenciales)”*

⁸²⁷ SAP Madrid, Sección 13ª, de 2.7.2004 (JUR 2004\275567).

⁸²⁸ SAP Asturias, Sección 7ª, de 8.4.2003 (JUR 2003\231588).

⁸²⁹ SAP Lugo, Sección 1ª, de 18.6.2004 (AC 2004, 1808).

⁸³⁰ SAP Granada, Sección 3ª, de 10.3.2001 (JUR 2001\151647).

⁸³¹ SAP Madrid, Sección 10ª, de 25.5.2004 (AC 2004, 1684).

⁸³² SAP Madrid, Sección 13ª, de 28.2.2003 (JUR 2003\175503).

⁸³³ SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 22.1.2006 (AC 2006, 367).

⁸³⁴ Antonio B. PERDICES HUETOS, *op. cit.*, pp. 488-489.

*proprios del sujeto agente y además sean objetivamente idóneas para su obtención, y ello a pesar de que puedan contribuir de forma más o menos directa a mejorar o empeorar la posición competitiva de determinados operadores*⁸³⁵. Esta línea de argumentación dogmática encuentra su límite en un tratamiento pragmático de los supuestos de una pluralidad de finalidades: un sujeto realiza un acto en el mercado —i.e. que tiene trascendencia externa—, con una «finalidad concurrencial» en el sentido de que es objetivamente idóneo para promover las prestaciones de un tercero, pero persiguiendo otras finalidades (por ejemplo, promover la protección del medio ambiente, informar al público en general sobre los empresarios que operan en un sector, o expresar las creencias religiosas propias). En tales casos, el demandado por un acto de competencia desleal preferirá destinar su esfuerzo, no a desvirtuar la presunción del art. 2.2 LCD, sino a negar los elementos del ilícito concurrencial imputado y, en especial, anticipando que, en virtud del principio *iuri novit curia*, el juez podría llegar a aplicar el régimen general de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC.

En definitiva, es posible recurrir a las previsiones de la LCD para cesar o hacer responder a una manifestación realizada por un agente no mercantil si resulta idónea para promover las prestaciones propias o de un tercero. Dada la dimensión estructural del derecho de la competencia, la falta de una relación de competencia no juega de entrada ningún papel en la aplicación de tales reglas (art. 3.2 LCD)⁸³⁶.

En el ámbito del *common law*, el instrumental básico ofrecido por el derecho de propiedad industrial y las normas sobre comportamiento leal en el mercado han servido para enjuiciar manifestaciones políticas y artísticas.

Por ejemplo, en el derecho federal norteamericano, se ha recurrido con frecuencia a la dilución de marcas famosas (*trademark dilution*), regulada en la Ley Federal Antidilución (FTDA⁸³⁷), y a los actos de confusión (*likelihood of confusion*) previstos en la Lanham Act

⁸³⁵ José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, Art. 2 (12). En el mismo sentido, Rafael GARCÍA PÉREZ, “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal”, *Derecho de los Negocios*, núm. 200, mayo 2007, pp. 7-17.

⁸³⁶ Cfr., sin embargo, con § 1 de la antigua UWG que exigía la existencia de una *Wettbewerbsverhältnis*, aunque dados los fines protectores de la legislación represora de la competencia desleal —en especial, la protección de la institución de la competencia—, algunos autores habían cuestionado la vigencia del recurso a este concepto. Véanse E. ULMER, “Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt”, *GRUR Int* 73, pp. 135 y ss.; p. 138 y Gerhard SCHRICKER, “Grenzen des Verbraucherschutzes – Zur Auslegung des Kaufscheinvertots in § 6b UWG”, *GRUR* 75, 349/ 352 *apud* BAUMBACH /HEFERMEHL, *op. cit.*, Einl UWG Rn 247. La nueva UWG prescinde de este componente secular.

⁸³⁷ Federal Trademark Dilution Act (1995), recientemente modificada por la Trademark Dilution Revision Act of 2006. El concepto de dilución está reflejado en 15 U.S.C.A. § 1127: “[...] Dilution means the lessening of the capacity of a famous mark to identify and distinguish goods or services,

para frenar algunos discursos, incluso aquellos predominantemente o a todas luces públicos. Por su parte, en el ámbito estatal, además de las diferentes legislaciones domésticas, los demandantes han utilizado algunos *torts* como los de *misappropriation*, *disparagement* o *trade libel*. Así, por ejemplo, cuando un derecho de propiedad industrial es parodiado, su titular puede emprender, entre otras, una acción por dilución de marca (*Trademark dilution*⁸³⁸), esto es, para evitar el menoscabo del carácter distintivo de una marca notoria⁸³⁹.

En cualquier caso, se quiere poner de relieve que el funcionamiento de los mecanismos para la defensa de los derechos de propiedad intelectual e industrial distingue sólo residualmente entre usos con finalidades comerciales y otros usos⁸⁴⁰.

regardless of the presence or absence of (1) competition between the owner of the famous mark and other parties, or (2) likelihood of confusion, mistake, or deception". En España, la protección contra la dilución de marca, restando la posibilidad del instrumentario de la LCD, se concentra en la prohibición de registrar una marca para un producto o servicio si es posible que con ello se produzca un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de signos notorios ya registrados (art. 8 Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (BOE núm. 272 de 7.12.2001)).

⁸³⁸ Véanse 15 U.S.C.A. § 1125 (c) y también *Restatement Unfair Competition* §25.

⁸³⁹A pesar de que la Ley Federal Antidilución de Marca de los Estados Unidos (15 U.S.C.A. § 1125) restringe la acción a aquellos usos comerciales de la marca, los tribunales han estimado pretensiones dirigidas contra usos mixtos o incluso predominantemente no comerciales. Véanse Michal K. CANTWELL, "Confusion, Dilution and Speech: First Amendment Limitations on the Trademark Estate: An Update, 94 *The Trademark Reporter* 547 (2004); Richard B. BIAGI, "The Intersection of First Amendment Commercial Speech Analysis and the Federal Trademark Dilution Act: A Jurisprudential Roadmap", 91 *The Trademark Reporter* 867 (2001); John V. TAIT, "Trademark Regulations and the Commercial Speech Doctrine: Focusing on the Regulatory Objective to Classify Speech for First Amendment Analysis", 67 *Fordham Law Review* 897 (1998).

⁸⁴⁰ Véase, por ejemplo, el art. 39 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (BOE núm. 97 de 22.4.1996). En Alemania los §§ 23, 24 y 51 UrhG (*Urhebergesetz vom 9. September 1965 (BGBl. 1965 I, S. 1273)*) no preven consecuencias jurídicas diferentes para vulneración de derechos de propiedad intelectual mediante un uso comercial o mediante otros usos. Véase al respecto Sönke BECKER, *op. cit.*, pp. 46-49. Las únicas consecuencias que podrá implicar la comercialidad del discurso quedan relegadas al ámbito del derecho represor de la competencia desleal. Así, según CHAKRABORTY podrá calificarse de desleal una utilización con finalidades concurrenciales si entre el derecho de propiedad intelectual original y la transformación o parodia existe una relación de sustitución (*Substitutionskonkurrenz*). Véase Martin CHAKRABORTY, "Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht", Dissertation, Schriftreihe der UFITA, Band 143, Baden-Baden, 1997, *apud* Sönke BECKER, *op. cit.* En cualquier caso, conviene añadir la posibilidad de una relación parasitaria como un ulterior fundamento de deslealtad. Así, para el derecho español, ciertos usos con finalidades comerciales aunque transformados podrán tener relevancia a efectos del derecho de la competencia desleal –*ad.*

3. Estrategias integrales de comunicación, libertad de expresión y costes sociales

3.1. Introducción: erosión de la opinión pública mediante regulación de comunicaciones comerciales

En los epígrafes anteriores, he examinado los costes de construcción de reglas para distinguir entre discurso comercial y discurso público y he concluido que la aplicación bien trabada del principio de proporcionalidad puede resultar menos costosa desde el punto de vista del esfuerzo judicial y de la seguridad jurídica. En este apartado, comprobaremos, además, que distinguir innecesariamente entre ambas formas de discurso conlleva la supresión de información tradicionalmente calificada como discurso público u opinión pública⁸⁴¹.

El argumento parte de la idea de que una regulación del discurso operará como un impuesto que reducirá la cantidad de información producida en el mercado y alcanzará, con mayor o menor riesgo, a expresiones fuera de su ámbito de aplicación⁸⁴². Cuando, y así ocurre en muchos supuestos, los costes de aplicación de una regla categorial son muy elevados por cuanto los elementos de discurso público y de discurso comercial están fuertemente integrados, podrá disuadirse la producción de más información pública deseable desde un punto de vista social.

ex.: actos de confusión (art. 6 LCD) —. En tales casos deberán examinarse elementos como el riesgo de confusión, el carácter exclusivamente parasitario del uso, la substitución entre original y segundo uso, los canales de distribución utilizados por ambos, etc. Téngase en cuenta, finalmente, la posibilidad de aplicación de la LCD mediante el ilícito de violación de normas (art. 15 LCD).

El derecho español de marcas no distingue entre usos comerciales y usos no comerciales, excepto en cuanto a la puesta en funcionamiento del derecho represor de la competencia desleal. Por su parte, el carácter comercial de la parodia es relevante para el derecho de marcas alemán (§14 MarkenG (*Markengesetz vom 25. Oktober 1994 (BGBl. 1994 I, S. 3082)*)), pero no decisivo. Al respecto, Sönke BECKER, *op. cit.*, pp. 105-106.

⁸⁴¹ Para algunos autores el problema no es importante desde un punto de vista cuantitativo. Así, para Maya HERTIG RANDALL, *op. cit.*, p. 76: “[...M]ost cases of commercial advertisements tend to be straightforward. From a quantitative point of view, the risk of misclassification should thus not be overestimated”.

⁸⁴² Véase *supra* pp. 328 y ss.

En los últimos años, las empresas han desarrollado, además de publicidad convencional, otras políticas de comunicación empresarial, conocidas en la jerga del sector con los términos más bien ambiguos de «estrategias integrales de comunicación»⁸⁴³.

Una de las estrategias más utilizadas es el denominado *corporate*, que consiste en la gestión estratégica de la imagen corporativa de una empresa con el objetivo de revalorizar activos intangibles de sus sociedades, tales como la reputación o el valor de sus marcas⁸⁴⁴. Entre las tendencias de gestión visual de marca, destaca la elaboración de *websites*, cada vez mejor cuidados y más sofisticados. Otra tendencia emergente, que aquí interesa especialmente, es la aparición de publicaciones periódicas de carácter gratuito. Por ejemplo, los clientes de algunos supermercados reciben periódicamente una publicación con información general y sobre alimentación⁸⁴⁵; los socios de algunos gimnasios reciben mensualmente una revista sobre información deportiva y salud; y los pasajeros de determinadas compañías aéreas pueden leer una revista sobre viajes durante el vuelo. No puede desconocerse que, además de proyectar una imagen corporativa, estas revistas ofrecen a terceros anunciantes un *pool* muy filtrado de potenciales clientes.

Las estrategias integrales de marketing superan el paradigma de la publicidad tradicional y entremezclan elementos mercantiles con otros de opinión o provenientes de la esfera pública en diferentes elementos de la comunicación:

(a) Medio: algunas empresas han abierto nuevos canales de promoción y comunicación simulando los propios para la difusión de información pública (*blogs*⁸⁴⁶, revistas).

(b) Emisor: algunas campañas recurren a terceros para difundir una comunicación comercial, en ocasiones para buscar un efecto de neutralidad. Por ejemplo, el

⁸⁴³ Kathy R. FITZPATRICK, "The Legal Challenge of Integrated Marketing Communications (IMC): Integrating Commercial and Political Speech", 34 *Journal of Advertising* 93 (2005).

⁸⁴⁴ Véase Justo VILLAFANE GALLEGO, *La gestión profesional de la imagen corporativa*, Pirámide, Madrid 1999; y *Informe Anual 2002: el estado de la publicidad y el corporate en España y Latinoamérica. La responsabilidad social de las empresas*, Pirámide, Madrid, 2003.

⁸⁴⁵ Por ejemplo, el grupo «Caprabo» publica mensualmente *La Revista de Caprabo*, con un promedio de tirada según la Oficina de Justificación de la Difusión (OJD) de 504.265 ejemplares (<http://www.ojd.es/ojdx4/pgratuitas2.asp> [Consultado el 12.7.2007]).

⁸⁴⁶ Véase Robert SPRAGUE, "Business Blogs and Commercial Speech: A New Analytical Framework for the 21st Century", 44 *American Business Law Journal* 127 (2007).

emplazamiento de productos o *product placement* utiliza habitualmente expresiones artísticas para la promoción de bienes y servicios.

(c) Receptor: en ocasiones, se utiliza a la propia audiencia para difundir una comunicación comercial (marketing viral). Se usan canales privados ya establecidos como por ejemplo foros en internet, *blogs* o páginas de almacenamiento de videos (www.youtube.com).

En 2006, dos campañas de marketing viral tuvieron una gran repercusión mediática en España: la primera, y que se alzó con el premio nacional otorgado por la Asociación Española de Anunciantes, fue puesta en marcha por el canal de televisión MTV y difundida a través de canales privados, consistía en un videoclip musical con una canción titulada “Amo a Laura”; la segunda, de la misma agencia de publicidad, fue realizada por una ONG y consistía en un video manipulado, también distribuido por foros de internet y páginas de almacenamiento, en el que unos encapuchados robaban el escaño del Presidente del Gobierno en el Congreso de los Diputados.

(d) Contenido del mensaje: mediante las declaraciones de responsabilidad corporativa una empresa puede expresar su opinión acerca de un asunto público.

Para unos, con ello las empresas vampirizan la opinión pública, para otros se aprovechan de ella y para unos últimos participan en ella como lo hacen otros agentes sociales. Sin entrar en el debate abierto sobre la mercantilización de la información y de la cultura y sus derroteros ideológicos, centro el examen en tres ejemplos de prácticas sociales, cuya regulación, puede llegar a erosionar la opinión pública. Cada una de estas prácticas es descrita brevemente y su problemática jurídica presentada mediante una resolución —respectivamente, una sentencia del Tribunal Supremo norteamericano, otra del Tribunal Supremo español y una resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad—. Las siguientes secciones no pretenden un examen exhaustivo de las cuestiones suscitadas en cada ámbito y tienen un carácter programático para posibles futuras investigaciones.

3.2. Libertad de expresión y declaraciones de responsabilidad social corporativa

En los años ochenta del S. XX se afianzó la práctica entre las sociedades de comunicar su misión y objetivos corporativos e identidad en el mercado. Desde entonces, las empresas se han posicionado, vinculado y comprometido en determinados asuntos de interés social como, por ejemplo, el hambre, la pobreza y determinadas enfermedades. En algunas ocasiones, además, las sociedades han comunicado su opinión sobre

asuntos sociales o políticos⁸⁴⁷. Todo este espectro de discursos es conocido con la expresión más bien ambigua de declaraciones de responsabilidad social corporativa.

El concepto de responsabilidad social corporativa se entiende en la actualidad de dos maneras que pueden entenderse antagónicas⁸⁴⁸. Una de ellas identifica este concepto como una suerte de *peaje social* en función del cual, y de no se sabe muy bien qué principio o doctrina, las empresas estarían moralmente obligadas a devolver a la sociedad una parte de sus beneficios. La otra concepción –más realista– entiende la responsabilidad social corporativa como un compromiso explícito sobre su conducta como empresa en relación con sus empleados, clientes, accionistas y con la comunidad en donde desarrolla su actividad, y que se incorpora como un aspecto de la gestión de la reputación corporativa.

La reputación corporativa es el resultado de armonizar los activos tangibles de las empresas (resultados económico-financieros, calidad de la oferta comercial, innovación, etc.) con los intangibles (entre otros, cultura corporativa, calidad laboral, ética empresarial y responsabilidad social).

Un caso reciente del Tribunal Supremo norteamericano relativo a las declaraciones de responsabilidad corporativa y a la participación de un agente comercial en un debate público ha puesto de relieve la existencia de un problema en la jurisprudencia sobre *Commercial Speech*: para mantener el estándar de protección de la libertad de expresión, deben definirse con claridad las fronteras entre lo que es publicidad y lo que es discurso público⁸⁴⁹.

La controversia entre Mark Kasky y «Nike, Inc.» situaba, así, al Tribunal entre Escila y Caribdis: los magistrados debían decidirse entre abandonar el enfoque categorial de la expresión con sus consecuencias sobre todo el acervo jurisprudencial o continuar con

⁸⁴⁷ R. MEADOW, "The Political Dimension of Non-Product Advertising", *Journal of Communication* p. 69-81, 1981. Véase también Matthew YIUM, "Profits, Politics, and the Promise of Free Speech: Defining Commercial Speech after *Nike v. Kasky*", 9 *Lewis & Clark L. Rev.* 719 (2005).

⁸⁴⁸ Véase Justo VILLAFANE GALLEGO, "La empresa responsable", *Telos. Cuadernos de comunicación, tecnología y sociedad*, núm. 56, julio-septiembre 2003 (<http://www.campusred.net/telos/home.asp?idRevistaAnt=56>). Véanse, en el ámbito de la Unión Europea, el Libro Verde, presentado por la Comisión, *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, COM (2001) 366 final, Bruselas, 18.7.2001; y *Comunicación de la Comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible*, COM (2002) 347 final, Bruselas, 2.7.2002.

⁸⁴⁹ Decantándose por el carácter comercial de las declaraciones de responsabilidad corporativa y otras formas de *marketing* integral, Tamara R. PIETY, "Free Advertising: The Case for Public Relations as Commercial Speech", 10 *Lewis & Clark L. Rev.* 367 (2006).

una delimitación de formas de discurso con sus costes de error cada vez mayores en un mundo en el que la imbricación entre discurso público y discurso comercial aumentaba día a día. El Tribunal, ante tal tesitura, optó por inhibirse formalmente y finalizar el pleito sin una sentencia de fondo⁸⁵⁰. Sin embargo, la controversia permite predibujar alguno de los caminos que deberá seguir la *U.S. Supreme Court* en su construcción jurisprudencial de la protección de las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión⁸⁵¹.

Entre octubre de 1996 y diciembre de 1997 aparecieron reportajes en televisión y en prensa denunciando que los trabajadores de las fábricas de ropa y calzado deportivos que «Nike, Inc.» poseía en China, Vietnam e Indonesia recibían un sueldo inferior al salario mínimo de aquellos países, trabajaban más horas de las legalmente permitidas y sufrían abusos físicos y verbales e incluso sexuales en condiciones mínimas de salubridad y salud laboral. Para contrarrestar los efectos que estas informaciones pudieran tener sobre las ventas, algunos directivos de «Nike, Inc.» realizaron un comunicado de prensa, enviaron cartas a Presidentes de universidades, entre otros, y publicaron anuncios a toda página en los principales periódicos norteamericanos, en los que negaban los hechos imputados⁸⁵².

⁸⁵⁰ *Nike v. Kasky* (539 U.S. 654 (2003)).

⁸⁵¹ Para un comentario al conflicto o a las sentencias a que ha dado lugar, véanse, entre otros, Ronald K.L. COLLINS y David M. SKOVER, “The Landmark Free-Speech Case That Wasn’t: The Nike v. Kasky Story”, 54 *Case W. Res. L. Rev.* 965 (2004); Amber MCGOVERN, “Kasky v. Nike, Inc.: A Reconsideration of the Commercial Speech Doctrine”, 12 *Journal of Art & Entertainment Law* 333 (2002); Michelle DOBRUSIN, “Crass Commercialism: Is It Public Debate or Sheer Profit? The Controversy of Kasky v. Nike”, 24 *Whittier Law Review* 1139 (2003); Julie HILDEN, “When Nike Speaks, Is It Always «Commercial Speech?»”, *FindLaw’s Writ Legal Commentary* (2003) (<http://writ.findlaw.com/hilden/20030415.html>); Tamara R. PIETY, “Grounding Nike: Exposing Nike’s Quest for a Constitutional Right to Lie”, 78 *Temp. L. Rev.* 151 (2005); Jason CADE, “If the Shoe Fits: *Kasky v. Nike* and Whether Corporate Statements About Business Operations Should Be Deemed Commercial Speech”, 70 *Brook. L. Rev.* 247 (2004-2005); y Antoni RUBÍ PUIG, “Just pay it. La transacción de Kasky v. Nike”, *InDret* 4/2003 (www.indret.com).

⁸⁵² Los reportajes se acompañaban de extractos de un informe realizado por Andrew Young, un antiguo embajador de los EE.UU, y otros empleados de su empresa de consultoría «GoodWorks International», quienes, tras la visita a 12 fábricas, concluyeron que no existía una situación continuada de abusos o malos tratos a los trabajadores. Muchas organizaciones de defensa de los derechos humanos y grupos antiglobalización criticaron el informe al que calificaban cuanto menos de sesgado e interesado. Entre otras cosas, reprocharon al Sr. Young que sólo hubiera realizado una única visita por fábrica, de menos de 4 horas y con traductores aportados por la propia «Nike, Inc.», y que hubiera consultado muchas de las ONGs locales por teléfono y durante menos de 10 minutos.

Así las cosas, Mark Kasky, un activista antiglobalización californiano, consideró que las manifestaciones realizadas constituían publicidad falsa o engañosa y desleal contraria al Business and Professions Code, §17200⁸⁵³ et seq. (hoy §17000 et seq.) y §17500⁸⁵⁴ et seq., por lo que demandó en interés general del Estado de California⁸⁵⁵ a la sociedad y a cinco de sus directivos y solicitó la cesación de las manifestaciones y una indemnización de daños. En la contestación a la demanda, «Nike, Inc.» y sus directivos alegaron que las expresiones realizadas no constituían publicidad comercial, sino informaciones públicas que, como las opiniones políticas, debían quedar plenamente protegidas por la Primera Enmienda a la Constitución Federal⁸⁵⁶. En consecuencia, esta cuestión constitucional impedía entrar a conocer el fondo del asunto (*demurrer*).

⁸⁵³ *Business and Professions Code*, §17200: “As used in this chapter, unfair competition shall mean and include any unlawful, unfair or fraudulent business act or practice and unfair, deceptive, untrue or misleading advertising and any act prohibited by Chapter 1 (commencing with Section 17500) of Part 3 of Division 7 of the Business and Professions Code”.

⁸⁵⁴ *Business and Professions Code*, §17500: “It is unlawful for any person, firm, corporation or association, or any employee thereof with intent directly or indirectly to dispose of real or personal property or to perform services, professional or otherwise, or anything of any nature whatsoever or to induce the public to enter into any obligation relating thereto, to make or disseminate or cause to be made or disseminated before the public in this state, or to make or disseminate or cause to be made or disseminated from this state before the public in any state, in any newspaper or other publication, or any advertising device, or by public outcry or proclamation, or in any other manner or means whatever, including over the Internet, any statement, concerning that real or personal property or those services, professional or otherwise, or concerning any circumstance or matter of fact connected with the proposed performance or disposition thereof, which is untrue or misleading, and which is known, or which by the exercise of reasonable care should be known, to be untrue or misleading, or for any person, firm, or corporation to so make or disseminate or cause to be so made or disseminated any such statement as part of a plan or scheme with the intent not to sell that personal property or those services, professional or otherwise, so advertised at the price stated therein, or as so advertised. Any violation of the provisions of this section is a misdemeanor punishable by imprisonment in the county jail not exceeding six months, or by a fine not exceeding two thousand five hundred dollars (\$2,500), or by both that imprisonment and fine”.

⁸⁵⁵ La legitimación activa del Sr. KASKY en el pleito se fundaba en el *Business and Professions Code*, §§17203, 17204 y 17535, que permitían el entablamiento de un pleito como *Private Attorney General*. Con posterioridad al pleito iniciado por KASKY, se modificaron los preceptos y se restringió la legitimación activa a afectados directamente.

⁸⁵⁶ Douglas A. KYSAR ha destacado el interés de los consumidores en obtener información veraz sobre los procesos y condiciones de fabricación de un producto para desplazar la aplicación de la libertad de expresión. Además de en el caso de *Kasky v. Nike*, KYSAR ensaya sus argumentos en supuestos de alimentos transgénicos, prácticas de comercio justo y métodos utilizados en la pesca de atún, entre otros. Véase Douglas A. KYSAR, “Preferences for Processes: The Process/Product Distinction and the Regulation of Consumer Choice”, 118 *Harv. L. Rev.* 525 (2004).

Tanto la *Superior Court* de San Francisco primero como la *Court of Appeals* de California después desestimaron la demanda al dar por válidas las alegaciones de «Nike, Inc.» y sus directivos. La *Supreme Court* de California estimó por una mayoría de 4 a 3 magistrados el recurso del Sr. Kasky contra la sentencia de apelación: resolvió que las afirmaciones de los directivos de Nike y sus anuncios constituían información comercial y que, por tanto, no merecían una protección constitucional tan plena como la que ostentan otro tipo de expresiones, mas no entró a analizar su carácter engañoso⁸⁵⁷. Por su parte, los magistrados disidentes entendieron en sus votos particulares que las manifestaciones de «Nike, Inc.» proporcionaban información significativa en el debate público sobre la comercialización en Estados Unidos de productos fabricados a bajos costes laborales, por lo que merecían una protección plena.

En el recurso ante la *U.S. Supreme Court*, «Nike, Inc.» alegó que no toda palabra pronunciada en nombre de «Nike, Inc.» por alguno de sus directivos para proteger la reputación de la marca constituye publicidad y que, aunque ello fuera cierto, de acuerdo con la Primera Enmienda, no debe entenderse que la publicidad queda protegida por un estándar más relajado que el previsto para el *Public Discourse*.

El Tribunal Supremo resolvió *per curiam* que nunca debería haber entrado a conocer el recurso de «Nike, Inc.»⁸⁵⁸ (*Nike v. Kasky* (539 U.S. 654 (2003))). En efecto, el Tribunal Supremo devolvió las actuaciones a la *Supreme Court* de California para que analizara si existió engaño o falsedad en las afirmaciones de «Nike, Inc.» y sus directivos y, en su caso, adoptara las consecuencias jurídicas derivadas de tal infracción.

El 12 de septiembre de 2003 las partes en litigio, «Nike, Inc.» y Mark Kasky, anunciaron la transacción de la controversia, por la que «Nike Inc.» se comprometió a entregar 1.500.000 \$ a Fair Labor Association, una organización sin ánimo de lucro compuesta por 12 multinacionales fabricantes de ropa y calzado deportivos y titulares de marcas reputadas (entre ellas, “Reebok®”, “Adidas®” y la propia “Nike®”), 175 universidades

⁸⁵⁷ 27 Cal. 4th 939 (2002).

⁸⁵⁸ El voto particular (*concurring*) del magistrado John Paul Stevens explicó las razones formales:

- a) La sentencia de la *Supreme Court* de California no era final en el sentido del 28 U.S.C. §1257, por cuanto quedaban cuestiones no resueltas, esto es, la posible calificación de la publicidad como engañosa o desleal.
- b) Ninguna de las partes alegó que la jurisdicción competente fuera la federal.
- c) El Tribunal Supremo no es un asistente judicial, por lo que no debe anticipar una cuestión de derecho constitucional antes de que se resuelva el fondo del asunto.

y diversas organizaciones no gubernamentales con el objetivo de promover la adhesión de las referidas sociedades a unos determinados estándares laborales y la mejora de las condiciones de trabajo en todos sus centros.

La transacción fue criticada en diversos foros: en primer lugar, se ha dicho que impide una solución jurisprudencial a un problema central de la doctrina del *Commercial Speech*, esto es, la delimitación del ámbito de protección de la libertad de expresión en el ámbito de la publicidad; y en segundo lugar, se ha afirmado que el hecho de que «Nike, Inc.» haya transigido el caso supone aceptar su derrota en el pleito⁸⁵⁹: la secuela del *settlement*, se dice de forma demasiado precipitada, supone un menoscabo a la libertad de expresión de las empresas, que a la larga resultará en la abstención de las compañías a participar en debates públicos que puedan tener alguna relación con sus productos. La crítica también resulta excesiva por ignorar la finalidad principal de la transacción en el caso. Si «Nike, Inc.» accedió a la transacción fue como medio de ahorro de costes: el *settlement* puso fin a las costas de un proceso iniciado 7 años antes y ahorró las de continuar con el litigio, que más tarde que pronto podría llegar de nuevo al Tribunal Supremo, multiplicando los gastos en defensa y asesoramiento jurídicos, sin perspectivas claras de éxito⁸⁶⁰.

3.3. Libertad de expresión y revistas corporativas

El estatus constitucional que se otorga al discurso comercial puede interferir en la libertad de prensa. De entrada, es muy habitual relacionar ambos aspectos: por ejemplo, se afirma casi siempre que la publicidad es la fuente primaria de financiación de los medios de comunicación, ejecutores señalados de la libertad de prensa. Por otra parte, también se afirma como crítica a lo anterior que el discurso comercial vampiriza en tiempo y contenidos a los *media*⁸⁶¹.

⁸⁵⁹ Véase, por ejemplo, Ken PAULSON, "Free Speech may prove costly for corporations", First Amendment Center, septiembre 2003.

⁸⁶⁰ Siguiendo la misma estructura argumentativa, otros han intentado perseguir el discurso comercial de otras multinacionales. Así la asociación *People for the Ethical Treatment of Animals* (PETA) demandó por publicidad engañosa a "Kentucky Fried Chicken" al entender que sus informaciones sobre el tratamiento dado a sus aves eran falsas. La PETA retiró su demanda después de que la sociedad modificara sus afirmaciones. Véase Thomas C. GOLDSTEIN, "*Nike v. Kasky* and the Definition of «Commercial Speech»", *Cato Supreme Court Review* 63 (2003), p. 64.

⁸⁶¹ Véase, por todos, C. Edwin BAKER, *Advertising and a Democratic Press*, Princeton University Press, Princeton, 1994, *passim*.

La publicidad y la información comercial han garantizado el funcionamiento de los medios de comunicación desde sus orígenes, no sólo en su financiación sino también posibilitando que las vías diseñadas para la difusión de las primeras fueran utilizadas por la información de interés público. Ello es especialmente patente en las publicaciones gratuitas. La primera publicación gratuita se dedicaba en exclusiva a la información comercial y fue obra del considerado padre del periodismo francés: la *Feuille du Bureau d'Adresse* de Théophraste RENAUDOT (1586 - 1653).

El nacimiento de las publicaciones gratuitas ya pone de relieve la estrecha conexión entre contenidos comerciales y otros que, posteriormente, habrían de recibir la protección de la libertad de información. Esta conexión no ha hecho más que aumentar: las publicaciones gratuitas exclusivamente comerciales han dado paso en el s. XX a formatos más complejos, que dificultan en ocasiones distinguir entre la naturaleza comercial o no de sus contenidos.

Sin embargo, la intersección de ambos componentes puede minar la protección ofrecida de ordinario a la libertad de prensa: no nos estamos refiriendo al argumento tradicional que esgrime que la regulación de la publicidad disuade a la larga a los anunciantes y repercute en una menor financiación del sistema institucional de medios de comunicación; sino, como ya hemos avanzado, el problema reside en que expresiones que claramente forman parte del núcleo duro de la libertad de expresión podrían verse sujetas a regulaciones típicas del discurso comercial (en especial, el derecho de la publicidad ilícita y desleal). Este efecto indeseado se observa fácilmente en el ámbito de las publicaciones que se distribuyen de forma gratuita para el lector, contexto en el que los dos estándares coexisten y se superponen. El modelo actual de prensa gratuita sugiere la asimilación del estándar de protección del discurso comercial al del de la libertad de prensa si no se quiere dinamitar ésta última.

Resulta difícil hacer un retrato fiel del modelo de prensa gratuita en España, pues no existen unas únicas características para describir todo el espectro de revistas gratuitas, por cuanto iniciativas, contenidos y audiencias difieren de forma considerable:

- a) Revistas y folletos que publican anuncios clasificados particulares, de empresas o ambos. Próximos al catálogo tradicional, difieren de éste por incluir mecanismos de promoción de bienes y servicios entre particulares y por no contar con una empresa que los identifique con su marca u otro signo distintivo.
- b) Revistas corporativas: publicaciones entregadas por algunas empresas a sus clientes con el objetivo de reforzar una imagen de marca (ejemplos podrían ser *Audi Magazine*, *Revista Paradores*, *Revista de Caprabo* y *Ronda Iberia*). Además de información sobre sus productos, estas publicaciones contienen reportajes sobre temas variados que pueden interesar a una audiencia predeterminada por una relación de clientela.

- c) Revistas editadas por una o varias sociedades para la publicidad y la promoción de sus productos y servicios. Por ejemplo, algunas de las llamadas revistas de tendencias siguen este patrón. Así, pongamos por caso, la sociedad explotadora de una discoteca se une con otra dedicada a la distribución de moda para editar una revista que incluye básicamente anuncios de la citada discoteca y de las marcas de ropa comercializadas, pero, además, otros contenidos relacionados con los servicios y productos ofrecidos por ellas, como entrevistas a los músicos que actuarán en la discoteca y a los diseñadores de la ropa vendida. Otras veces, pueden incluir otros contenidos no relacionados directamente con los productos y servicios ofrecidos.
- d) Revistas editadas por sociedades o personas que no promueven productos o servicios pero que se distribuyen gratuitamente. Se trata de revistas o publicaciones ajustadas más o menos a un modelo tradicional de publicación, pero que no se financian en modo alguno a través de su venta. En España, podemos destacar las publicaciones *MundoSonoro* dedicada a la información musical, *Gaceta Universitaria* dirigida a estudiantes y *Shangay* enfocada al público homosexual.
- e) Diarios de difusión gratuita: en los últimos años han aparecido en las grandes ciudades españolas periódicos de información general repartidos en mano en los accesos a las estaciones de metro y tren, como las publicaciones *Metro*, *Qué*, *ADN* y *20 minutos*⁸⁶².
- f) Finalmente, periódicos tradicionales que ofrecen la entrega de regalos. Una estrategia en la comercialización de la prensa española tradicional en los últimos años ha sido ofrecer obsequios a clientes, algunas veces, con un valor superior al precio de adquisición de la publicación.

En pocas palabras, existe un *continuum* en el conjunto de publicaciones que podemos recibir de forma gratuita, que impide una clasificación por sectores de acuerdo con el nivel de libertad de expresión otorgado. Obsérvese que es difícil establecer el punto donde acaba el discurso comercial y se transforma en discurso público o en otras palabras, cuando el nivel de protección ofrecido a la libertad de empresa debe sustituirse por el ofrecido a la libertad de prensa propiamente dicha. En definitiva, el criterio de la mercantilidad, entendida como

⁸⁶² La aparición en Barcelona de este modelo de prensa partió de un concurso convocado por «Transportes Metropolitanos de Barcelona» (TMB) para adjudicar un diario gratuito a distribuir en el interior de las estaciones de metro. Al concurso concurrieron dos grupos mediáticos, el primero formado por el Grupo Zeta, el Grupo Schibsted (Noruega) y el Grupo Decaux (Francia) y el segundo integrado por el Grupo Godó y el Grupo Modern Time Group (Suecia), denominado luego Metro International. El concurso fue declarado desierto pero constituyó el aliciente para la aparición de los diarios de distribución gratuita en la ciudad. Véase Andreu CASERO RIPOLLÉS, “El modelo informativo de los diarios locales gratuitos en Barcelona” en Rafael LÓPEZ LITA, Francisco FERNÁNDEZ BELTRÁN y Ángeles DURÁN MAÑÉS (Eds.), *La prensa local y la prensa gratuita*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, pp. 275-286, p. 278.

interés en la promoción de bienes y servicios, puede perder utilidad cuando la prueba de este interés es costosa.

En España, la cuestión sobre la protección por la libertad de expresión a reportajes contenidos en revistas corporativas se ha planteado al menos en una ocasión (STS, 1ª, de 3.2.2005 (Ar. 1458; MP: Xavier O'Callaghan Muñoz⁸⁶³): la cooperativa de consumidores «Eroski», titular de una amplia red comercial de distribución alimentaria en España, publicó un reportaje en su revista *corporativa* titulado “Queso fresco, con mucho cuidado”, en el que se realizaba un estudio comparativo de siete marcas comerciales de queso fresco de Brugos y se afirmaba que los análisis efectuados al fabricado por “Mantequerías Las Nieves, SA” habían revelado la existencia de elevados niveles del germen de la listeria, una bacteria susceptible de producir contagios de meningitis en humanos. Además, se señalaba que en el envase no figuraba la fecha de caducidad del producto. Algunos medios de comunicación se hicieron eco del reportaje y difundieron su contenido.

La fabricante, tras haber intentado sin éxito evitar la publicación, demandó a “Eroski, Sociedad Cooperativa” por actos de competencia desleal (denigración [art. 9 LCD] y acto contrario a las exigencias de la buena fe [art. 5 LCD]), y, subsidiariamente, por responsabilidad civil *ex art.* 1902 CC por pérdida de prestigio comercial, y solicitó indemnizaciones por daño moral y por lucro cesante, cuantificadas en 25.000.000 y 134.706.000 ptas. respectivamente.

El JPI núm. 1 de Durango desestimó la demanda en sentencia de 14.6.1996. La Sección 5ª de la AP de Vizcaya, en sentencia de 30.7.1998 (AC 1998\1430; MP: Leonor Ángeles Cuenca García), desestimó el recurso de la actora. En primer lugar, resolvió que la LCD no resultaba aplicable al supuesto de hecho, por cuanto la publicación del reportaje no se había realizado con fines concurrenciales, entre otros motivos, porque la demandada no fabricaba quesos, ni se había acreditado en el pleito que pretendiera que en sus centros comerciales se adquirieran los de otras marcas. En segundo lugar, en aplicación del art. 1902 CC, señaló que la elaboración del reportaje había sido diligente y ajustada a los usos habituales de las asociaciones de consumidores en este ámbito.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo confirmó el fallo dictado por la Audiencia Provincial, así como su fundamentación. El tribunal no se refirió expresamente a la libertad de expresión, pero en cambio sí recurrió al canon razonable

⁸⁶³ Sentencia comentada por Antoni RUBÍ PUIG, “Competencia desleal y libertad de expresión. Comentario a la STS, 1ª, de 3.2.2005”, *InDret* 3/2005 (www.indret.com).

de veracidad, utilizado desde la STC 6/1988, de 21 de enero, como instrumento estándar para resolver las tensiones entre libertad de expresión y derechos de la personalidad, entre los que jurisprudencia y doctrina no han tenido reparos en incluir la protección de la reputación comercial⁸⁶⁴. La aplicación de este criterio y el rechazo a aplicar la LCD a la publicación de una revista corporativa podrían dar a entender, si los tribunales españoles realizaran una distinción entre categorías de discursos, que se trata de una forma de discurso público. Sin embargo, la publicación en una revista dirigida a un grupo de *consumidores* de un reportaje sobre un *bien de consumo* adquirido por una sociedad *cooperativa* y *distribuido* por una red de *supermercados* parece difícilmente escindible de operar en el mercado: se trataría, entonces, de un acto realizado en el mercado cuya lealtad vendría justificada por un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

Una ojeada al derecho comparado y, en concreto, al derecho alemán, de cuyas vicisitudes históricas y dogmáticas en la materia el derecho español ha tomado buena cuenta⁸⁶⁵, permite comprobar cómo casos similares, que han llegado a conocimiento del BVerfG, son enjuiciados dentro del marco de la UWG: véanse la sentencia del BVerfG de 7.11.2002 (1 BvR 580/02) en la que el tribunal resuelve que resulta contrario a la libertad de expresión calificar de desleal *ex* § 1 de la antigua UWG la publicación del libro *JUVE-Handbuch* con rankings sobre abogados especialistas en derecho de la empresa, pues la posible afectación a la transparencia del mercado legal no es fundamento suficiente para limitar el discurso público; y la sentencia del BVerfG de 11.3.2004 (1 BvR 517/99 y 313/99), en la que el Tribunal declara inconstitucionales dos sentencias que reputaban desleales dos informaciones sobre el mercado de vehículos aparecidas en una revista de automóviles y en un programa de televisión.

En definitiva, se entiende que el control de la violación de normas constitucionales, eficaces inter privados en virtud de la *Drittwirkung*, se subsume en el juicio de buena fe a que obliga la cláusula general (§ 1 antigua UWG)⁸⁶⁶. Las especialidades en esta consideración dependen en algunos supuestos principalmente del contenido de la concreta norma constitucional implicada⁸⁶⁷.

⁸⁶⁴ Véanse Manuel ARAGÓN REYES, "El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho a la información", *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1999, pp. 13-36; y Tomás VIDAL MARÍN, "Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional", *InDret* 1/2007 (www.indret.com).

⁸⁶⁵ Cándido PAZ-ARES, "El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)", *Revista de Derecho Mercantil*, 1981, pp. 7-147.

⁸⁶⁶ Axel BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, C.H. Beck, München, 2002, § 12, 69-70.

⁸⁶⁷ *Ibidem*, § 12, 69.

3.4. Libertad de expresión y emplazamiento de producto

El emplazamiento de productos (*product placement*) en bienes culturales como series de televisión, películas, canciones o videojuegos constituye una de las estrategias publicitarias en las que la imbricación entre elementos mercantiles y discurso público es más acentuada.

La utilización de productos o marcas en una obra habitualmente de ficción a cambio de un precio se ha convertido desde hace décadas en una práctica comercial muy frecuente que ha tenido lugar por medio de diferentes tácticas: desde la aparición de un producto o una marca en escena (emplazamiento visual) hasta la mención de éstos en un diálogo entre los protagonistas (emplazamiento verbal), pasando por la emisión de un anuncio sobre los mismos en una película (emplazamiento de publicidad).

No hay unanimidad en cuanto al establecimiento de los orígenes históricos del *product placement*: hay quienes sitúan su inicio en la película “El graduado” (1967), en la que Benjamin Braddock, interpretado por Dustin Hoffman, conducía un Alfa Romeo Spider de color rojo en diferentes escenas⁸⁶⁸; otros se remontan al film “Alma en suplicio” (1945), en el que Joan Crawford se servía una copa de Jack Daniel’s⁸⁶⁹. Lo cierto es que referencias a marcas y bienes han aparecido en muchos otros productos expresivos: por ejemplo, en “First Lady” (1937), la protagonista, interpretada por la actriz Kay Francis, afirmaba que “Ford siempre hace buenos coches”; en “Casablanca” (1942), Humprey Bogart, en el papel de Rick Blaine, bebía agua Perrier⁸⁷⁰. El éxito de la publicación por entregas de la novela “La vuelta al mundo en ochenta días” (1873) de Jules Verne propició que muchas compañías de transporte presionaran para que sus nombres comerciales aparecieran en el texto.

Con todo, el éxito del *product placement* como estrategia publicitaria vino de la mano de “E.T. el extraterrestre” (1982) de Steven Spielberg. En una escena de la película, E.T. come unos caramelos de chocolate de la marca “Reese’s pieces”, cuyo fabricante,

⁸⁶⁸ Rüdiger VÖLKEL, “Product Placement aus der Sicht der Werbebranche und seine rechtliche Einordnung”, *ZUM*, núm. 2, 1992, pp. 55-72.

⁸⁶⁹ Alfonso MÉNDIZ NOGUERO, *Nuevas formas publicitarias: patrocinio, product placement, publicidad en Internet*, Universidad de Málaga, Málaga, 2000, p. 45.

⁸⁷⁰ FACUA, *Persuasores ocultos* (<http://www.facua.org/persuasoresocultos/> (Consultado: 28.2.2007)). En esta página web, la organización FACUA-Consumidores en Acción analiza las implicaciones y la historia del *product placement*.

«Hershey's Chocolate Co», comprobó cómo por ello sus ventas incrementaron en un 65 %. Desde entonces la utilización del *product placement* en todo tipo de obras, como películas, series de televisión, canciones, libros y videojuegos⁸⁷¹, ha proliferado⁸⁷².

Es frecuente que en películas de 90 minutos haya al menos veinte anuncios encubiertos⁸⁷³, lo que podría dar a entender, con arreglo a la doctrina del *Commercial Speech*, que fueran calificadas como reportajes publicitarios que merecen un estándar de protección más limitado al que tendrían si carecieran de referencias a productos y marcas⁸⁷⁴. Sin llegar a este extremo, debe tenerse en cuenta que en muchas ocasiones la aparición de una marca o producto en una obra expresiva no estará retribuida: simplemente será una forma como otra de hacer la obra más creíble al lector o espectador. Esto es, de entrada, deberá reputarse como una manifestación de la libertad de expresión del autor de la obra que, con una aplicación incorrecta de una regulación sobre *product placement*, puede ver vulnerado su derecho fundamental.

Otra vez, el activismo legal ha impulsado el debate en este ámbito: a finales de 2003, una asociación cofundada por Ralph NADER, «Commercial Alert», solicitó a las agencias norteamericanas reguladoras del mercado y de las telecomunicaciones – respectivamente, la *Federal Trade Commission* y la *Federal Communications Commission* –

⁸⁷¹ En general, Seth GROSSMAN, “*Gran Theft Oreo: The Constitutionality of Advergame Regulation*”, 115 *Yale L. J.* 227 (2005).

⁸⁷² Para ejemplos de *product placement* en diferentes obras expresivas, véase Miguel Ángel PÉREZ RUIZ, “Nuevas formas de publicidad en la Televisión sin Fronteras. Una reconsideración como técnicas de comunicación publicitaria”, *Revista Telos. Cuadernos de comunicación, tecnología y sociedad*, núm. 65, octubre-diciembre 2005 (<http://www.campusred.net/telos/articuloperspectiva.asp?idarticulo=3&rev=65>).

⁸⁷³ Alex KOZINSKI y Stuart BANNER, “Who’s Afraid of Commercial Speech?”, 76 *Va L. Rev.* 627 (1990), p. 640 n.54.

⁸⁷⁴ Véase Steven L. ZINDER, “Note: Movies and Product Placement: Is Hollywood Turning Films Into Commercial Speech?”, 1992 *U. Ill. L. Rev.* 301 (1992).

Con todo, dado que las películas hacen algo más que proponer una transacción comercial y que, con arreglo a la doctrina *Bolger*, su objetivo primario no es la promoción de un producto o servicio, difícilmente podrán ser reputadas como discurso comercial. En este sentido, Pratheepan GULASEKARAM, “Policing the Border Between Trademarks and Free Speech: Protecting Unauthorized Trademark Use in Expressive Works”, *N.Y.U. Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper No. 06-27 (2006), pp. 935-936.

que obligaran a los productores de televisión a identificar emplazamientos de productos en el momento de su emisión⁸⁷⁵.

En España, la regulación del emplazamiento de producto afecta al realizado en televisión. El art. 9.2 de la Ley de Televisión sin Fronteras⁸⁷⁶ prohíbe la publicidad encubierta⁸⁷⁷, que es definida como:

“Aquella forma de publicidad que suponga la presentación verbal, visual o sonora, dentro de los programas, de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, la actividad o los elementos comerciales propios de un empresario que ofrezca bienes y servicios y que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza.

En particular, la presentación de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, las actividades o los elementos comerciales propios de un tercero se considerará intencionada, y, por consiguiente, tendrá el carácter de publicidad encubierta, si se hiciese a cambio de una remuneración, cualquiera que sea la naturaleza de ésta” (Art. 3.d)).⁸⁷⁸

⁸⁷⁵ Douglas J. WOOD, “Activists’ Product Placement Proposal Threatens Commercial Free Speech”, 19 *Legal Background* 1 (2004).

⁸⁷⁶ Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (BOE núm. 166, de 13.7.1994). Artículo modificado por la Ley 22/1999, de 7 de junio, de Modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (BOE núm. 136, de 8.6.1999).

⁸⁷⁷ Véase también art. 10.4 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298 de 17.10.1989, pp. 23-30) [modificada por Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 202 de 30.7.1997, pp. 60-70)].

⁸⁷⁸ La redacción de este segundo párrafo es desafortunada, puesto que da a entender que la remuneración por sí sola convierte a la publicidad en encubierta. No obstante, el art. 1.d) de la Directiva 89/552/CEE (modificado por la Directiva 97/36/CE) establece claramente tres condiciones simultáneas para apreciar la realización de publicidad encubierta: que el organismo de radiodifusión la haga de manera intencionada, que tenga un propósito publicitario y que pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación (En este sentido, apartado 31 de la

Por otra parte, estrategias de colocación de producto pueden ser atacadas mediante reglas propias sobre publicidad encubierta previstas en códigos de autorregulación o mediante las reglas generales sobre engaño.

La falta de identificación del carácter publicitario de una comunicación comercial ha llevado a algunos autores a considerar que puede inducir a error a los espectadores: éstos podrán creer que la aparición del producto o marca responde a una decisión del autor de la obra y no a una contraprestación económica y no percatarse de la naturaleza publicitaria del mensaje⁸⁷⁹. Otros autores han sostenido que el espectador, ya

Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a algunos aspectos de las disposiciones de la Directiva «Televisión sin Fronteras» sobre publicidad televisiva (DO C-102, de 28.4.2004, p.2)).

Por otra parte, la Comisión aprobó una Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (COM(2005) 646 final), que entre otros aspectos, incluía la adición de un artículo 3 *nonies*, con el siguiente texto:

“1. Los servicios de medios audiovisuales patrocinados o que contengan colocación de productos deberán observar las siguientes prescripciones:

– el horario, en su caso, y el contenido de dichos servicios no podrán en ninguna circunstancia verse influidos de manera que se vea afectada la responsabilidad e independencia editorial del prestador de servicios de medios;

– tales servicios no deberán animar directamente a la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias a promociones especiales de dichos servicios o bienes;

– los espectadores deberán ser informados claramente de la existencia de un acuerdo de patrocinio o colocación de productos. Los programas patrocinados deberán estar claramente identificados como tales por medio del nombre, logotipo o cualquier otro símbolo del patrocinador, tal como una referencia a sus productos o servicios o un signo distintivo de los mismos, de manera adecuada para los programas, al principio, en el transcurso o al término de éstos. Los programas que contengan colocación de productos deberán estar debidamente identificados desde el principio, con el fin de evitar toda confusión al espectador.

2. Los servicios de medios audiovisuales no podrán estar patrocinados por empresas cuya actividad principal sea la fabricación o venta de cigarrillos u otros productos del tabaco. Tampoco podrán colocar productos del tabaco o cigarrillos, ni otros productos de empresas cuya principal actividad sea la fabricación o venta de cigarrillos y otros productos del tabaco.

3. En los servicios de medios audiovisuales patrocinados por empresas cuya actividad incluya la fabricación o venta de medicamentos y tratamientos médicos, se podrá promocionar el nombre o la imagen de la empresa, pero no medicamentos específicos o tratamientos médicos que sólo puedan obtenerse por prescripción facultativa en el Estado miembro a cuya jurisdicción esté sujeto el prestador de servicios de medios.

4. Los noticiarios e informativos de actualidad no podrán estar patrocinados ni incluir colocación de productos. No habrá colocación de productos en los servicios de medios audiovisuales destinados al público infantil ni en los documentales”.

⁸⁷⁹ Frauke HENNING BODEWIG, “Product placement und Sponsoring”, *GRUR* Heft 12, 1988, pp. 867-872.

prevenido, sabe de antemano que muchos de los mensajes en los que aparecen productos y marcas responden a una forma de patrocinio de la obra⁸⁸⁰. Por otra parte, el hecho de que el emplazamiento de productos tenga lugar en escenarios ficticios y orientados al entretenimiento de la audiencia debería desplazar cualquier consideración sobre su posible carácter engañoso, pues rara vez podrá medirse su veracidad de forma neutral⁸⁸¹.

También es posible mediante el emplazamiento de productos burlar normas restrictivas o prohibitivas de la publicidad. Por ejemplo, el *product placement* podría utilizarse para esquivar la prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas de graduación superior a 20º en televisión (art. 10.1 Ley Televisión sin Fronteras) o la prohibición de publicidad de medicamentos cuya dispensación requiera prescripción médica (art. 7.1 del Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio).

El principal elemento para probar la existencia de publicidad encubierta es la contraprestación económica.

La retribución viene dada, entre otros factores, por el tiempo de aparición en pantalla y por el papel que puede asumir el producto en el argumento de la obra. Además, puede revestir diferentes formas: entre otras, contraprestación por dinero para que un producto aparezca en pantalla; comodato o donación de bienes para su utilización en el rodaje; pago para que la película presente una visión negativa del producto o marca de un competidor⁸⁸².

Para Anxo TATO, “serán pocos los casos en los que se pueda probar la existencia de una contraprestación o de una relación económica entre el anunciante y los responsable de

⁸⁸⁰ Ana María TOBÍO RIVAS, “La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, *RDM* núm. 237, 2000, pp. 1155-1210, p. 1208.

⁸⁸¹ En el mismo sentido, Douglas J. WOOD, *op. cit.*, p. 4.

Por su parte, Ellen P. GOODMAN ha destacado que la falta de identificación del carácter publicitario de un producto de entretenimiento genera externalidades negativas consistentes en la degradación institucional de los medios de comunicación, por cuanto, aumenta la desconfianza de los consumidores-espectadores hacia los contenidos que reciben. Véase Ellen P. GOODMAN, “Stealth Marketing and Editorial Integrity”, 85 *Texas L. Rev.* 83 (2006), especialmente, pp. 112 y ss.

⁸⁸² Pratheepan GULASEKARAM, *op. cit.*, p. 937.

Algunos autores utilizan la expresión “*product misplacement*”, para referirse a supuestos de emplazamiento denigratorio de marcas y productos en obras expresivas. Véase Carolina PINA y Covadonga CUBINO CARBAJAL, “El Product Placement con especial referencia a la industria del cine”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, núm. 15, 2005, pp. 547-556.

la película o serie”⁸⁸³. Por ello, “habrá que indagar en torno a la justificación escénica del emplazamiento; de suerte que se podrá concluir que el emplazamiento persigue un propósito publicitario cuando no está justificado desde una perspectiva escénica, ya sea porque no existe ninguna relación entre el producto y la escena en la que se inserta, ya sea porque el producto ha sido insertado en la película o serie de forma que excede o resulta desproporcionada respecto de la necesidad escénica que justificaba el emplazamiento”⁸⁸⁴. Por otra parte, la Comisión de la UE ha considerado conveniente acudir al criterio de la “prominencia indebida” y ha señalado que:

“[L]a presentación prominente de un producto constituye un indicio de publicidad clandestina si esa presentación no se justifica teniendo en cuenta las necesidades editoriales de la emisión, resulta de una influencia en el contenido editorial, con fines comerciales, o puede inducir al público en error acerca de la naturaleza de dicha presentación”⁸⁸⁵.

Ambos criterios obligan a jueces y a otros agentes decisores (por ej., el Jurado de Autocontrol de la Publicidad) a convertirse en críticos de cine y televisión. Así, el análisis de la “justificación escénica” hace necesario recurrir a una teoría estética personal, que será las más de las veces parcial y, por tanto, abonada al subjetivismo y que, trasladada al ámbito de la resolución de pleitos, generará incertidumbre e inseguridad jurídicas. Seguramente no serán los jueces los mejor situados para evaluar si la utilización de un producto o una marca en una obra expresiva está justificada desde un punto de vista estético:

- a) *Justificación* recurre a un concepto indeterminado y ambiguo: para algunos la mera existencia de alternativas bastarían para convertir una utilización en injustificada. ¿Acaso no habría podido Holly GOLIGHTLY desayunar en la cafetería del hotel Waldorf-Astoria en lugar de en la joyería Tiffany’s?
- b) La mayoría de jueces carecen de formación específica y ventajas comparativas en materia de semiótica, estética e historia de las formas expresivas.

⁸⁸³ Anxo TATO PLAZA, “*Product placement* y publicidad encubierta. Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso «Soberano»”, *ADI*, Tomo 22 (2001), pp. 573-598, p. 592.

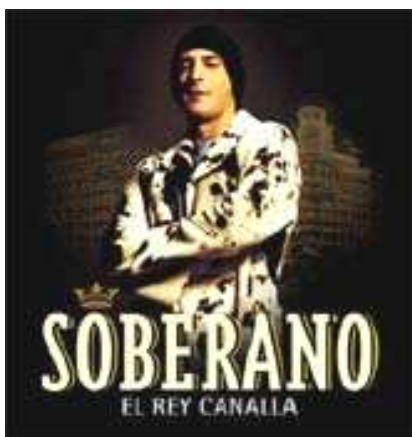
⁸⁸⁴ *Ibidem*, p. 592.

⁸⁸⁵ Apartado 34 de la *Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a algunos aspectos de las disposiciones de la Directiva «Televisión sin Fronteras» sobre publicidad televisiva* (DO C-102, de 28.4.2004, p.2)).

- c) Además, en su mayoría, los jueces pertenecen a un determinado grupo social: varones (aunque cada vez haya más mujeres) de mediana edad, clase económica media alta, con ideologías políticas y condiciones sociales convencionales⁸⁸⁶. Así, no resultará extraño que ideas dirigidas a jóvenes, bohemios, inconformistas, transgresores y otros grupos sociales marginales no despierten el interés de aquéllos⁸⁸⁷.

Un supuesto resuelto por el Jurado de Autocontrol de la Publicidad puede servir para ilustrar las observaciones realizadas anteriormente.

Durante el año 2001 se difundió a través de internet y junto a revistas dedicadas al cine un cortometraje titulado “Soberano, el rey canalla”, dirigido por Miguel Bardem, en el que se narraban las aventuras de K y su grupo de amigos. En un momento del corto, el protagonista se dirigía a un camarero y le pedía un «Soberano», marca que aparecía claramente visible para el espectador.



La Federación Española de Bebidas Espirituosas reclamó ante el Jurado de Autocontrol de la Publicidad contra González Byass, titular de la marca “Soberano”, al entender que los hechos constituían un supuesto de publicidad encubierta. González Byass alegó que se trataba de un cortometraje patrocinado y que la utilización de su brandy en el argumento no constituía publicidad comercial.

El Jurado de Autocontrol de la Publicidad, en resolución de 26 de abril de 2001, estimó la reclamación y ordenó al anunciante a la identificación del carácter publicitario del emplazamiento (“por ejemplo, a través de una mención al principio o al final de la obra”). Interpuesto recurso de alzada, fue desestimado por resolución del Pleno del Jurado de 4 de junio de 2001⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ En general, véase Richard A. Posner, “What Do Judges and Justice Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)”, 3 *Supreme Court Economic Review* 1 (1993). En el ámbito de la libertad de expresión, véase del mismo autor, “Free Speech in an Economic Perspective”, 20 *Suffolk U.L.Rev.* 1 (1986), p. 25.

⁸⁸⁷ Richard A. POSNER, “Free Speech in an Economic Perspective”, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁸⁸ Ambas resoluciones son comentadas por Anxo TATO PLAZA, *op. cit.*

El Jurado resolvió que se trataba de una infracción del principio que obliga a que la publicidad sea identificable. Rechazó los argumentos del fabricante que perseguían confinar la publicidad encubierta a su razón principal de ser: evitar que un anunciante pueda alabar sus productos enmascarado bajo una capa de neutralidad informativa⁸⁸⁹. Para el Jurado, sin embargo, aunque sea cierto “que en el emplazamiento no existe ningún informador neutral que alabe el producto [...] se asocia el producto a un determinado personaje, provocando de esta forma lo que en la ciencia del *marketing* se conoce como transferencia de imagen; esto es, la transferencia al público de los valores que el público normalmente anuda al personaje en cuestión. Y esta vinculación del producto a un determinado modelo tiene un mayor valor cuando el público la atribuye a una libre decisión creativa de los creadores del personaje”. Obsérvese cómo el criterio apuntado requiere analizar el contenido del discurso público en cuestión.

Finalmente, el remedio previsto en la resolución para poner fin a la publicidad encubierta es muy poco intrusivo a la libertad de expresión: se obliga al anunciante a identificar el carácter publicitario de la obra patrocinada (por ejemplo, mediante una mención en los títulos de crédito iniciales o finales). Es también poco eficaz: acaso pocos espectadores verán los créditos; de éstos, algunos no prestarán atención a su contenido; en muchas ocasiones, las televisiones recortan los créditos de series y películas al emitirlos⁸⁹⁰.

⁸⁸⁹ Carlos FERNÁNDEZ NOVOA, “La publicidad encubierta”, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Unviersidade de Santiago de Compostela, 1989, pp. 183 y ss.

⁸⁹⁰ No entro a discutir aquí las posibles implicaciones desde el punto de vista de la vulneración del derecho moral de integridad de la obra (art. 14.4 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (BOE núm. 97, de 22.4.1996).

III. Comunicaciones comerciales y principio de proporcionalidad

1. Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho constitucional español

1.1. Introducción

En los apartados anteriores he analizado los problemas de fundamentación y metodológicos asociados a un enfoque categorial de la libertad de expresión y he puesto de manifiesto que: a) no existen razones analíticas suficientemente sólidas para distinguir entre discurso público y discurso comercial; y b) recurrir a la distinción genera costes derivados de su innecesaria aplicación y de la consiguiente inseguridad jurídica.

En efecto, he propuesto la utilización general de un mismo mecanismo metodológico, el principio de proporcionalidad, para la resolución de conflictos relativos a la protección de la libertad de expresión tanto para aquellas expresiones que provengan de un agente económico como de aquellas otras realizadas por un agente *político* o *artístico*. En este apartado, analizo las consecuencias jurídicas que conlleva la utilización del principio de proporcionalidad en el examen de las limitaciones a la realización de comunicaciones comerciales.

En primer lugar, presento de forma sumaria el funcionamiento del principio de proporcionalidad en el derecho constitucional español⁸⁹¹ y, seguidamente, analizo los elementos que conforman este test —finalidad legítima, idoneidad, legitimidad y proporcionalidad en sentido estricto—, poniéndolos en relación con algunos de los problemas que plantea la regulación del discurso comercial.

1.2. Evolución

El Tribunal Constitucional español ha utilizado desde sus inicios la ponderación de bienes jurídicos en sus resoluciones⁸⁹² y en variados escenarios.

⁸⁹¹ Para un análisis pormenorizado de este principio en el derecho español y en el derecho alemán, véase la excelente monografía de Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

⁸⁹² Véase, por ejemplo, el Auto del Tribunal Constitucional 29/1981, de 11 de marzo, en el que el Tribunal afirmó que el “interés particular del recurrente [...], dado su alcance meramente individual, puede ceder y postergarse, cuando tal posición subjetiva se enfrente a intereses comunitarios o a

Algunas consideraciones terminológicas resultan necesarias. Ponderación es un término ambiguo: puede entenderse como una forma de adoptar decisiones, consistente en sopesar las razones a favor o en contra de una determinada solución, como un método jurídico contrapuesto a la subsunción o categorización, y como una forma de fundamentación de decisiones en derecho⁸⁹³. A lo largo del texto, ponderación se ha utilizado con diferentes significados, aunque, creo, sin inducir a error al lector. En las páginas que siguen, el término ponderación se utilizará para referirnos a la proporcionalidad en sentido estricto⁸⁹⁴.

En la tarea de concretar el contenido esencial de un derecho fundamental, el Tribunal – si bien en un primer momento, recurrió a la “naturaleza jurídica”, a las “convicciones generalmente admitidas entre los juristas” o a los “intereses jurídicos” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8º)⁸⁹⁵ –, ha abogado abiertamente por una concepción relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales⁸⁹⁶. Así, por ejemplo, en la STC 161/1987, de 27 de octubre, sobre una serie de cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por la Audiencia Nacional a propósito de la prohibición de la objeción de conciencia sobrevenida, esto es, aquélla suscitada una vez iniciado el servicio militar, el Tribunal entendió que “la restricción analizada puede considerarse proporcionada en relación con los demás intereses constitucionalmente protegibles y no lesiva para el contenido esencial del derecho”.

derechos fundamentales o libertades públicas de tercero, siempre que estos últimos posean axiológicamente una superior entidad cualitativa, según la ponderación natural de los valores, por alcanzar amplios espectros sociales o prevalentes derechos y libertades de otras personas ajenas al acto objeto del recurso, o que fueran beneficiadas con él; debiendo de considerar el Tribunal, para resolver el conflicto entre perjuicio y perturbación, y entre los intereses y valores contrapuestos, la presencia, alcance y contenido de los mismos, con criterios de ponderada racionalidad, para determinar, en definitiva, los que existen y son preferentes, y los que faltan o son postergados, y como repercuten en la concesión o denegación de la suspensión de la ejecutoriedad del acto sometido al recurso de amparo”.

⁸⁹³ Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.* p. 565.

⁸⁹⁴ *Ibidem*, p. 567.

⁸⁹⁵ Véase *supra* pp. 307 y ss.

⁸⁹⁶ Con todo, esta afirmación debe matizarse. En general, los tribunales suelen preferir utilizar una concepción absoluta, aunque recurran de ordinario al juicio de proporcionalidad. Robert ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª reimp., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, p. 286 y ss.; y Manuel MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 160. Con ello, se minimizan los costes de argumentación y fundamentación del fallo. En este sentido, Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 473.

Una exposición de los elementos que componen el principio de proporcionalidad puede encontrarse en el FJ 5º de la STC 66/1995, de 8 de mayo, sobre el derecho de reunión⁸⁹⁷:

“Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era *susceptible* de conseguir el *objetivo propuesto* [...]; si, además, era *necesaria* en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era *proporcionada, en sentido estricto*, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

Esto es, el principio de proporcionalidad puede descomponerse en cuatro elementos⁸⁹⁸:

- (a) Objetivo o fin constitucionalmente legítimo de la interferencia en el derecho.
- (b) Adecuación o idoneidad de la interferencia para la protección o consecución del objetivo propuesto.
- (c) Necesidad del sacrificio o afectación del derecho, acreditando que no existen medidas alternativas menos gravosas.
- (d) Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación de bienes e intereses jurídicos.

La doctrina española mayoritaria, por su parte, sostiene una concepción relativa del núcleo esencial y defiende la utilización del principio de proporcionalidad en el desarrollo dogmático de los derechos fundamentales. Ésta es también la concepción mantenida en este trabajo por resultar más útil e iluminadora en el ámbito de la protección constitucional de las comunicaciones comerciales, por cuanto se trata de una cuestión periférica de la libertad de expresión y no existe ni una convicción social, ni jurídica dominante sobre el alcance de este problema.

⁸⁹⁷ Véanse también, entre otras, SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, 37/1998, de 17 de febrero, y 154/2002, de 18 de julio.

⁸⁹⁸ Luis PRIETO SANCHÍS, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8, 2000, pp. 429-468, especialmente, pp. 444-445.

1.3. Ponderación en el ámbito de la libertad de expresión

El principio de proporcionalidad o la ponderación en el ámbito de las libertades de información y expresión han sido los instrumentos hermenéuticos utilizados en los conflictos de aquéllas con los derechos de la personalidad. No es objeto de este trabajo presentar y analizar la jurisprudencia en este sector, sino simplemente señalar el uso generalizado de la ponderación para la solución de los conflictos que se plateen⁸⁹⁹.

Hay un paralelismo entre este sector del ordenamiento jurídico y algunas reglas de responsabilidad asociadas a comunicaciones comerciales, que sugiere la posibilidad, aunque con salvedades, de aplicar los mecanismos previstos en el primero de los sectores para el control de aquellos discursos comerciales que no merezcan protección por cuanto suponen una violación ineficiente de otros derechos fundamentales. Las hipótesis de daños generados mediante la publicidad o cualquier otra forma de discurso comercial son numerosas. Cabe imaginar una gran variedad de situaciones en las que un discurso comercial puede llegar a lesionar un derecho subjetivo, entre las que pueden destacarse injerencias en derechos de propiedad (intelectual e industrial), derechos a la propia imagen o derechos al honor.

En efecto, la experiencia histórica en derecho español, así como en derecho comparado, acumulada en el ámbito de la responsabilidad civil por intromisión en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen puede servir *mutatis mutandis* como marco de enjuiciamiento válido en los supuestos en los que un determinado discurso comercial genera un daño a un tercero y que éste no tiene el deber jurídico de soportar⁹⁰⁰. De hecho, como se verá, los mismos mecanismos pueden servir y sirven en la práctica para enjuiciar tanto el discurso público como el discurso comercial.

⁸⁹⁹ Me permito la remisión a los trabajos de Pablo SALVADOR CODERCH (Dir.), *¿Qué es difamar?. Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987; y, más recientemente, Marc CARRILLO LÓPEZ, "Libertad de expresión y derechos de la personalidad", en Alessandro PIZZORUSSO (Coord.), *Libertad de manifestación de pensamiento y jurisprudencia constitucional. Doctorado 'Justicia constitucional y derechos fundamentales', Lipari, 1-2 de octubre de 2004*, Giuffrè-Tirant lo Blanch, Milán-Valencia, 2005, pp. 5-26.

Para un trabajo que adopta una tesis absoluta del contenido esencial de las libertades de información y expresión y de los derechos de la personalidad y rechaza la aplicación de la ponderación para solucionar los problemas derivados de su concurrencia, Tomás DE DOMINGO PÉREZ, *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

⁹⁰⁰ En el mismo sentido, Rodney A. SMOLLA, "Free the Fortune 500! The Debate Over Corporate Speech and the First Amendment", 54 *Case W. Res. L. Rev.* 1277 (2004), p. 1280.

Los discursos comerciales, como cualesquiera otras conductas humanas, generan externalidades tanto positivas como negativas. El derecho suele disponer de diferentes mecanismos para afrontar la producción de externalidades negativas o costes sociales (destacadamente, la regulación de la conducta, la promulgación de reglas de responsabilidad o la imposición de una tasa de Pigou⁹⁰¹).

En el ámbito de las conductas discursivas o expresivas, el derecho suele recurrir de ordinario a mecanismos *ex post*, es decir, a instrumentos que actúan una vez producidos la conducta y el daño. Así, en general, quien sufre un daño imputable a lo dicho o escrito por otro ostentará una pretensión indemnizatoria contra este último siempre que no existan buenas razones para que deba soportar el daño, esto es, no habrá lugar a responsabilidad cuando la información suministrada sea veraz o, en caso

Como hemos visto, algunos discursos –tanto si provienen de un emisor público como de uno comercial– pueden generar otro tipo de daños para cuya prevención no sirven instrumentos y reglas de resarcimiento, sino que es preciso recurrir a remedios inhibitorios o, en su caso, regulatorios. En definitiva, lo dicho o lo escrito por uno puede repercutir negativamente en el funcionamiento de una institución social cuya preservación esté encomendada al derecho. En particular, el derecho represor de la competencia desleal persigue la protección del funcionamiento del mercado y servirá, en ocasiones, para restringir determinados discursos comerciales (y, también, públicos). Paralelamente, en algunos contextos, se regulan las condiciones en las que se produce discurso público: así, por ejemplo, el derecho de defensa de la competencia puede servir como instrumento para la salvaguarda de un mercado de telecomunicaciones en el que diversos emisores compiten con sus ideas y palabras. Véase, por ejemplo, Howard A. SHELANSKI, “The Policy Limits of Markets: Antitrust Law as Mass Media Regulation”, Berkeley Law and Economics Working Papers, 2003, (http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1068&context=berkeley_law_econ).

Algunos autores, como hemos visto, proponen la regulación intensa de las condiciones de producción y del contenido del discurso público realizado en algunos medios. Véase, por todos, Cass R. SUNSTEIN, “A New Deal for Speech”, 17 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 137 (1994-1995).

En definitiva, la noción de daño –ya entendida genuinamente como lesión de un derecho subjetivo, ya como una obstrucción en el funcionamiento de las instituciones sociales (abuso de derecho; abuso de la competencia; afectación de intereses colectivos)– se proyecta sobre toda la problemática jurídica generada por el derecho del discurso comercial. Con ello, no quiere desconocerse la construcción dogmática del concepto de daño, sino destacarse que en los últimos decenios, se han primado en la literatura enfoques que se alejan del estadio del resultado (*harm-based*) para centrar el análisis desde el punto de vista del comportamiento y la prevención (*act-based*), hecho que en efecto, relativiza la delimitación entre daño individualizado y daño social.

⁹⁰¹ Una tasa de Pigou consiste en la transferencia a las arcas públicas de una cantidad equivalente al daño esperado. La utilización de estos remedios para hacer frente a las externalidades constituía el paradigma en la literatura hasta la publicación en 1960 del famoso artículo de Ronald H. COASE, “The Problem of Social Cost”, 3 *Journal of Law and Economics*. 1 (1960). Véase, por todos, Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mas.)/London (Eng.), 2004, p.94.

de ser falsa, que su emisor haya sido diligente en el modo de recabarla y comunicarla⁹⁰². De igual modo, la realización de publicidad o, en general, de cualquier discurso comercial que genere daños a un tercero, ya sea a un particular o a otro empresario, generará un derecho a resarcimiento si no existen circunstancias que obliguen a que la víctima cargue con su propio daño.

Esta última idea pone de manifiesto una preferencia por remedios *ex post* o remedios híbridos de resolución de conflictos, puesto que son menos intrusivos en las conductas de las gentes. Con todo, en algunas ocasiones pueden resultar atractivos remedios *ex ante*, esto es, que desplieguen su eficacia antes de la producción efectiva de un daño (por todos, la regulación). En cualquiera de los casos, este trabajo quiere resaltar que la elección de un determinado remedio jurídico no es inocua⁹⁰³, pues con ella pueden minorarse en exceso conductas protegidas constitucionalmente y que encuentran su fundamento último en el principio de autonomía privada o, en otras palabras, en la dignidad humana. O, si se prefiere, la injerencia en el derecho fundamental a la libertad de expresión y la reducción en el nivel de información del público en general que derivan del control del discurso comercial son costes sociales que deberían tenerse en cuenta a la hora de enjuiciar la legitimidad de una medida restrictiva.

En definitiva, desde el punto de vista del resarcimiento o la prevención de daños no existen razones sustanciales que aconsejen distinguir entre discursos comerciales y otras formas de discurso. El análisis jurídico de los límites del discurso comercial puede aprovecharse de la experiencia acumulada en el enjuiciamiento de los límites al discurso público: así, los estándares de responsabilidad y los criterios de imputación operados en el ámbito de la protección del derecho al honor son trasladables al enjuiciamiento de la colisión de la libertad de expresión, manifestada mediante una forma de discurso comercial, con otro bien jurídico-constitucional. Para ello, la ponderación o el principio de proporcionalidad constituyen la mejor herramienta analítica para valorar los daños y consecuencias sociales asociados a un discurso.

⁹⁰² Véase, por todos, Pablo SALVADOR CODERCH (Dir.), *¿Qué es difamar?. Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987.

⁹⁰³ Para un resumen general sobre la elección óptima de remedios, véase, por todos, Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (MA)/Londres, 2004, pp. 575 y ss. Deberán considerarse diferentes factores: entre ellos, la cantidad de información disponible por los poderes públicos sobre el funcionamiento del mercado en cuestión; la eficacia de las diferentes sanciones –económicas u otras–; y costes administrativos asociados a los diferentes sistemas.

2. Discurso comercial y elementos del juicio de proporcionalidad

2.1. Finalidad legítima de la limitación

Toda limitación de las comunicaciones comerciales deberá ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo⁹⁰⁴. En este sentido, para no ser declarada inconstitucional, la medida enjuiciada ha de presentar un fin legítimo que fundamente la interferencia en la esfera de otro principio o regla constitucionales. Esto es, la limitación a la libertad de expresión del anunciante –y, en su caso, de los consumidores– no deberá ser gratuita o arbitraria, ni podrá perseguir, entonces, fines constitucionalmente proscritos, ni socialmente irrelevantes.

La cuestión sobre qué fines son constitucionalmente legítimos pasa, en primer lugar, por determinar si éstos deben estar relacionados de forma mediata o inmediata con otro derecho fundamental, o si también pueden hacer referencia a otros principios expresados en el texto constitucional, o incluso otros definidos por el legislador. Como ya se ha expuesto, una de las críticas más extendidas contra el recurso a la ponderación y al principio de proporcionalidad en la definición del contenido esencial de los derechos fundamentales señala el problema de la degradación de éstos por confrontarlos no con otros derechos sino con otros principios e intereses jurídicos.

En primer lugar, no deberían existir problemas para identificar como fin legítimo la protección de otro derecho fundamental reconocido por la Constitución o, incluso entre dos pretensiones iusfundamentales adscribibles a un mismo derecho (por ejemplo, en un significado del mismo como derecho de defensa y en otro como de prestación⁹⁰⁵). De hecho, la ponderación entre dos derechos fundamentales es la técnica jurídica habitual en la aplicación de reglas sobre derechos fundamentales⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Carlos BERNAL PULIDO analiza la finalidad legítima de la intervención legislativa en los derechos fundamentales como parte integrante del juicio de adecuación. Véase Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, pp. 690 y ss.

⁹⁰⁵ Por ejemplo, una norma que prohíba ciertas manifestaciones ambiguas en la publicidad sobre la utilización de organismos modificados genéticamente en alimentos y obligue a la utilización de otras plantea un conflicto entre la libertad de expresión de un anunciante entendida como libertad negativa fundamentada en la autonomía individual de aquél o en su participación en procesos democráticos o ámbito de libertad ajeno a injerencias estatales (*Eingriffsverbot*) y la libertad de información de sus destinatarios concebida institucionalmente como derecho a recibir información veraz o mandato de protección (*Schutzgebot*).

⁹⁰⁶ Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 52-53.

Por ejemplo, en el ámbito de las comunicaciones comerciales, podría justificarse una regulación que limitara algunas de sus formas con fundamento a la protección del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Nos estamos refiriendo al envío de publicidad no solicitada mediante correo electrónico (*spam, junk-email*) o teléfono (*telemarketing*). La utilización de estas tecnologías puede provocar, entre otras, la saturación del correo electrónico personal impidiendo la recepción de nuevos mensajes y menoscabando la vida íntima de sus receptores⁹⁰⁷. Tales daños pueden generar responsabilidad. Sin embargo, la práctica común es la utilización de mecanismos regulatorios, pues con ello se evitan problemas de acción colectiva, y se reducen los costes de administración de un sistema de solución judicial de controversias⁹⁰⁸.

También el derecho de la propiedad puede constituir un límite a la realización de publicidad y otras formas de comunicación comercial. Por ejemplo, en ocasiones, un discurso comercial podrá vulnerar de forma crasa un derecho de propiedad intelectual o industrial⁹⁰⁹.

⁹⁰⁷ Véase María Dolores RIVERO GONZÁLEZ, "Régimen jurídico de la publicidad en internet y las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico", *RDM* núm. 250, octubre-diciembre 2003, pp. 1587-1614 (También publicado en *Revista de Autocontrol* núm. 93, enero 2005).

⁹⁰⁸ Excede del objeto de este trabajo, profundizar en la problemática jurídica generada por estas nuevas formas de publicidad. Nos remitimos al trabajo de Joshua A. MARCUS, "Commercial Speech On The Internet: Spam And The First Amendment", *16 Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 245 (1998) y NOTE, "The Impermeable Life: Unsolicited Communications in the Marketplace of Ideas", *118 Harv. L. Rev.* 1314 (2005).

⁹⁰⁹ Para ejemplos en la jurisprudencia española, véanse SAP Valencia (Sección 8ª, 13.10.1997; MP: José Alfonso Arolas Romero) (AC 2034): «*Albilux, SA*» c. «*Intertec-Servicios*». La mención sin autorización de la marca "Corbero", titularidad de la actora, en un anuncio de un servicio de reparación de lavadoras infringe el derecho de propiedad industrial de la actora y resulta desleal por buscar aprovecharse de la reputación comercial de una marca ajena; SAP Madrid (Sección 14ª, 26.9.2000; MP: Pablo Quecedo Aracil) (AC 2447): *Guillermo C.T. c. «Banco Santander, SA»*. La utilización sin consentimiento de ilustraciones y diseños realizados por el actor en la publicidad financiera de la demandada vulnera sus derechos de propiedad intelectual; SAP Cádiz (Sección 7ª, 21.5.2002; MP: Juan Ignacio Pérez de Vargas Gil) (AC 1226): *Francisco Javier A.G. c. «Eurofran, SA»*. La utilización sin consentimiento de una foto tomada por el actor, fotógrafo profesional, en un anuncio comercial de la demandada infringe el derecho de propiedad del primero; SJPI núm. 5 de Navarra de 24.6.2002 (no consta Juez-Magistrado) (AC 1083): *Fotoprix c. Camera S.L.*: la utilización por parte de la demandada en sus folletos promocionales de las cuadrículas de fotos que utiliza la actora en sus envoltorios vulnera sus derechos de propiedad intelectual, además de constituir un acto de competencia desleal. (confirmada por SAP Navarra (Sección 1ª, 24.3.2003; MP: José Julián Huarte Lázaro) (JUR 2003\117760)); SAP Madrid (Sección 12ª, 2.7.2002; MP: María Jesús Alía Ramos) (AC 2129): «*Peer Music española, SA*» c. «*DBDP Mancebo Kaye, SA*» y «*Reckitt and Colman, SA*». El uso de una canción de la actora en un anuncio de un gel body milk sin el consentimiento del titular supone un acto de comunicación pública infractor de sus derechos de propiedad intelectual; SAP Valencia (Sección 8ª,

En cuanto a la posibilidad de otros fines legítimos, el Tribunal Constitucional resolvió en su STC 18/1999, de 22 de febrero, que “los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos” (FJ 2º)⁹¹⁰. En el mismo sentido, se ha pronunciado en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, en la que el tribunal resolvió que los límites a un derecho “no son otros que los derivados de la coexistencia de este derecho fundamental con otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional” (FJ 11º). Por lo general, los tribunales recurren a fines, de un modo u otro, *cualificados*: el TJCE hace referencia a un “interés general que puede prevalecer sobre las exigencias”, en nuestro caso, de la libertad de expresión; el TEDH acude al concepto de necesidad social imperiosa (“*pressing social need*”); el Tribunal Supremo norteamericano ha utilizado las expresiones interés apremiante (“*compelling interest*”) u objetivo primordial (“*overriding goal*”) para delimitar los fines que una regulación puede perseguir.

En la doctrina, a la hora de identificar el espectro de fines legítimos, Robert ALEXY hace referencia a “intereses abstractos del mismo rango”⁹¹¹. Otros autores adoptan una visión más estricta y restringen la finalidad legítima a la protección de otros derechos fundamentales, mientras que otros legitiman cualquier valor protegido por la Constitución. Con todo, dada la naturaleza de textura abierta y el carácter pluralista de constituciones como la española, es fácil identificar la mayoría de los valores en el texto de la carta magna. De hecho, muchas de las finalidades aludidas en el ámbito de las comunicaciones comerciales están recogidas de forma expresa en el texto constitucional: veracidad de la información (art. 20.1 d)); protección de la infancia y

16.4.2003; MP: Rosa María Andrés Cuenca) (JUR 2003\218276): «*Levi Strauss & CO*» c. «*Textil Conquense, SA*»: la utilización en la página web de la actora de un signo gráfico similar al protegido por una marca gráfica comunitaria de la actora para la promoción de unos pantalones tejanos constituye una vulneración del derecho de marca; y SAP Girona (Sección 1ª, 30.3.2006; MP: Fernando Ferrero Hidalgo): *Fundació Gala-Salvador Dalí* c. «*Hotel Plaça Dalí SLU*»: la utilización de reproducciones de obras de Salvador Dalí en la imagen corporativa y la promoción comercial de un hotel constituye una vulneración de derechos de autor, además de un ilícito competencial por su idoneidad para provocar confusión con relación a un posible vínculo con la Fundación, situada a escasos metros del establecimiento hotelero.

⁹¹⁰ Véase en el mismo sentido las SSTC 11/1981, de 8 de abril (FJ 7º); 2/1982, de 29 de enero (FJ 5º); y 58/1998, de 16 de marzo (FJ 3º).

⁹¹¹ Robert ALEXY, *op. cit.*, p. 90.

juventud (art. 20.4), protección de consumidores (arts. 51.1 y 51.2), protección de la salud (art. 43.1), etc.

De hecho, también es posible entender que el art. 128 CE, que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y atribuye a los poderes públicos competencias suficientes en la ordenación de la economía⁹¹², sirve como delegación constitucional al Legislador para identificar cualesquiera intereses generales en la regulación de una actividad vinculada con el mercado, como son (muchos aspectos de) las comunicaciones comerciales. Sin embargo, no creo, con los profesores Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO, que pueda bastar el recurso genérico a “intereses generales”, “intereses públicos” o “intereses superiores de terceros”, como fines legítimos para justificar una injerencia en un derecho fundamental (véanse, en este sentido, las SSTC 37/1989, de 15 de febrero (FJ 7^o913), y 292/2000, de 30 de noviembre).

Algunos autores⁹¹⁴, finalmente, han argumentado que cualquier fin perseguido por el Legislador será legítimo si no está prohibido explícita o implícitamente por la Constitución: lo que ocurrirá es que a la hora de ser ponderados de forma estricta poseerán un valor cualitativo menor.

¿Debe expresarse la finalidad, así como los juicios de adecuación y necesidad realizados por el legislador o regulador? En buena técnica legislativa, debería ser así. Pero, además, el Tribunal Constitucional ha señalado la necesidad de fundamentar las resoluciones limitativas de derechos (entre otras, SSTC 26/1981, de 17 de julio; 8/1990, de 18 de enero; 12/1994, 50/1995, de 23 de febrero; y 170/1996, de 29 de octubre) y ha establecido que “cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica prevista por la Ley y que dicha causa debe necesariamente explicitarse para hacer cognoscibles a los interesados las razones que legitiman la restricción impuesta” (STC 18/1999, de 22 de febrero (FJ 3^o)).

Si puede interpretarse que una ley persigue fines diversos, ¿cuál de ellos debe el juez asociar a la ley para controlar su constitucionalidad? Para Víctor FERRERES, lo más aconsejable es imponer a quien defiende la ley la carga de indicar cuál es el fin o

⁹¹² Para una interpretación de este artículo, véase Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, *op. cit., passim*.

⁹¹³ El Tribunal, en ponencia del Prof. Francisco RUBIO LLORENTE, es lapidario: “si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia”.

⁹¹⁴ Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 694 y ss.

conjunto de fines a cuya luz debe enjuiciarse para asegurar que la ley reciba su mejor defensa ante el juez. Por ello, “[e]s, ante todo, el órgano encargado de defender la ley (el Abogado del Estado, en casi todos los casos) quien tiene la carga de indicar los fines que la ley aspira a satisfacer”⁹¹⁵.

2.2. Idoneidad de la limitación

La segunda consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad al análisis de la constitucionalidad de una medida restrictiva de un derecho fundamental exige que ésta sea adecuada, apta o idónea para la consecución de la finalidad legítima perseguida. Si la intromisión en la esfera de un bien constitucional no persigue finalidad alguna o si se muestra del todo ineficaz para alcanzarla, habrá razones para considerarla injustificada y, en efecto, ser declarada inconstitucional.

Así, por ejemplo, en el ámbito de las comunicaciones comerciales, Anxo TATO ha sugerido que resulta caprichosa la prohibición de la publicidad de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20º en recintos deportivos⁹¹⁶: el Legislador no habría acreditado una finalidad suficiente para un trato diferente a la misma publicidad en televisión⁹¹⁷.

En el mismo sentido, una prohibición absoluta de realizar publicidad comparativa fundada en la protección de consumidores sería inconstitucional, dada la falta de idoneidad entre medida y fin perseguido, pues, de hecho, la publicidad comparativa favorece la realización del principio de protección de los consumidores en cuanto les permite obtener información gratuita sobre las cualidades de los productos y servicios de competidores y, por tanto, realizar elecciones racionales⁹¹⁸.

⁹¹⁵ Víctor FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 247-248.

⁹¹⁶ Artículo 8.5 LGP en relación con el art. 67.1 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (BOE núm. 249, de 17.10.1990).

⁹¹⁷ Anxo TATO PLAZA, “Derecho privado, publicidad y libertad de expresión en la Europa de veinticinco miembros”, en Elena F. PÉREZ CARRILLO (Coord.), *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 105-118, p. 116-117.

⁹¹⁸ Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ y Jesús ALFARO ÁGULIA-REAL, *op. cit.*, p. 66. Véase, en el mismo sentido, José MASSAGUER FUENTES, “La publicidad comparativa”, *ADI* vol. 25, 2004-2005, pp. 187-226; p. 191, para quien, dado que la publicidad comparativa promueve la afluencia de información útil y valiosa para la formación de las preferencias y adopción de las decisiones en el mercado por parte de la demanda, es encuadrable en la política de protección de consumidores, que debe entenderse como una manifestación, en este ámbito, del derecho fundamental a recibir información.

Otros juicios de adecuación son simplemente cómicos. Así, resultan extravagantes apreciaciones como las realizadas por la Dirección General de Tráfico⁹¹⁹, que sancionó un anuncio televisivo de turrónes de chocolate Suchard por entender que fomentaba la conducción imprudente al mostrar a Santa Claus saltarse un semáforo en rojo con su trineo. De forma parecida, son también estafalarias las consideraciones contenidas en la SAP Madrid, Sección 21^a, de 10.12.2004⁹²⁰, que confirmó la sentencia del Juzgado Mercantil, que había declarado ilícito un anuncio de un coche por incitar a la violencia y a comportamientos antisociales. En él, un hombre, vestido de traje, caminaba en un garaje de empresa, se dirigía a un coche modelo Mitsubishi Galant situado en la plaza reservada para el Director General y con un cuchillo rajaba sus cuatro neumáticos. Seguidamente, aparecía el mensaje “Regla número “1: El director general nunca debe comprarse un coche mejor que el del presidente”. El magistrado ponente concluye que el anuncio “no es desde luego una forma ejemplarizante de transmitir nuestros valores a la sociedad” (FJ 6º).

Con todo, la adecuación o idoneidad de una medida revisten grados y, así, un medio puede ser más o menos eficaz para la obtención de su finalidad, puede operar con mayor o menor rapidez a la obtención del fin, puede contribuir a más o menos aspectos relativos al fin o puede facilitar su objetivo con mayor o menor probabilidad⁹²¹. Esto es, puede defenderse una versión más o menos fuerte del juicio de adecuación.

Para ello, deberá considerarse la cuestión acerca del grado de deferencia que el enjuiciador ha de adoptar frente al juicio de adecuación realizado por el legislador o una agencia reguladora.

De acuerdo con el principio democrático, el legislador tiene competencias para configurar la Constitución y, en efecto, debe disponer de un ámbito de apreciación de la información fáctica relevante y de las razones políticas que estime pertinentes para adoptar las medidas que considere necesarias y, de entre estas, promulgar aquellas que estime más idóneas⁹²². En efecto, el enjuiciador no debería adoptar un papel proactivo y usurpar el papel de aquél o de la agencia que tiene delegadas las competencias

⁹¹⁹ Citada por Anxo TATO PLAZA, *op. cit.*, p. 118.

⁹²⁰ Disponible en la página web de los actores en el pleito, la «Asociación de Usuarios de la Comunicación»: <http://www.auc.es/docum/denun04/MITSUBISHI.%20Audiencia%20Provincial.pdf> [Consultado en 15.3.2007].

⁹²¹ Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 720.

⁹²² *Ibidem*, p. 724.

normativas y, en efecto, expulsar del ordenamiento aquellas medidas que no sean las más idóneas para la consecución de los fines propuestos, sino sólo dirigirse contra aquellas restricciones que sean totalmente inadecuadas.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional español, para el cual no resulta necesario que la medida *logre efectivamente* la finalidad perseguida (STC 66/1991, de 22 de marzo). Por ejemplo, en la STC 136/1999, de 20 de julio, (FJ 27º), el Tribunal resolvió que la medida restrictiva ha de contribuir a la realización del fin que se propone, esto es, el examen de su adecuación no puede reducirse a un control de su posible arbitrariedad.

El juicio de adecuación cobra especial importancia en supuestos de búsqueda de rentas y captura del legislador-regulador. En efecto, deberá recelarse en especial de medidas propuestas por sujetos asentados en el mercado, que puedan limitar la entrada de nuevos competidores⁹²³.

Por ejemplo, la prohibición a los casinos de Puerto Rico de realizar publicidad dirigida a los ciudadanos de aquel país (véase *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.*⁹²⁴), puede interpretarse según Fred S. MCCHESENEY⁹²⁵, en clave de economía de la regulación: el interés en distinguir dos mercados (el local y el turístico) explica que se restrinja la publicidad en el primero de ellos. Los habitantes de la isla disponen de suficiente información sobre los casinos y su publicidad tiene sólo un efecto relativo en el incremento de la demanda y lo que hace es variar su elasticidad. Por ello, la prohibición de la publicidad sirve al regulador para mantener una estructura de precios y para impedir la entrada de potenciales competidores. En cambio, el mercado para turistas es muy diferente: muchos de ellos no saben que el juego es legal en la isla y su promoción fuera de Puerto Rico incrementaría la demanda agregada de dicho mercado. Téngase en cuenta, además, que el redactor de la norma, la compañía de Turismo de Puerto Rico, existía en gran medida para promover los intereses del juego local.

En Europa, algunos autores han planteado situaciones de captura de rentas en el ámbito de la publicidad de medicamentos que requieren prescripción para su venta. En el derecho español, siguiendo las directrices del derecho comunitario, el art. 78.1. b) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y

⁹²³ Tal reflexión aparece en la versión electrónica del ensayo de los profesores Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO, pero no en su versión papel en el *Libro Homenaje a Luis Díez-Picazo*. Véanse, respectivamente p. 64 en la versión *on-line* y p. 6024, en la versión en papel.

⁹²⁴ 478 U.S. 328 (1986).

⁹²⁵ Fred S. MCCHESENEY, "De-Bates and Re-Bates: The Supreme Court's Latest Commercial Speech Cases", 5 *Supreme Court Economic Review* 81 (1997), p. 105-106.

productos sanitarios (BOE núm. 178, de 27.7.2006) y los arts. 4 y 7.1.a) del Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos (BOE núm. 180, de 29.7.1994) excluyen de la publicidad dirigida a consumidores aquellos medicamentos que sólo pueden dispensarse por prescripción facultativa⁹²⁶. En tales supuestos, sólo se permitirá la promoción destinada a profesionales médicos. Por ello, algunos analistas han sugerido que, en supuestos de medicamentos sin precio regulado, una liberalización de las reglas sobre su publicidad directa a consumidores podría generar la oposición de médicos y laboratorios, pues con ella, los primeros perderían poder de mercado y disminuirían sus rentas obtenidas mediante regalos promocionales y otros pagos en especie, y los segundos, de forma especial, los asentados en el mercado, podrían ver cómo los precios de sus medicamentos bajan dada una mayor competencia⁹²⁷. Más allá de la posible captura de rentas, algunos autores también han cuestionado la adecuación de la prohibición para conseguir un consumo más responsable y el fomento de la protección de la salud. Así, por ejemplo, John E. CALFEE ha defendido la liberalización de la publicidad de todo tipo de medicamentos en atención a las importantes externalidades sociales que conlleva. En particular, ha señalado que la publicidad de medicamentos dirigida a consumidores: a) pone de relieve entre la población el hecho de que todos los medicamentos que requieren prescripción para su venta son peligrosos y presentan efectos secundarios; b) contribuye a difundir información sobre métodos no farmacéuticos de protección de la salud y ayuda a los pacientes a discutir esta información con sus médicos; c) proporciona información a los ciudadanos sobre enfermedades desconocidas; y d) sirve como mecanismo para que un paciente recuerde seguir las pautas de consumo de un medicamento antes prescrito⁹²⁸.

Por otra parte, las exigencias derivadas del principio democrático conllevan que al valorarse la idoneidad de una medida, se tome en consideración el momento en el que se dictó y no el momento de su enjuiciamiento. Esto es, no debería ser relevante el hecho de que *ex post* se acredite que la medida no contribuyó en ningún grado a la

⁹²⁶ Véanse, por todos, María del Rosario FERNANDO MAGARZO, "Nociones básicas sobre la regulación jurídica de la publicidad de medicamentos de uso humano", *Revista de Autocontrol*, núm. 99, julio-agosto 2005; y Anxo TATO PLAZA, "La publicidad de medicamentos dirigida a profesionales: principios generales", *Revista de Autocontrol*, núm. 82, enero 2004.

⁹²⁷ Véase Kurt R. BREKKE y Michael KUHN, "Direct-to-Consumer Advertising in Pharmaceutical Markets" 25 *Journal of Health Economics* 102 (2006) [también disponible en www.ssrn.com].

⁹²⁸ John E. CALFEE, *Public Policy Issues in Direct-to-Consumer Advertising of Prescription Drugs*, American Enterprise Institute, Washington, 2002 (disponible en <http://www.ftc.gov/ogc/healthcare/calfeedtcjppm.pdf>). Para razones normativas en la regulación de la publicidad de medicamentos, véase Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG y María del Carmen BARRANCO AVILÉS, "Medicamentos y derecho a la información", *Actualidad del derecho sanitario*, núm. 114, 2005, pp. 179-192.

finalidad para la que se dictó. Deberá bastar con la prueba de que existía una probabilidad de su contribución a los fines para los que se promulgó.

El juicio de adecuación consiste en una valoración empírica de la relación entre la medida propuesta y la finalidad que, se dice, persigue. Con todo, en algunos supuestos, será necesario un discurso de corte dogmático o normativo, en especial, en supuestos de intereses generales más difusos. Por ejemplo, en el examen de la adecuación de una prohibición de la publicidad del tabaco dirigida a la disminución del número de fumadores, podrán realizarse consideraciones fácticas sobre los efectos de la reducción de información en la disminución de la demanda, y, otras más generales, acaso de carácter deóntico, sobre la relación entre la prohibición y la protección de la salud.

Por ejemplo, en las Conclusiones del Abogado General FENNELLY, en los Asuntos acumulados C-376/98 y C-74/99⁹²⁹, destacó que el legislador comunitario “debe probar de manera consistente que la medida será eficaz para conseguir el objetivo de interés público invocado -en los presentes asuntos, una reducción del consumo de tabaco en comparación con el nivel que, de no ser por dicha medida, aquél habría alcanzado-, y de que otras medidas menos restrictivas no habrían sido igualmente eficaces” (Cdo.159).

Para optimizar la protección de un derecho fundamental, resultan preferibles consideraciones concretas sobre las consecuencias fácticas de una determinada medida legislativa a otras de carácter general: “Las exigencias probatorias pueden ser menos rigurosas cuando está en juego la salud pública. [...pero] a mi juicio, no sería suficientemente respetuoso de la libertad de expresión ir más lejos, y permitir que el legislador restrinja el ejercicio de esta libertad sin prueba evidente alguna de que tal restricción generará probablemente cambios de conducta, que a su vez probablemente beneficien a la salud pública” (Cdo. 161). En efecto, para acreditar la adecuación de una prohibición de realizar publicidad de productos del tabaco para la reducción del número de fumadores, el Abogado General destacó que “El Consejo presentó como prueba las conclusiones de dos informes, uno elaborado por el United States National Bureau of Economic Research («NBER»), y otro encargado por el Ministro Federal alemán de la Salud al Institut für Therapie-und Gesundheitsforschung, Kiel. [...] Los informes hallan una correlación tanto entre la publicidad del tabaco y el inicio de su consumo, en particular entre los jóvenes, como entre la prohibición de la publicidad y la reducción media *per capita* del consumo de tabaco. El informe del NBER incluye una estimación, basada en análisis de la regresión, de los efectos probables de la segunda propuesta revisada de Directiva presentada por la Comisión, que concluye que

⁹²⁹ Véase *supra* pp. 164 y ss.

probablemente habría reducido el consumo de tabaco en un 6,9 % aproximadamente durante el período de la muestra” (Cdo 162).

Por lo general, el legislador y las agencias reguladoras dispondrán de mejor información que un tribunal, por lo que, se sugiere la adopción de una postura deferente hacia aquéllos para la evaluación de las consecuencias de la adopción de una medida determinada⁹³⁰. Por ello, en esta fase de análisis del principio de proporcionalidad, resulta más prudente no enjuiciar la incertidumbre acerca de la validez de las cuestiones empíricas⁹³¹. Deberán rechazarse, sin embargo, aquellas afirmaciones refutadas por la comunidad científica.

Siguiendo con las Conclusiones del Abogado General Fennelly: “la Comunidad no debe verse privada de la posibilidad de actuar por el interés público simplemente porque la justificación de su actuación dependa necesariamente, no de estudios científicos «sólidos», sino de una prueba de carácter científico social, que prediga, a partir de conductas pasadas, las reacciones futuras de los consumidores ante cambios en el volumen de recepción de mensajes de promoción. Aún más, cuando el legislador comunitario pueda acreditar que actuó en base a estudios de especialistas de reconocido prestigio, el hecho de que otros estudios aparentemente fiables hayan llegado a conclusiones contrarias no demuestra por sí solo que el legislador careciera de motivos razonables para actuar” (Cdo. 160).

Con todo, algunos autores han afirmado que resulta complicado valorar la información empírica sobre las consecuencias de una medida legislativa relativa a cuestiones en las que existe un determinado conflicto cultural o político (entre otras, políticas penales, medidas de prevención de enfermedades como el HIV y regulación del aborto)⁹³². En estos ámbitos, incluso los científicos disienten sobre las consecuencias de una

⁹³⁰ El fundamento no reside tanto en exigencias derivadas del principio democrático, sino en factores institucionales y en el conjunto de sesgos individuales que actúan en la evaluación de las consecuencias de una determinada política. Véase Adrian VERMEULE, *Judging Under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2006, pp. 214 y ss; y Cass R. SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 85 y ss. Cfr. Dan M. KAHAN, Paul SLOVIC, Donald BRAMAN y John GASTIL, “Fear of Democracy: A Cultural Evaluation of Sunstein on Risk”, 119 *Harv. L. Rev.* 1071 (2006).

⁹³¹ En el mismo sentido, pero con argumentos diferentes, Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.* p. 735, quien propone trasladar el debate sobre la incertidumbre causal al ámbito de la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

⁹³² Dan M. KAHAN y Donald BRAMAN, “Cultural Cognition and Public Policy”, 24 *Yale Law & Policy Review* 147 (2006).

determinada medida y cuando puede vislumbrarse cierto consenso, éste se basa en informaciones y pruebas demasiado técnicas para que la ciudadanía pueda llegar a entender, ya no a verificar⁹³³. La polarización grupal, entre la comunidad científica o en el conjunto de la población, responde a un sesgo heurístico que condiciona la confianza en aquellas consideraciones fácticas realizadas por aquéllos científicos con quien se comparten determinados valores culturales e ideológicos⁹³⁴.

De hecho, en el ámbito de las comunicaciones comerciales, existe poco consenso científico acerca de los efectos de la publicidad en la demanda de bienes y servicios⁹³⁵, en la facilitación de entrada de competidores y en la mejora de la competencia en el mercado⁹³⁶, en la estructura de precios⁹³⁷ o en la fidelización a marcas⁹³⁸.

En casos de incertidumbre causal, el discurso consecuencial o fáctico deberá complementarse con otro de corte normativo y, en efecto, deberán sumarse a la argumentación sobre lo que *hace* el derecho consideraciones acerca de qué *significa* desde un punto de vista sociocultural⁹³⁹. Estas consideraciones casan más con otras valoraciones acerca del menoscabo, mediante la medida legislativa, de la autonomía de los consumidores o de su participación en el proceso democrático, que deberían relegarse a la fase de ponderación de bienes e intereses jurídicos⁹⁴⁰.

En muchos supuestos, el debate público sobre una determinada medida legislativa se traslada desde el análisis de sus consecuencias sociales al de sus significados: por ejemplo, durante 2007, en la discusión pública de las limitaciones a la publicidad de bebidas alcohólicas de graduación inferior a 20º contenidas en los diferentes borradores del finalmente abandonado *Anteproyecto de Ley de Medidas sanitarias para la protección de*

⁹³³ *Ibidem*, p. 147 y p. 165.

⁹³⁴ *Ibidem*, p. 149.

⁹³⁵ Kyle BAGWELL, "The Economic Analysis of Advertising", agosto de 2005 (<http://www.columbia.edu/~kwb8/adchapterPost082605.pdf>, consultado en 15.2.2007), p. 30.

⁹³⁶ *Ibidem*, pp. 45-47.

⁹³⁷ *Ibidem*, p. 47-51.

⁹³⁸ *Ibidem*, p. 31-33.

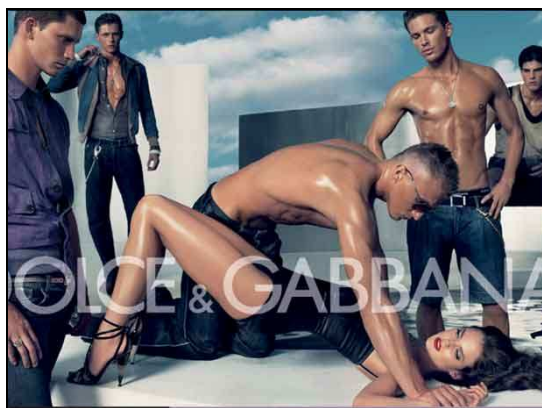
⁹³⁹ Dan M. KAHAN y Donald BRAMAN, *op. cit.*, p. 170.

⁹⁴⁰ Véase *infra* pp. 386 y ss.

la salud y la prevención del consumo de bebidas alcohólicas por menores fueron frecuentes las afirmaciones identitarias que relacionaban la cerveza con un producto *nacional* o vinculaban el vino con los beneficios de la llamada “dieta mediterránea”.

En otros ámbitos, no existen trabajos serios que acrediten juicios de adecuación sólidos. Por ejemplo, no se ha probado que la prohibición de determinadas expresiones publicitarias contribuya a la disminución o prevención de la violencia de género.

En este ámbito, uno de los ejemplos recientes más difundidos en Europa sobre la relación de la publicidad con la violencia de género ha aparecido a raíz de una de las últimas campañas de los modistos italianos «Dolce&Gabbana» y, en particular, una de las fotografías que la componían.



En España, la campaña fue retirada a finales de febrero de 2007 por Dolce&Gabbana a petición del Instituto de la Mujer, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, la Federación de Consumidores en Acción (FACUA) y el partido Los Verdes.

Una semana más tarde, el Jurado de Autocontrol se pronunció sobre el citado anuncio al resolver una reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación⁹⁴¹. Para el Jurado, la imagen “muestra una escena de sometimiento sexual de una mujer. Independientemente de su eventual interpretación como violación o no, lo cierto es que, a juicio de este Jurado, resulta indudable e indiscutible que la imagen empleada refleja una escena en la que la mujer no se encuentra por su propia voluntad, sino sometida”.

Para ello, el Jurado recurre a construir una narración a partir de la interpretación de la imagen: “[s]on varios los elementos que contribuyen a que la imagen publicitaria transmita este mensaje de sometimiento sexual de la mujer [...]. En primer lugar, la posición en la que se encuentra la mujer – postrada en el suelo– mientras está siendo firmemente sujeta por sus muñecas por un hombre que se inclina sobre ella. En

⁹⁴¹ RJAP de 2.3.2007, Sección 2ª, AUC c. *Dolce&Gabbana*.

segundo lugar, la expresión del rostro de la mujer, que transmite una posición de falta de dominio de la situación en la que se encuentra. En tercer lugar, la presencia de otros cuatro hombres que contemplan impasibles la escena con gestos que van desde una expresión de desdén y desprecio hasta miradas de desafiante complicidad. Y, por último, la ropa con la que aparecen, tanto la mujer — simplemente un *body*—, como los hombres: el que la sujeta con firmeza sólo lleva unos pantalones tejanos y el torso desnudo, además de unas gafas de sol que contribuyen a imprimir dureza a su expresión; de los otros cuatro hombres que observan, uno también tiene el torso desnudo, y otros dos, van con sus camisas desabrochadas”.

A partir de esta interpretación, “[e]ste Jurado no alberga duda alguna para apreciar que el anuncio reclamado transmite un mensaje según el cual es el hombre el que ocupa una posición de fuerza y dominio sobre la mujer que, consecuentemente, está en posición de inferioridad respecto al varón” y, en efecto, concluye, la utilización de esta escena en la publicidad es una “conducta que encaja sin mayores dificultades en el fenómeno de la violencia de género que constituye en la actualidad una de las mayores lacras sociales a evitar” (énfasis añadido)⁹⁴².

Por su parte, en Italia, la retirada del anuncio fue ordenada por el organismo propio de autocontrol, el *Istituto dell’Autodisciplina Pubblicitaria*, cuyo Comité de Control dictó el pasado 21 de febrero de 2007, la Orden de cesación n. 29/2007 al entender que el anuncio resultaba ofensivo a la dignidad de la mujer, puesto que “representa a la figura femenina en un modo servil, como mero objeto de la voluntad masculina” e incitaba a la violencia de género: “La expresión [de la mujer] está alienada, su mirada ausente, no se desprende del mensaje ningún elemento que permita entender su consentimiento o complicidad con alguno de los hombres: es más, la ambigüedad de su actitud transmite la imposibilidad de sustraerse a lo que le ocurre, por cuanto está inmovilizada y sujeta al poder de un hombre. [...] La imagen, aunque no haga referencia explícita a la violencia física, evoca [...] la representación de un abuso o la idea de una subyugación”.

Juicios de adecuación de esta naturaleza tienen su correlato en las justificaciones utilizadas en la literatura sobre regulación de la pornografía: una de las tesis más arraigadas en la literatura feminista en este sector denuncia la protección ofrecida por la libertad de expresión de ciertas imágenes como una perpetuación de un *status quo* discriminatorio —jerarquizado, patriarcal— mediante la difusión de modelos que abogan por la violencia o coerción como técnicas de control social dirigidas a grupos

⁹⁴² El Jurado declaró la publicidad contraria a la norma 10 del Código de Conducta Publicitaria que prohíbe la publicidad contraria a la dignidad humana e instó al anunciante el cese del anuncio. Con todo, la resolución carece de eficacia vinculante para Dolce&Gabbana, que no está adherido al sistema de Autocontrol, y sólo supone una manifestación de la libertad de expresión del Jurado acerca de los límites y la corrección ética de la publicidad.

claramente identificados⁹⁴³. Sin embargo, los trabajos que relacionan causalmente pornografía con violencia sexual son, a lo sumo, especulativos.

En efecto, cualquier valoración sería de las normas sobre utilización de la imagen de la mujer en publicidad, reformadas por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, debería acudir a otras finalidades para justificar medidas restrictivas y fundar un juicio de adecuación⁹⁴⁴. Por ello, es criticable la utilización de esta vía para la modificación de la LGP. Con todo, la reforma introdujo pocas novedades sustanciales al panorama legislativo anterior⁹⁴⁵. En este sentido, dejando de lado cuestiones de legitimación procesal⁹⁴⁶, los únicos cambios son formales: niños y jóvenes se hacen invisibles para otorgar todo el protagonismo a las mujeres.

Así, el art. 3 a) de la LGP pasó de declarar 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, juventud y la mujer”.

a:

“La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de

⁹⁴³ Véase, por todos, Catherine MACKINNON, “Pornography, Civil Rights, and Speech”, 20 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 1 (1985).

⁹⁴⁴ Cfr. con OBSERVATORIO DE LA PUBLICIDAD SEXISTA, *Informe 2004*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2005, p. 5: “La necesidad de continuar mejorando en la representación de las mujeres a través de los medios de comunicación, dada la importancia que ésta tiene a la hora de profundizar en las actitudes sociales hacia la igualdad y, por tanto, en la erradicación de las causas que generan la violencia contra las mujeres, ha sido recogida en la recientemente aprobada Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Capítulo II)”.

⁹⁴⁵ Anxo TATO PLAZA, “Violencia de género y publicidad”, *ADI* vol. 25, 2004-2005, pp. 489-498.

⁹⁴⁶ Véase *supra* pp. 79 y ss.

nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”.

Entonces, a falta de acreditación de tales juicios fácticos, deberán buscarse otros daños para fundamentar una restricción en las expresiones comerciales que utilicen el cuerpo de la mujer. Una posibilidad es entender que las prohibiciones de ciertas manifestaciones encuentran su justificación en evitar que las mujeres tengan que manifestarse en un ambiente hostil, dominado por creencias y estereotipos que las reduzcan a objetos sexuales. Se puede defender que se restrinja la libertad de expresión de unos para posibilitar que otros hagan efectivos esa misma libertad: que no deban callarse lo que quieren para utilizar su tiempo y esfuerzo en defenderse y en contradiscursos⁹⁴⁷.

La cuestión, no obstante, es otra y poco o nada tiene que ver con la regulación de las comunicaciones comerciales. En este sentido, sería posible concebir que los daños asociados al posible menoscabo de la dignidad de las mujeres, así como de otros grupos minoritarios, o de determinadas creencias religiosas e ideologías políticas mediante manifestaciones denigratorias y los problemas de acción colectiva vinculados a la existencia de una pluralidad de afectados y la falta de incentivos para perseguir las expresiones pudieran motivar, en su caso, regulaciones restrictivas. En cualquier caso, no se trata de una problemática exclusiva de la publicidad comercial.

Por ello, no existen razones normativas o positivas para llevar a cabo una distinción fundada en el hecho de que este tipo de manifestaciones aparezcan en un anuncio o en una obra artística o literaria. Su aparición en la publicidad no debería servir pues como argumento para relajar el grado de protección, salvo que distorsionen de forma efectiva y sustancial la competencia en el mercado. La jurisprudencia *Benetton* en Alemania avala esta tesis: el carácter ofensivo de determinadas imágenes no siempre será un motivo para desfigurar los niveles de eficiencia en un determinado mercado.

Por ejemplo, la reciente sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 14 de noviembre de 2006⁹⁴⁸ ha revocado una sentencia de apelación de la *Cour d'appel* de París que estimaba la demanda de una asociación de católicos y, en efecto, declaraba ilícita una campaña publicitaria de la marca textil «Marithé et François Girbaud» por ofensiva a las creencias

⁹⁴⁷ En palabras de Owen M. FISS, “[a] veces debemos aminorar las voces de algunos para poder oír las voces de los demás”. Véase Owen M. FISS, *The Irony of Freedom of Speech*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 1996 (traducción española de Víctor FERRERES COMELLA y Jorge MALEM SEÑA, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999, por donde se cita).p. 30.

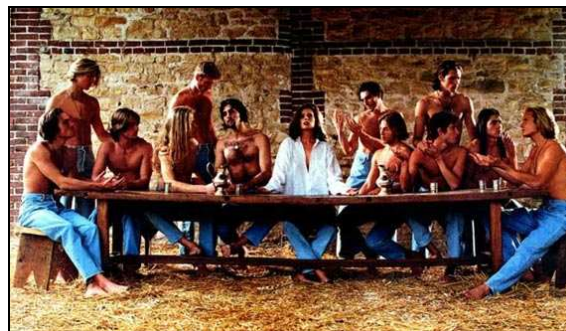
⁹⁴⁸ *Cour de Cassation, Première Chambre Civile, Arrêt du 14 novembre 2006* (W 05-16.001).

religiosas, ordenaba su cesación y fijaba una multa coercitiva de 100.000 euros. La campaña consistía en la difusión en revistas y vallas publicitarias de una fotografía inspirada en “La Última Cena” (1498) de Leonardo DA VINCI en la que se sustituían a Jesucristo y a la mayoría de apóstoles por mujeres.



Para la *Cour de Cassation*, la declaración de ilicitud de la campaña publicitaria es contraria a la libertad de expresión, puesto que “se trataba de una mera parodia de una representación de la Última Cena que no tenía por objeto irritar a los fieles de la Iglesia Católica, ni afectar a su honor por razón de sus creencias, ni constituía una injuria o un ataque personal y directo dirigido a un grupo de personas determinado por sus creencias religiosas”.

La campaña publicitaria de «Marithé & François Girbaud» y sus repercusiones generan cierto *déjà vu* jurídico: una década antes, otra marca textil y en otro país, «Otto Kern» en Alemania, difundió una campaña para la promoción de sus pantalones tejanos a través de un catálogo⁹⁴⁹.



Entonces, una asociación en defensa de la lealtad en el mercado textil demandó a la titular de la marca y solicitó la declaración de deslealtad de la campaña por contravenir las buenas costumbres (§1 de la antigua UWG). El *OLG Frankfurt*, en sentencia de

⁹⁴⁹ Además de la representación de la Última Cena, el catálogo incluía otras escenas bíblicas como, por ejemplo, Adán y Eva, el nacimiento de Jesús o la huída a Egipto, en la que los modelos vestían los tejanos de la compañía.

10.2.1994⁹⁵⁰, confirmó la sentencia del tribunal de instancia desestimando la demanda: el hecho de que, en todas las fotos del catálogo, los personajes aparecieran con las prendas que la mercantil ofrecía al mercado constituía un ejemplo de competencia basada en el propio esfuerzo y no podía reputarse como publicidad desagradable contraria a la cláusula general de competencia desleal⁹⁵¹.

2.3. Necesidad de la limitación

En tercer lugar, para superar el test de constitucionalidad, la medida restrictiva debe ser necesaria, esto es, no deben existir medidas alternativas menos gravosas o restrictivas para la consecución del fin expresado. Según PRIETO SANCHÍS⁹⁵², este requisito no casa demasiado con el papel del juez en el *civil law*, pues exige una actitud proactiva de su parte para presentar otras opciones, y por ello los tribunales suelen también mostrarse muy deferentes hacia la consideración realizada por el legislador.

Así lo reconoció el Tribunal Constitucional en STC 55/1996, de 28 de marzo:

“Que la realización del juicio de necesidad compete al legislador es una afirmación que ya hemos reiterado y justificado, al igual que la del amplio margen de libertad del que goza y que deriva, no sólo de la abstracción del principio de proporcionalidad (STC 62/1982, fundamento jurídico 5.) y de la reseñada complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como «representante en cada momento histórico de la soberanía popular» (SSTC 11/1981, 332/1994).

En rigor, el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza (SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1.; 19/1988,

⁹⁵⁰ OLG Frankfurt a.M. 10.2.1994 (NJW-RR 1994, 734).

⁹⁵¹ Cfr. Con sentencia del mismo tribunal dictada 20 días atrás: OLG Frankfurt a.M. 20.1.1994 (NJW-RR 1994, 734); en la que se declaraba contraria al art. 1 UWG una campaña de «United Colors of Benetton» consistente en una fotografía de un ave atrapada en una marea negra. Véase *supra* pp. 179 y ss.

⁹⁵² Luis PRIETO SANCHÍS, “El juicio de ponderación constitucional”, en Francisco J. LAPORTA (Ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica/ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 221-251, pp. 242-243.

fundamento jurídico 8.; 50/1995, fundamento jurídico 7.), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento". (FJ 8º)

En primer lugar, la necesidad de una medida no equivale a su mayor idoneidad. Esto es, acaso la medida adoptada por el Legislador no sea la más idónea para la consecución del fin previsto, pero ello no significa que resulte innecesaria: sólo lo será si, además, las medidas alternativas más idóneas son también menos restrictivas de derechos.

Algún autor ha identificado la necesidad de una medida con su calificación como óptimo de Pareto⁹⁵³, esto es, la medida se entenderá necesaria siempre que no puedan plantearse medidas alternativas sin perjudicar a ningún sujeto. Otros autores, en cambio, prefieren relacionar la necesidad de una medida restrictiva con su carácter eficiente según Kaldor-Hicks⁹⁵⁴. Esto es, la medida será necesaria si no existen otras alternativas cuya aplicación genere beneficios superiores a los costes que soportarán determinados sujetos y la posibilidad de compensar a los perjudicados⁹⁵⁵.

Si quiere reducirse el consumo de un producto peligroso por ejemplo, el legislador o una agencia reguladora pueden adoptar diversas estrategias. Dos de estas alternativas, que tendrán un impacto en la demanda del producto, serán incrementar los impuestos indirectos sobre el mismo y limitar o prohibir su publicidad. Téngase en cuenta que, cuando se limita el discurso, las opciones de política legislativa quedan ocultas a la vista y control de los ciudadanos y se degrada el principio democrático de responsabilidad política⁹⁵⁶. En cambio, un incremento en los impuestos es más

⁹⁵³ Bernhard SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, pp. 181 y ss.

⁹⁵⁴ Rainer DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handels*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1989, pp. 68 y ss., *apud* Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 737.

⁹⁵⁵ Sobre los diferentes criterios de eficiencia, véase Robert COOTER y Thomas ULLEN, *Law and Economics*, 4ª ed., Pearson Addison Wesley, Boston, 2004, p. 48.

⁹⁵⁶ Entre otros, Martin H. REDISH, "Tobacco Advertising and the First Amendment", 81 *Iowa L. Rev.* 589 (1996), p. 601; y Matthew L. MILLER, "The First Amendment and Legislative Bans of Liquor and Cigarette Advertisements", 85 *Colum. L. Rev.* 632 (1985), p. 643.

perceptible y fiscalizable por los ciudadanos, y puede tener un impacto más directo en las preferencias electorales de los ciudadanos⁹⁵⁷. En definitiva, una prohibición de publicidad de un producto silencia dos tipos de información relevantes desde una concepción meiklejohniana o política de la libertad de expresión: en primer lugar, priva a los ciudadanos de los contenidos propios del discurso comercial, que podrían alentar o llegar a motivar el debate público acerca, por ejemplo, de la sanidad pública; y, en segundo lugar, hace más opacos los mecanismos mediante los que la ciudadanía puede controlar las decisiones del Estado acerca de qué riesgos deben prevenirse⁹⁵⁸.

En segundo lugar, pueden existir medidas alternativas menos gravosas, pero cuya adopción y aplicación sea técnicamente imposible o sólo pueda llevarse a cabo con costes exorbitantes⁹⁵⁹.

Por otra parte, la comparación con otras medidas debe realizarse en función del fin inmediato perseguido. En otros términos, no deberían valorarse medidas alternativas que persigan una misma finalidad mediata⁹⁶⁰. Así, una norma a examen que prohibiera la publicidad de bebidas alcohólicas en televisión dictada con el objeto de reducir la demanda de este producto sólo podría compararse con otras posibles medidas también tendientes a tener un impacto sobre la demanda del producto, pero no cualesquiera otras fundadas en la protección de la salud.

Para ello, cobran especial importancia las valoraciones empíricas que vinculan causalmente la medida con el resultado o fin perseguido. Sin embargo, dado que los juicios de adecuación se componen de diversos factores o son contemplables desde

⁹⁵⁷ Ronald D. ROTUNDA, "Lawyer Advertising and the Philosophical Origins of the Commercial Speech Doctrine", 36 *U. Rich. L. Rev.* 91 (2002), *passim*, en especial, pp. 124-136.

⁹⁵⁸ Desde una teoría cultural del riesgo, la sustracción de este segundo tipo de información es especialmente grave en democracia, pues unos impondrán sin debate sus preferencias culturales e ideológicas en la regulación de comportamientos de riesgo. Véase Dan M. KAHAN, "Two Conceptions of Emotion in Risk Regulation", 2007 (www.ssrn.com). Para un individuo —esto es, sin tener en cuenta los riesgos agregados—, fumar es menos peligroso que escalar una montaña, pero dados los significados culturales de estas dos actividades (desprecio por la salud propia c. esfuerzo físico y valentía), el debate político sobre su regulación irá más allá de consideraciones puramente fácticas sobre riesgo y causalidad. Determinadas medidas serán más o menos transparentes en la difusión al público en general de estas razones normativas.

⁹⁵⁹ Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 743; Richard A. POSNER, "Free Speech in an Economic Perspective", *op. cit.*, pp. 27-28.

⁹⁶⁰ Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 739.

diferentes perspectivas —eficacia, rapidez, probabilidad y afectación material del objeto— será necesario el recurso a razones normativas en supuestos difíciles, aquellos en los que una medida alternativa afecte menos al derecho fundamental en algunas perspectivas, pero lo afecta más, cuando el examen parte de otros puntos de vistas⁹⁶¹. En tal caso, puede presumirse la constitucionalidad de la medida adoptada por el legislador y relegar su análisis a la fase de proporcionalidad en sentido estricto donde esta circunstancia podrá operar como argumento en contra de la proporcionalidad de la medida.

El juicio de necesidad supone una comparación entre diferentes juicios de adecuación que, como aquellos, deberá valorarse en función de los conocimientos científicos en el momento en el que se dictó y no el momento de su enjuiciamiento. En efecto, debe resultar indiferente que con posterioridad a la medida, se pruebe la disponibilidad de medios alternativos menos gravosos. En su caso, deberá posponerse al juicio de proporcionalidad en sentido estricto la cuestión sobre si la medida en el momento de su enjuiciamiento resulta desproporcionada.

2.4. Proporcionalidad en sentido estricto

Finalmente, la medida deberá ser proporcionada. En este juicio reside la esencia de la ponderación: en él se acredita que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora y los daños o lesiones derivados de tal restricción.

a) Proporcionalidad en relaciones entre particulares y valoración de intereses generales

Cobra importancia en esta fase la idea liberal de los derechos fundamentales como posiciones de defensa, como *trumps* o *firewalls*, frente a las restricciones impuestas por el legislador. Sin embargo, esta idea también puede tener su reflejo en el ámbito de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas: así, con algunas consideraciones ulteriores, lo explicado en este epígrafe también tiene reflejo en la ponderación de derechos realizada en el enjuiciamiento de un supuesto concreto de antinomia o conflicto entre particulares⁹⁶².

⁹⁶¹ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 746-747.

⁹⁶² Luis PRIETO SANCHÍS, "Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación", *Cuadernos de Derecho Público* núm. 11/2000, pp. 9-30.

Esta cuestión no se refiere a la posibilidad de que una norma legal sea inconstitucional, o bien su aplicación o interpretación, sino a supuestos paradigmáticos en los que colisionan dos derechos fundamentales. Se trata de ámbitos poco complejos en los que no cabrá tener en cuenta las consideraciones realizadas por el legislador en virtud del principio democrático o éstas tendrán una eficacia muy secundaria⁹⁶³. La tarea del enjuiciador es garantizar que no se produzca una sobreprotección de un derecho en perjuicio del otro (*Übermaßverbot*) o una infraprotección (*Untermaßverbot*).

Por ejemplo, en el ámbito de las comunicaciones comerciales, se producen colisiones entre dos derechos fundamentales en diversidad de situaciones. Un ejemplo genuino es el de la posible vulneración del valor comercial asociado a la propia imagen (*right of publicity, Recht am eigenem Bild*).

En muchas ocasiones, un anunciante se sirve de la utilización de la imagen de un personaje famoso sin su consentimiento para atraer la atención de los consumidores. En efecto, el anunciante deberá en ocasiones responder *ex* daño o, en su caso, *ex* enriquecimiento injustificado puesto de manifiesto con este uso⁹⁶⁴. Con arreglo al art. 7.6 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, se considerará intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad protegidos por la ley:

“La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre la responsabilidad derivada de la utilización del nombre o imagen de personajes famosos en la publicidad u otras formas de promoción comercial. Así, en la STS, 1ª, 21.1.1988 (Ar. 131; MP:

⁹⁶³ Cfr. Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, pp. 569-570, para quien en supuestos de antinomias particulares, también pueden considerarse todos los subprincipios que componen el principio de proporcionalidad. Así, más allá de la ponderación propiamente dicha, la idoneidad de la prevalencia de un derecho sobre otro consiste en acreditar que un determinado comportamiento supone *prima facie* un ejercicio del mismo y la necesidad obliga a determinar que no existen ejercicios alternativos del mismo derecho menos intrusivos al derecho en conflicto.

⁹⁶⁴ Cfr., sin embargo, Eugene VOLOKH, “Freedom of Speech and the Right of Publicity”, 40 *Houston Law Review* 903 (2003), quien expone las dificultades constitucionales de la institución atendiendo a la libertad de expresión y a la protección creciente del discurso comercial; y Antoni RUBÍ PUIG y José Luis GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, “El recurso a nombres de famosos para titular una canción y denominar a un personaje de cómic. Comentario a *Rosa Parks v. Outkast* y a *Toni Twist v. Todd Mcfarlane*”, *InDret* 2/2004 (www.indret.com), quienes criticamos la utilización del criterio de “finés comerciales” en el art. 7.6 de la LO 1/1982. Cfr., en el derecho alemán, Björn KNUDSEN, *Werbung mit Prominenten. Die Reichweite des Schutzes vor kommerzieller Nutzung der Persönlichkeitsmerkmale bekannter Personen*, Dissertation, Fakultät der Technischen Universität Dresden, 2003, pp. 116-119.

Antonio Sánchez Jáuregui). *Antonio Gades c. «Varma, SA»*, resolvió que la alusión en un anuncio a la colaboración de una actriz con el bailarín Antonio Gades no constituía una vulneración del derecho a la propia imagen del actor, ni tampoco una utilización del nombre que debiera generar responsabilidad. En sentido similar, resolvió en la STS, 1ª, 30.1.1998 (Ar. 358; MP: Alfonso Villagómez Rodil): *Emilio Aragón c. «Proborín, SL»*, que el uso de un dibujo de una piernas en un esmoquin y calzado deportivo blanco con la frase “El artista más popular de España está dejando de decir te huelen los pies” en un anuncio de un desodorante para pies no constituía una utilización ni de la imagen del actor, ni una afectación a su valor patrimonial (Cfr. Voto particular de Xavier O’Callaghan Muñoz). La sentencia fue confirmada por STC 81/2001, de 26 de marzo. (MP: Carles Viver Pi-Sunyer), que desestimó el recurso de casación interpuesto por el presentador televisivo.

En cambio, en la STS, 1ª, 10.7.1997 (Ar. 6305; MP: Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa). *Concha García Campoy c. «Unión Cervecera, SA» y «Ricardo Pérez Asociados, SA»*, el Tribunal resolvió que la frase “Con certeza quien les habla... Skol; Skolcha García Campoy, Skolchame lo que te digo” en un anuncio radiofónico de cerveza constituía una utilización del nombre de la actora con fines comerciales y confirmó la indemnización a determinar en fase de ejecución de sentencia acordada por la AP ⁹⁶⁵.

Sin embargo, a mayor sofisticación del supuesto de hecho —que, viene dada, por la conexión de las expresiones con el mercado y la competencia—, deberán considerarse, en su caso, intereses y juicios de adecuación y necesidad planteados por el legislador o una agencia reguladora. En particular, deberán tenerse en cuenta de forma primaria los juicios de adecuación y necesidad de una determinada norma o interpretación jurídica y evaluar qué relevancia despliega el interés del legislador en salvaguardar la lealtad concurrencial para luego confrontarlos con la libertad de expresión.

⁹⁶⁵ Véanse, también, SAP Madrid 2.6.2001 (JUR 297573; MP: José Antonio Nodal de la Torre): *Mar Flores c. «MMC Automóviles, SA»*. La alusión en un anuncio publicitario del nombre de la actora y sus devaneos amorosos genera responsabilidad *ex art.* 7.6 LO 1/1982; SAP Asturias 28.4.2003 (JUR 131451; MP: José Antonio Seijas Quintana): *María Rosario c. «Impresión Asturiana Gráfica, S.L.» y «Comunicación y Medios de Asturias, S.L.»*: la aparición consentida de la imagen de la actora en un anuncio en la prensa local no genera responsabilidad *ex art.* 7.6 LO 1/1982; y SAP Madrid 4.11.2004 (AC 273; MP: Juan Ángel Moreno García): *Teresa c. «Telefónica Servicios Móviles» y «Lysagora S.L.»*: responsabilidad por utilización in consentida de fotografías de la actora, modelo profesional, en folletos publicitarios de una de las demandadas.

En cuanto a la responsabilidad por vulneración del derecho a la propia imagen *ex art.* 7.5 LO 1/1982, véase la STS, 1ª, 2.8.2004 (Ar. 5093; MP: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares): *Jesús Carlos, Edurne, Elena y Esperanza c. «Centros Comerciales Pryca, S.A.» y «Editorial Prensa Alicantina, S.A.»*: publicación de fotografía de un matrimonio y sus dos hijas en un publireportaje sobre centro comercial.

Por ejemplo, en supuestos de denigración (*Business torts: disparagement, trade libel*⁹⁶⁶), esto es, en la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que menoscaben su crédito en el mercado, su prohibición puede justificarse en la protección de las condiciones de eficiencia del mercado. Este es el argumento subyacente al art. 9 LCD, según el cual la denigración constituirá una conducta desleal, a no ser que las manifestaciones realizadas sean exactas, verdaderas y pertinentes; y, en particular, no se estiman pertinentes aquellas afirmaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado⁹⁶⁷. Los requisitos de exactitud, veracidad y pertinencia exigidos por el precepto responden, pues, a la finalidad perseguida por el legislador de garantía de un mercado con niveles de información adecuados y suficientes para que las decisiones de consumo sean máximamente racionales.

Con independencia de los remedios indemnizatorios previstos en la LCD, en algunas ocasiones, se ha recurrido además o en exclusiva a la regla general de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC) para fundamentar el resarcimiento de daños y perjuicios⁹⁶⁸, extremo que, por su parte, da prueba de la inexistencia de razones suficientes para distinguir entre expresiones denigratorias o difamatorias realizadas en el ámbito del discurso público o en el del discurso comercial: una misma solución es practicable de entrada o, en otros términos, la comercialidad del discurso, a efectos del funcionamiento de mecanismos resarcitorios del daño, resulta irrelevante y, en efecto, se puede aplicar un estándar unitario independientemente de la motivación económica del emisor. La comercialidad, en su caso, sólo repercute en la utilización de los mecanismos inhibitorios previstos en la LCD.

En cualquier caso, la regla de resarcimiento de daños y perjuicios en el ámbito de la competencia desleal (art. 18.5^a LCD) puede concebirse como concreción de la regla de responsabilidad aquiliana —así, por ejemplo, en SAP Vizcaya (Sección 3^a, 11.11.1999) (AC 2414)—. Sin embargo, esta consideración no puede hacer extensible a la indemnización de daños y perjuicios, en el ámbito de la competencia desleal, la regla de presunción de perjuicio contenida en el art. 9.3 de la LO 1/1982, de de 5 de mayo, de

⁹⁶⁶ Véase Restatement, Second, Torts §623A-652; Restatement Unfair Competition §2 comment c; §43(a) Lanham Act; § 2(a)(8) Uniform Deceptive Trade Practices.

⁹⁶⁷ Cfr. Art. 6 a) LGP: “Es publicidad desleal [l]a que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos”.

⁹⁶⁸ Véase, por ejemplo, STS, 1^a, 28.2.1994 (Ar. 686): cartas en periódicos y a administraciones públicas realizadas por unos trabajadores de una empresa de revisión de instalaciones de gas criticando las actuaciones de una sociedad operando en el mismo sector.

protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen (BOE núm. 115 de 14.5.1982)⁹⁶⁹: las personas jurídicas deberán necesariamente acreditar un perjuicio o daño a su honor o reputación para obtener resarcimiento.

La parodia de marca constituye otro ejemplo que ilustra la conexión de una expresión denigratoria con el mercado y la competencia. Así, en un supuesto de parodia con fines concurrenciales –por ejemplo, la parodia de la publicidad del competidor como forma de promoción del propio producto (*spoof*)–, la protección del grado de competencia en el mercado deberá valorarse en la ponderación de costes y beneficios⁹⁷⁰. Como explica Antonio B. PERDICES HUETOS, tales parodias, al verter “una información incontrovertible e irracional al mercado, encuentr[a]n un severo freno, a diferencia de lo que sucedía en la propiedad intelectual donde era el mercado de las formas y los gustos artísticos el que estaba en condiciones de juzgar el valor de parodia y original, haciendo que originales y parodias perduren, pasen al olvido o compartan el éxito”⁹⁷¹. En otras palabras, el mercado de bienes y servicios no funciona siempre como el mercado de las ideas: “[e]l humor, la sutileza o la insinuación no aportan una información valiosa al mercado de bienes; al contrario, lo enrarecen”⁹⁷².

En cambio, cuando una parodia de marca tiene lugar en el mercado pero generando un beneficio social, puesto que aporta información de relevancia social o cultural o contribuye a un debate público, quedará protegida por la libertad de expresión⁹⁷³. Ello sucederá, al menos, siempre que la parodia “no vaya dirigida causalmente a afectar la decisión del consumidor; es decir, cuando el mensaje ya esté asimilado por el mercado,

⁹⁶⁹ Cfr. SAP Castellón (Sección 3ª, 5.12.2003) (AC 1822): remisión de carta a clientes en las que se manifiesta que una empresa competidora ha violado derechos de propiedad industrial titularidad de la sociedad remitente.

Véase, en general, Luis F. BIENDICHO GRACIA, “La protección de prestigio comercial de la entidad mercantil frente a los actos difamatorios: los límites del derecho de crítica del consumidor”, *La Ley* 1999-1; y Tomás VIDAL MARÍN, “Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional”, *InDret* 1/2007 (www.indret.com).

⁹⁷⁰ Crítico con la utilización de un estándar de delimitación a partir de la mercantilidad o comercialidad en el derecho alemán, véase, en general, Sönke BECKER, *Parodie und Kommerz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des amerikanischen und deutschen Urheber- und Markenrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 103.

⁹⁷¹ Antonio H. PERDICES HUETOS, “La muerte juega al Gin Rummy (La parodia en el Derecho de Autor y de Marcas)”, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 3, septiembre-diciembre, 1999, pp. 9-53, p. 34.

⁹⁷² *Ibidem*, p. 43.

⁹⁷³ *Ibidem*, p. 47.

de modo que la representación paródica de la marca no influya sobre la decisión de consumo”⁹⁷⁴.

b) Proporcionalidad y acreditación de un daño efectivo: el concepto de engaño y la responsabilidad por riesgo

Algunos autores consideran que, para calificar a una medida como proporcionada, es necesario “probar que el daño a [un concreto derecho, bien o interés jurídico] era real y efectivo, y no sólo una sospecha o presunción (por lo que no son admisibles medidas preventivas si carecen de habilitación legal), es decir, que hubo un *riesgo cierto y actual* y no tan sólo un *riesgo futuro e hipotético*”⁹⁷⁵.

Este mismo argumento es presente en la jurisprudencia del BVerfG a partir del asunto *Benetton*⁹⁷⁶: no debe bastar el mero riesgo de afectación al funcionamiento correcto del mercado para considerar desleal una conducta expresiva, sino que en orden a proteger la libertad de expresión es necesaria la acreditación de un daño que menoscabe la competencia y distorsione el mercado en beneficio del causante⁹⁷⁷.

A partir de esta línea jurisprudencial consolidada en Alemania⁹⁷⁸, se propugna la utilización de un estándar más estricto en el enjuiciamiento de la deslealtad de un discurso, ya sea público o comercial, de forma que se maximice el mandato constitucional de protección de la libertad de expresión⁹⁷⁹. Del mismo modo, se patrocina la utilización de un estándar estricto en caso de enjuiciar la deslealtad de conductas no expresivas con la finalidad de maximizar el mandato constitucional de protección de la libertad de empresa y, por ende, de la autonomía de la voluntad

⁹⁷⁴ *Ibidem*.

⁹⁷⁵ Francisco J. BASTIDA FREIJEDO, Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ, Miguel Ángel PRESNO LINERA, Benito ALÁEZ CORRAL e Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 148.

⁹⁷⁶ Véase *supra* p. 180 y ss.

⁹⁷⁷ Sobre la ponderación entre libertad de expresión e intereses protegidos por la Ley alemana de competencia desleal, véase Josef DREXL, “Die Einwirkung der Grundrechte auf die Auslegung der Generalklauseln des UWG”, en Gerhard SCHRICKER y Frauke HENNING-BODEWIG (Hrsg.), *Neuordnung des Wettbewerbsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1998-1999, pp. 163-198.

⁹⁷⁸ Véanse *supra* sentencias del BVerfG de 1.8.2001 (NJW 2001, 3403), Asunto *Therapeutische Äquivalenz*; y de 6.2.2002 (1 BvR 852/90. 1 BvR 2151/96), Asunto *Tierfreundliche Mode*.

⁹⁷⁹ En este sentido, véase Helmut KÖHLER, “Das neue UWG”, NJW 2004, Heft 30, p. 2121-2127, en especial, p. 2122.

reconocida por la Constitución mediante el recurso a la dignidad humana⁹⁸⁰. La finalidad última de esta consideración es evitar un anquilosamiento del derecho de la competencia en categorías tradicionales y corporativistas, que responden a la captura de los mecanismos de funcionamiento del mercado; en definitiva y como explicita la exposición de motivos de la LCD, conseguir “la emancipación de nuestra vida mercantil de vínculos corporativos y proteccionistas”.

Las consideraciones anteriores sugieren entender la cláusula general del derecho de la competencia (art. 5 LCD, §1 de la antigua UWG y §3 del nuevo texto) como un mecanismo *ex post* de resolución de conflictos una vez acreditada la existencia de un daño y no como un mecanismo *ex ante* de prevención de daños heterointegrable a partir de las construcciones de la jurisprudencia y de la dogmática y permeado de precaucionismo perverso. Es decir, el juicio de deslealtad no debe confiarse a la simple subsunción del supuesto de hecho en una de las categorías de las llamadas constelaciones de casos (*Fallsgruppen*). En palabras del Prof. Cándido PAZ-ARES, con relación a una concepción de la cláusula general como norma de integración de la ética corporativa, “[e]l resultado final no puede ser más que el de la irremediable decisión «caso por caso» y la consiguiente imprevisibilidad de la producción jurisprudencial del derecho en esta compleja materia. [...]redomina en la praxis de esta teoría moral: (i) la jurisprudencial sentimental [...]; (ii) y se percibe un claro déficit en la fundamentación de las sentencias, siendo significativa a este respecto una práctica muy extendida consistente en «repetir la afirmación jurídica como sustitución de la fundamentación»⁹⁸¹”⁹⁸².

La cláusula general debe servir, pues, para afrontar aquellas conductas emergentes en el mercado, que no han podido ser previstas por el legislador y que inciden de forma negativa en el funcionamiento del mercado, aunque no puede utilizarse como patente de corso para operar un derecho de la competencia desleal prevencionista susceptible de ser capturado por algunos operados económicos afianzados en posiciones dominantes. Desde un punto de vista normativo, el juez deberá ofrecer una regla que genere los incentivos adecuados a los operadores jurídicos para la minimización de costes sociales.

En ocasiones, sin embargo, puede resultar preferible la utilización de un derecho *ex ante* de la competencia, esto es, la consolidación normativa de un ilícito desleal que genera, siempre que tiene lugar, una interferencia en el funcionamiento del mercado. En estas

⁹⁸⁰ Véase Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Ensayo sobre la libertad de empresa” en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040, especialmente, pp. 5973-5975; y obras allí citadas.

⁹⁸¹ Esto es, el recurso al *Truth effect*. Véase *supra* p. 228.

⁹⁸² Cándido PAZ-ARES, *op. cit.*, p. 92.

situaciones, la producción de un coste social no es contingente y la utilización de remedios regulatorios se revela más eficaz y más eficiente que el recurso a mecanismos posteriores a la realización de la conducta dañina. Este es el fundamento que subyace, por ejemplo, al Anexo 1 de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, sobre las prácticas comerciales desleales, que establece determinadas prácticas consideradas engañosas o agresivas *per se* y, en efecto, en cualquier caso desleales.

Las prácticas comerciales de señuelo y cambio son un ejemplo de esta clase de ilícitos, que concretan el concepto de engaño: así, una comunicación comercial que realice “una invitación a comprar productos a un precio determinado para luego: a) negarse a mostrar el artículo anunciado a los consumidores, o b) negarse a aceptar pedidos de dicho artículo o a hacer entregas del mismo en un período de tiempo razonable, o c) enseñar una muestra defectuosa del mismo, con la intención [en los tres casos] de promocionar un producto diferente” se consideran, en todo caso, engañosas (cláusula 6 del Anexo).

En cualquier caso, deberán examinarse las ventajas y desventajas de recurrir a un sistema de regulación del discurso comercial frente a un sistema de reglas de responsabilidad *ex post*⁹⁸³. Así, la preferencia inicial por un sistema *ex post damno* —pues con él se permite que, además de la expresión dañosa, tengan lugar otros discursos beneficiosos desde el punto de vista social, que en caso de aplicarse un mecanismo *ex ante* podrían verse disuadidos— puede ceder cuando el sistema de reparación de daños no funcione de forma óptima: entre otras razones, debido a problemas de infravaloración, insolvencia (*judgement-proof defendant*), costes de gestión y administración del sistema de reglas de responsabilidad. Se trata de situaciones en que los elevados costes de transacción aconsejan una asignación de derechos *ex ante* a quien más los valore, en este caso, el consumidor.

Tal solución encuentra límites cuando la regla se aleja del equilibrio o situación óptima de mercado. Éste es uno de los postulados clave del análisis económico del derecho con pretensión normativa, según el cual resulta necesario que las normas mimeticen las condiciones de mercado o, en otros términos, que reflejen una asignación de derechos tal como tendría lugar en situación de competencia perfecta (*mimicking markets hypothesis*⁹⁸⁴). Ello ocurre, por ejemplo, en supuestos en que la regla que cristaliza un ilícito desleal exagera algunos costes sociales y obvia, a su vez, sus beneficios sociales.

⁹⁸³ Para un resumen sobre la elección entre mecanismos *ex ante* y *ex post*, véase Pablo SALVADOR CODERCH y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, “Instrumentos de control social y derecho de daños”, *InDret* 4/2004 (www.indret.com) y bibliografía allí citada.

⁹⁸⁴ Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Aspen Publishers, New York, 2007, *passim*.

Tal es el caso, en mi opinión, de una norma que considere *per se* desleal la afirmación veraz en la publicidad de que los productos ofrecidos al mercado proceden de una liquidación concursal⁹⁸⁵. En tal caso, la protección ofrecida por la libertad de expresión se proyecta sobre dos aspectos —la transmisión de información objetiva y veraz al mercado por parte del anunciante y la adquisición de información relevante por parte de los consumidores—, cuya inobservancia supone un coste social. Es razonable, por otra parte, pensar que, en caso de que la información sea veraz, el mercado asignaría al anunciante el derecho a transmitir tal información, pues los consumidores estarían dispuestos a permitir tales prácticas en orden a obtener una mayor y mejor información y, sobre todo, un coste inferior de sus decisiones de consumo. En efecto, una regla tal resulta desproporcionada⁹⁸⁶.

Por ello, debería admitirse en estos casos la excepción por parte del infractor desleal de un análisis coste-beneficio que le permitiera reflejar que el importe de los daños sociales causados fue inferior al de los beneficios sociales derivados de su infracción. También deberá tenerse en cuenta que el diseño de las reglas sobre el grado de necesidad o la carga de la prueba puede conllevar una visión más o menos protectora de la libertad de expresión.

Otra consecuencia a extraer de la proporcionalidad en sentido estricto es la posible relajación del estándar de veracidad en el mercado atendiendo a la necesidad de acreditación de un daño real y efectivo. El engaño en la publicidad —pero también en algunos discursos públicos— origina un daño en el funcionamiento del mercado: distorsiona las preferencias de los consumidores, pues atrae hacia el establecimiento o los productos y servicios del anunciante a clientes que en caso de conocer la falsedad o la inveracidad de las alegaciones no acudirían. El engaño funciona justamente como señuelo para cautivar a algunos consumidores, que se acercarán a unas prestaciones no correspondientes con lo anunciado y, posiblemente, una parte de ellos llegue incluso a realizar una transacción que finalmente habrá de defraudar las expectativas generadas con anterioridad. Otra parte de ellos puede, una vez en el establecimiento del anunciante, interesarse por otros productos y servicios extraños a la publicidad que los había conducido hacia allí.

Por su parte, la responsabilidad por engaño en la publicidad frente al consumidor tiene su fundamento en la vulneración del principio de conformidad. Es decir, el perjuicio no es el engaño, sino la falta de conformidad. Para ello, es necesario que la publicidad integre la oferta contractual de forma que vincule al empresario, situación punto menos

⁹⁸⁵ Véanse § 30(1) de la ley austríaca de competencia desleal y antiguo § 6(1) de la anterior ley alemana de competencia desleal.

⁹⁸⁶ Cfr. STJCE de 25.3.2004, Asunto C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH y Troostwijk GmbH*, analizada *supra* p. 162 y s.

que excepcional: las más de las veces, la publicidad no alcanzará ni la naturaleza de una *invitatio ad offerendum*, ni generará consecuencias desde el punto de vista precontractual⁹⁸⁷. En este sentido, el único mecanismo de protección directa del consumidor tiene un escaso valor práctico: los arts. 3.1d) de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y 8.2 LGDCU sólo servirán como mecanismo de integración contractual cuando el discurso comercial haya sido declarado falso de forma crasa. Sin embargo, la falsedad difícilmente tiene lugar, pues la mayoría de supuestos de publicidad engañosa responden a una eventual interpretación equivocada de la afirmación por parte de los consumidores o, en otros términos, a la generación de un error.

El derecho de la publicidad y de la competencia desleal tienen por objeto la represión del engaño por cuanto constituye una interferencia en el funcionamiento del mercado: en la lógica del derecho represor de la competencia desleal, un engaño reprobable no siempre equivale a un consumidor experimentando una falta de conformidad. En otras palabras, este conjunto normativo no está pensado para la protección inmediata del consumidor y, en su caso, la protección del consumidor mediante el derecho de la publicidad y de la competencia desleal se consigue indirectamente por razón de la garantía institucional del mercado. Sin dejar de ser derecho privado, este sector del ordenamiento tiene una dimensión *estructural* mientras que los remedios civiles derivados de una falta de conformidad son, si se quiere, *relacionales*.

¿Resulta necesario en pro a la garantía del mercado exigir en todo caso unos niveles máximos de veracidad? Téngase en cuenta que el aseguramiento de la veracidad es impensable sin incurrir en costes que superen a los beneficios sociales esperados. Un deber de veracidad absoluta, que demandara que todas las informaciones proporcionadas en el tráfico económico tuvieran una única y misma interpretación para todos y cada uno de los consumidores y que esta interpretación se ajustara a la realidad, eliminaría buena parte de los discursos comerciales (todos los referidos a cualidades no de búsqueda) y disuadiría la fabricación de productos o la prestación de servicios, ambas socialmente eficientes, cuyas cualidades de experiencia fueran las que les sirvieran como señas para darse a conocer entre el público en general.

Además, las mismas características de la información generan que en un mercado siempre existan imperfecciones⁹⁸⁸: dado que el funcionamiento del mercado no puede reducirse a información sobre cualidades de búsqueda, siempre será posible la existencia de interpretaciones diferentes en relación con el contenido de un discurso comercial.

⁹⁸⁷ Véase *supra* p. 273 y ss.

⁹⁸⁸ Véase *supra* p. 222 y ss., así como Carme MADRENAS, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

El diseño de una regla represora del discurso comercial engañoso tiene sentido, como se ha señalado, para la protección de unas condiciones óptimas de competencia, aunque no a cualquier coste, ni tampoco valorando en cero la injerencia en la libertad de expresión. Por ello, dejando de lado el engaño doloso, una interpretación demasiado laxa de la “pequeña cláusula general” o la utilización indiscriminada de las “prohibiciones abstractas de engaño” (*abstrakte Irreführungsverbote*) pueden resultar desproporcionadas en los supuestos en los que sea suficiente prohibir concretos actos de engaño⁹⁸⁹. En la concepción o interpretación de la regla, deben tenerse en cuenta diferentes elementos que afectan, más o menos, la libertad de expresión:

- a) Es posible, al elaborar o interpretar la regla, distinguir entre exigir la existencia de un engaño efectivo (*actual deception*) o tener suficiente con un riesgo de engaño (*likelihood of confusion*). En el ordenamiento español —es doctrina dominante—, basta el mero peligro de engaño sin necesidad de que el consumidor dé crédito a las informaciones recibidas:

Artículo 6. Actos de confusión

Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos.

El *riesgo* de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.

Artículo 7. Actos de engaño

Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, *sea susceptible de inducir a error* a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas.

Sin embargo, un mandato de optimización de la libertad de expresión sugiere un concepto de engaño mucho más reducido que la casi simple exclusión de la exageración publicitaria o *dolus bonus* (*puffery*⁹⁹⁰). En la actualidad, la FTC en

⁹⁸⁹ En este sentido, Rafael GARCÍA PÉREZ, *Libre circulación de mercancías y competencia desleal en la Comunidad Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p.251 y Gerhard SCHRICKER, “Deregulierung im Recht des unlauteren Wettbewerbs?”, *GRUR Int.* 7/1994, pp. 586-594, p. 589.

⁹⁹⁰ Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, I, Introducción y parte general*, 15ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, pp. 192-193, define el *dolus bonus* como “aquellas alabanzas excesivas, afirmaciones exageradas, encomios de tipo general o abstracto, etc (así, cuando la propaganda asegura de un producto que es el mejor o el más fino o el más barato o el único útil), que si ciertamente tomados literalmente son

EE.UU. desarrolla un control más estricto del engaño y no considera suficiente un riesgo de daño, sino la acreditación de un daño efectivo, esto es, que algunos consumidores hayan adquirido el producto o servicio confiando en la publicidad⁹⁹¹.

engañosos, sin embargo, por ser habitual su uso en el comercio jurídico y sobreentenderse su verdadero alcance, no dan habitualmente lugar a engaño, y aun si, por excepción lo dan, no permiten impugnar la declaración emitida por haberlos tomado en sentido riguroso, pues falta en ellos un verdadero comportamiento doloso, y, por otro lado, el destinatario no debe ignorar su verdadera significación en el mundo negocial". Para Carlos LEMA DEVESA, la exageración publicitaria es "aquella alabanza de tono altisonante, concreta y comprobable, que posee un núcleo verdadero y que no es tomada en serio por el público" (entre otros, "Publicidad engañosa y Exageración Publicitaria", *Problemas Jurídicos de la Publicidad. Estudios Jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*, Estudio Jurídico Lema-Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 379-390, p. 387. En cualquier caso, confróntese con los límites de la publicidad de tono excluyente. Véase Anxo TATO PLAZA, "En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria", *Autocontrol* núm. 71, enero 2003.

Las definiciones de *puffery* en el *Common Law* resultan más ilustradoras: "exaggerated advertising, blustering, and boasting upon which no reasonable consumer would rely" (J. Thomas MCCARTHY, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 4th ed., Bancroft-Whitney, San Francisco, 1997, § 27:38); y "[a] seller's privilege to lie his head off, so long as he says nothing specific, on the theory that no reasonable man would believe him, or that no reasonable man would be influenced by such talk" (W. Page KEETON *et. al.*, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., West Publishing Co, St. Paul (Min.), 1984, § 109, p. 757). Para un análisis reciente de la cuestión, véase David A. HOFFMAN, "The Best Puffery Article Ever", 91 *Iowa L. Rev.* 1395 (2006) (también disponible en www.ssrn.com), para quien el límite de responsabilidad se encuentra en aquellas alabanzas en la publicidad consistentes en expresiones excluyentes o con contenido fáctico, que, según el autor, deben presumirse engañosas.

⁹⁹¹ Véanse FEDERAL TRADE COMMISSION, *Comments of the Staff of the Bureau of Economics, The Bureau of Consumer Protection, and the Office of Policy Planning of the Federal Trade Commission Before The Department of Health and Human Services, Food and Drug Administration, in the Matter of Request for Comment on First Amendment Issues*, Docket No. 02n-0209, September 2002 (<http://www.ftc.gov/os/2002/09/fdatextversion.pdf>) y Paul H. RUBIN, "Regulation of Information and Advertising", Emory Law and Economics Research Paper No. 04-05, 2004 (www.ssrn.com) [de próxima aparición en Barry KEETING (Ed.), *A Companion to the Economics of Regulation*, Blackwell Publishing, 2004], p.16. La exigencia de un daño efectivo se hace derivar de los requisitos de sustancialidad previstos en la legislación federal, así la ilicitud de actos y prácticas comerciales se vincula en el 15 U.S.C. § 45 (n) a una "substantial injury to consumers which is not reasonably avoidable by consumers themselves and not outweighed by countervailing benefits to consumers or to competition".

De hecho, en el ámbito de la publicidad de profesionales, el Tribunal Supremo norteamericano ha resuelto que el gobierno no debe acreditar que una comunicación comercial es potencialmente engañosa, sino que debe probar que es engañosa efectivamente o *per se*. Véanse *Peel v. Attorney Registration and Disciplinary Commission* (496 U.S. 91 (1990)) y *Ibañez v. Florida Department of Business & Professional Regulation* (512 U.S. 136 (1994)). Véase Rebecca TUSHNET, "Truth and Advertising: The Lanham Act and Commercial Speech Doctrine", en Graeme B. DINWOODIE y Mark D. JANIS (Eds.), *Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar Publications, 2007 (en prensa) (capítulo disponible en www.ssrn.com).

Ésta también parece ser la conclusión a derivar de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán cuando el engaño pueda tener lugar por medio de expresiones protegidas por la libertad de expresión⁹⁹².

La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales reputa desleales los engaños que, en atención a las circunstancias del caso y al consumidor relevante, son apropiados para influir su decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera adoptado (arts. 6.1, 7.1 y 7.2). Para el Prof. MASSAGUER FUENTES, “el ámbito de ilicitud se contrae a las prácticas que, por su naturaleza, objeto, contenido y circunstancias de realización y difusión, resultan adecuadas para influir negativamente en las elecciones de los consumidores, esto es, que puedan ser, razonablemente, tenidas en cuenta por los consumidores al decidir su comportamiento económico”⁹⁹³.

La reducción del paternalismo jurídico en este ámbito pasa por la maximización de la protección de la libertad de expresión de acuerdo con la autonomía del consumidor⁹⁹⁴. En cierta medida, el concepto de “consumidor medio” utilizado por el TJCE y definido como aquel consumidor “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” respeta este principio⁹⁹⁵, pero, cabe todavía un paso más que reduzca y delimite el concepto de engaño, desvinculándolo del contenido del discurso y relacionándolo con las condiciones en las que tiene lugar. Hay situaciones en las que un discurso comercial tiene lugar en circunstancias en las que un consumidor concreto es más vulnerable: por ejemplo, si, para procesar la información, requiere una pericia especial; está en una situación de dependencia respecto del emisor; o debe destinar más tiempo y recursos que los razonables para comprender la información que se le suministra⁹⁹⁶. La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, en su artículo 5.3, prevé tales circunstancias:

⁹⁹² Véase *supra* p. 180 y ss.

⁹⁹³ José MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, *op. cit.*, pp. 108-109.

⁹⁹⁴ Véase Robert C. POST, “The Constitutional Status of Commercial Speech”, 48 *UCLA Law Rev.* 1 (2000), pp. 40-41.

⁹⁹⁵ De hecho, el criterio de “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” responde a la ponderación entre los intereses de protección de consumidores y la libre circulación de mercancías en la Unión. Sobre ello, véase Rafael GARCÍA PÉREZ, *op. cit.*, pp. 244 y ss. En definitiva, el criterio “sacrifica a los consumidores menos diligentes para lograr un mayor grado de integración de los mercados” (p. 275).

⁹⁹⁶ Robert C. POST, *op. cit.*, p. 76.

“Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal”.

El precepto eleva el grado de diligencia a adoptar por el comerciante cuando el consumidor al que se dirige se encuentra en una situación de dependencia o, en términos más generales, su autonomía por una u otra razón está mermada. Obsérvese, en cambio, que el precepto excluye la exageración publicitaria y las afirmaciones respecto a las cuales no se pretenda una interpretación literal. Con ello, se favorece la creatividad y la innovación en las comunicaciones comerciales y se “favorece la intensidad de la competencia en la captación de la atención y favor de los consumidores y [se] ofrece un campo en el que nuevos entrantes pueden competir con las empresas establecidas más fácilmente”⁹⁹⁷.

- b) En segundo lugar, es preciso concretar la exigencia de elementos subjetivos en el causante del engaño: en la actualidad, la producción de un acto de competencia desleal no se hace depender de ningún requisito de orden subjetivo⁹⁹⁸, es decir, el agente del engaño responde objetivamente. Un mandato de optimización de la libertad de expresión obliga a valorar la posible exigencia de nivelar el rasero a la par con el exigido para el discurso público, y así elevarlo hasta el dolo o la negligencia. La utilización de información falsa en una comunicación comercial es, siempre que recaiga sobre elementos relevantes y sea capaz de influir en la conducta de mercado de los consumidores, contraria a los requisitos de la diligencia empresarial⁹⁹⁹. En cambio, cuando el engaño refiere a la posibilidad de inducción a error a consumidores, debería examinarse la diligencia desplegada por el empresario para evitar o minimizar la probabilidad de error¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁷ José MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit., p. 109.

⁹⁹⁸ José MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, op. cit., Art. 5 (13).

⁹⁹⁹ José MASSAGUER FUENTES, *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, op. cit., p. 104.

¹⁰⁰⁰ En este sentido, Rebecca TUSHNET, “Trademark Law as Commercial Speech Regulation”, 58 *South Carolina Law Review* 737 (2007), p. 754: “[T]he difference between inherently misleading speech and potentially misleading speech in First Amendment doctrine is whether further disclosures can correct the misleading implications of the challenged speech”.

Esta última idea está presente en la regulación del engaño por omisión en la Directiva 2005/29/CE de prácticas comerciales desleales. El art. 7.3 de la Directiva integra el estándar de diligencia exigible al empresario, al establecer que “[c]uando el medio utilizado para comunicar la práctica comercial imponga limitaciones de espacio o de tiempo, a la hora de decidir si se ha omitido información deberán tenerse en cuenta esas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el comerciante para poner la información a disposición del consumidor por otros medios”¹⁰⁰¹.

- c) Finalmente, la libertad de expresión puede hacer considerar las reglas procesales sobre distribución de la carga de la prueba y otros mecanismos de excepción¹⁰⁰²; y sobre las acciones ejercitables¹⁰⁰³.

En suma, la elección de una regla represora del engaño desleal no es inocua: a determinados estándares de enjuiciamiento y niveles de *enforcement*, algunas actividades beneficiosas socialmente no tendrán lugar y el público en general también carecerá de información socialmente beneficiosa. En cualquier caso, creemos que se trata de una opción de política jurídica que debería valorarse de acuerdo con el mandato constitucional de maximizar la protección de la libertad de expresión¹⁰⁰⁴.

c) Problemas de valoración de los costes y beneficios ponderables

En el ámbito de la libertad de expresión, los problemas principales que se atribuyen a la ponderación consisten en las dificultades para llevar a cabo una valoración económica de los costes y beneficios asociados a una forma de discurso¹⁰⁰⁵. Por otra

¹⁰⁰¹ Para José MASSAGUER FUENTES, *op. cit.*, p. 108, el hecho de que la Directiva limite la deslealtad a las prácticas engañosas susceptibles de influir la toma de decisiones de los consumidores, conlleva en una interpretación literal que no pueda reputarse desleal “la difusión de información falsa o adecuada para inducir a error que afecte a la formación de preferencias o a la decisión de tomar contacto con un oferente, si es que, mediante información ulteriormente transmitida, puede superarse la falsa expectativa despertada antes de la contratación, de modo que el error no haya influido finalmente en la decisión de realizar la transacción”.

¹⁰⁰² Véanse arts. 26 LCD y 29 LGP antes de su derogación por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁰⁰³ Desde el punto de vista de la protección de la autonomía personal en el ámbito de la libertad de expresión, creemos necesario replantear la figura de la acción de rectificación (art. 18.4º LCD) y analizar su posición frente a la acción de cesación. Véase, sobre ello, Robert C. POST, *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁰⁴ En este mismo sentido, Rodney A. SMOLLA, *op. cit.*, p. 1283.

parte, también se ha destacado, los costes suelen aparecer de forma más obvia y patente que los beneficios y, por ello, existirán menos obstáculos para declarar la constitucionalidad de medidas restrictivas del discurso. Para ello, cobra especial importancia la interacción entre argumentos empíricos y normativos en el examen de la proporcionalidad de una medida.

Como ya se ha expuesto, el fin perseguido por la medida restrictiva puede ser muy variado y, dada su naturaleza, tendrá uno u otro peso en la ponderación. Por ejemplo, si la medida restrictiva tiene por objeto la protección de un derecho fundamental, la posible declaración de inconstitucionalidad requerirá de una carga argumentativa superior. Por otra parte, cuanto más vinculado esté el ámbito del derecho fundamental afectado por la medida restrictiva a la autonomía –individual y colectiva– del sujeto, mayor peso tendrá éste, de hecho, cuantas más formas de expresión de la libertad humana sean afectadas por la intervención del poder público, mayor peso deben tener las razones que se aporten en contra del derecho fundamental¹⁰⁰⁶. En palabras de Luis María Díez-PICAZO, “debe darse prioridad a aquel [valor o derecho] que pone en juego aspectos más próximos a su núcleo central de significado”¹⁰⁰⁷. Por ello, no cabrán demasiados obstáculos para entender que cuando una comunicación comercial esté muy próxima a la concepción de la libertad de expresión como mecanismo de funcionamiento de los procesos democráticos –por incluir un mensaje claramente político o por contribuir a un debate público–, deba otorgársele una “posición preferente” en la ponderación. Este es ya el parecer de la mejor doctrina española, que defiende la protección de la publicidad por la libertad de expresión cuando conlleva la participación en un debate público¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁵ Richard A. POSNER, *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA)/Londres, 2001, pp. 70 y 73; y *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge (MA)/Londres, 2003, p. 363. Véase *supra* pp. 323 y s.

¹⁰⁰⁶ Carlos BERNAL PULIDO, *op. cit.*, p. 766. En relación con el principio democrático, véanse del mismo autor, pp. 773-774, y en conexión con la dignidad humana, pp. 774-775. Véanse también Robert ALEXY, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático”, *Derechos y Libertades*, núm. 8, 2000, pp. 21-42, y BVerfGE 17, 306 (314).

¹⁰⁰⁷ Luis María Díez PICAZO, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁰⁸ En este sentido, Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Ensayo sobre la libertad de empresa” en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040, en especial, pp. 5989-5994; Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 323-324; José MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999; Art. 7 (17)-(18), pp. 220-221; José María DE LA CUESTA RUTE, *Curso de derecho de la publicidad*, EUNSA, Navarra, 2002; pp. 43-51; y Miguel RUIZ

La concreción gradual del contenido esencial de un derecho fundamental que realicen jueces y tribunales deberá ser tenida en cuenta en la ponderación. Esto es, la construcción jurisprudencial de reglas categoriales servirá –además de reducir costes de aplicación en los supuestos en que la aplicación analógica sea posible– de refuerzo de la argumentación en la ponderación. BERNAL PULIDO, por ejemplo, ha sugerido que la frecuencia de uso de un determinado principio, por ejemplo en precedentes constitucionales o en tratados internacionales sobre derechos humanos, sea un factor que atribuya mayor peso a las razones normativas a favor de otorgar un mayor peso en el juicio de ponderación¹⁰⁰⁹.

Por otra parte, la intensidad de la intervención en un derecho fundamental dependerá muy mucho de las características de la medida. Así, por ejemplo, deberán examinarse elementos como la duración de una restricción, su posible alcance geográfico o personal limitado, entre otros.

En tal caso, la desproporción vendrá dada, no por el patrón regulatorio, sino sólo por la modularización de sus particularidades. Un ejemplo en el ámbito de las comunicaciones comerciales es el del recurso al sexo en la publicidad, desligado de sus consideraciones acerca de la utilización del cuerpo femenino. Por ejemplo, cuando no aparecen hombres¹⁰¹⁰ o sólo aparecen éstos. Un supuesto reciente conocido por el órgano de autorregulación de las comunicaciones comerciales de Italia es el de una campaña ideada por Oliviero Toscani para la marca textil Ra-Re. El *Comitato di Controllo del Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria* resolvió que dos fotos de la campaña – en la que aparecían dos hombres, en una sobre un diván y en la otra de pie y abrazándose, uno de los cuales tocaba los genitales del otro – eran desleales, indecentes y podían dañar psíquicamente o moralmente a menores¹⁰¹¹.

MUÑOZ, “Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables”, *Estudios sobre consumo*, núm. 79, octubre de 2006, pp. 89-118.

¹⁰⁰⁹ Carlos BERNAL PULIDO, pp. 713-714.

¹⁰¹⁰ Cfr. también con resolución del Jurado de Autocontrol de 17.1.1997 (*Particulares c. “G y J España Ediciones, SL”*), que declaró contrario a las buenas costumbres un spot televisivo para promocionar un número de la revista “Cosmopolitan” en el que aparecía una mujer joven pedaleando en una bicicleta estática y teniendo un orgasmo con la voz en off “Descubre uno de los deportes más sanos y estimulantes: el autoerotismo” y el texto “Aprende tocando: Masturbarse ya no es tabú”.

¹⁰¹¹ Ingiunzioni del Comitato di Controllo n. 162/2005 del 14.9.2005 (Flash & Partners spa).



Sin entrar a examinar la posible deslealtad concurrencial¹⁰¹², la restricción a la libertad de expresión podría haberse reducido o, en otros términos, proporcionalmente corregido si la orden de cesación se hubiera limitado a determinadas revistas –no dirigidas a niños y adolescentes.

Existirán, pues, determinados supuestos en los que la alegación de la protección de menores como finalidad justificativa de una prohibición de utilizar en la publicidad contenidos sexuales no denigratorios, aunque ofensivos para algunos ciudadanos, debe resultar insuficiente. Por ejemplo, en la publicidad televisiva, podrán resultar desproporcionadas prohibiciones que superen los horarios que según otras normas o códigos de autorregulación están consideradas como horario con audiencia infantil.

En otros casos, será imposible entrar a valorar la posible modulación de una prohibición. Por ejemplo, en la RJAP de 26.4.2001 (*Particular c. "Levi Strauss de España, SA"*), en la que el Jurado consideró que las fotos de una pareja desnuda y en actitud procaz en vallas publicitarias y postales eran contrarias al Código de autorregulación, resultaba imposible sustraer la visión de las vallas a menores, a quienes se perseguía proteger.

¹⁰¹² Véanse las observaciones del BVerfG en el asunto *Benetton* y compararlas con las del Comitato di Controllo: "i messaggi mirano unicamente a colpire l'attenzione del pubblico ad ogni costo, turbandone la sensibilità attraverso rappresentazioni volgari *tout court*, con il risultato di gettarsi così discredito sulla comunicazione pubblicitaria nel suo complesso".

CONCLUSIONES

I

La publicidad y otras formas de comunicación comercial realizadas por empresarios en el mercado constituyen expresión y, en algunas ocasiones, información y, además, promueven las funciones que tradicionalmente se asocian a la libertad de expresión: así, un discurso comercial contribuye o puede contribuir al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía individual, a la información, a la verdad, a la democracia y al aumento de los niveles de eficiencia en el mercado. Por ello, son adscribibles *prima facie* al ámbito de protección de los artículo 20.1 a) y d) de la Constitución, que reconocen los derechos a informar y a expresarse libremente.

II

La identificación del grado de protección de la publicidad y otras comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión requiere de un ejercicio de interpretación constitucional. Puesto que se trata de una cuestión periférica en la hermenéutica de la libertad de expresión, las concepciones absolutas de este derecho fundamental, que construyen reglas categoriales a partir de las convicciones de la comunidad jurídica, son insatisfactorias para la resolución del problema y resulta más útil recurrir a teorías relativas del contenido esencial de un derecho fundamental o, en otros términos, a la interpretación de su grado de protección mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Así, una determinada comunicación comercial deberá quedar protegida por la libertad de expresión si una medida que la restringe:

- a) No persigue un objetivo constitucionalmente legítimo.
- b) Es inadecuada para la protección del objetivo propuesto.
- c) Es innecesaria, pues existen medidas alternativas menos gravosas para la libertad de expresión.
- d) Es desproporcionada, ya que, ponderando sus consecuencias, comporta más costes sociales que beneficios.

La utilización de este método interpretativo pone de relieve que, en ocasiones, la libertad de expresión jugará una posición preferente en el conflicto con otros bienes jurídicos y, en efecto, las comunicaciones comerciales recibirán el mismo grado de protección constitucional que formas de discurso público (expresión política, artística o científica). En otras ocasiones, sin embargo, el grado de protección de las comunicaciones comerciales, atendiendo a la protección de otros derechos fundamentales u intereses generales, equivaldrá al propio ofrecido a la libertad de empresa.

III

En el derecho español, la protección constitucional de la publicidad y otras formas de comunicación comercial se proyectará sobre dos tipos de relaciones jurídicas. En primer lugar, desplegará su eficacia en la relación de sujeción de las empresas, por una parte, a la legislación –en especial, la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal) y, por otra, a la regulación administrativa en la materia. En segundo lugar, el otro escenario al que alcanza la dimensión constitucional del discurso comercial es el de las relaciones privadas, donde consumidores y competidores llevan a cabo una aplicación de iniciativa privada tanto de disposiciones jurídicas como de normas deontológicas adoptadas por agentes económicos (por todos, Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial-Autocontrol).

Barcelona, septiembre de 2007

TABLA DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS EN EL TRABAJO

ESPAÑA

Tribunal Constitucional

<i>Asunto y fecha</i>	<i>BOE</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC 11/1981, de 8 de abril	núm. 99, 25.4.1981	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC 26/1981, de 17 de julio	núm. 193, 13.8.1981	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC 2/1982, de 29 de enero	núm. 49, 26.2.1982	Rafael Gómez-Ferrer Morant
STC 62/1982, de 15 de octubre	núm. 276, 17.11.1982	Rafael Gómez-Ferrer Morant
SSTC 66/1985, de 23 de mayo	núm. 134, 5.6.1985	Francisco Rubio Llorente
STC 88/1986, de 1 de julio	núm. 174, 21.7.1986	Carlos de la Vega Benayas
STC 87/1987, de 2 de junio	núm. 151, 25.6.1987	Antonio Truyol Serra
STC 161/1987, de 27 de octubre	núm. 271, 12.11.1987	Ángel Latorre Segura
STC 6/1988, de 21 de enero	núm. 31, 5.2.1988	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC 19/1988, de 16 de febrero	núm. 52, 1.3.1988	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC 37/1989, de 15 de febrero	núm. 52, 2.3.1989	Francisco Rubio Llorente
STC 8/1990, de 18 de enero	núm. 40, 15.2.1990	Vicente Gimeno Sendra
STC 66/1991, de 22 de marzo	núm. 98, 24.4.1991	Fernando García-Mon y Gómez Regueral
STC 219/1992, de 3 de diciembre	núm. 307, 23.12.1992	Julio Diego González Campos
STC 286/1993, de 4 de octubre	núm. 268, 9.11.1993	Fernando García-Mon y Gómez Regueral
STC 12/1994, de 17 de enero	núm. 41, 17.2.1994	Vicente Gimeno Sendra
STC 332/1994, de 19 de diciembre	núm. 19, 23.1.1995	José Gabaldón López
STC 50/1995, de 23 de febrero	núm. 77, 31.3.1995	Rafael de Mendizábal Allende
STC 66/1995, de 8 de mayo	núm. 140, 13.6.1995	Carles Viver Pi-Sunyer
STC 55/1996, de 28 de marzo	núm. 102, 27.4.1996	Carles Viver Pi-Sunyer
STC 146/1996, de 19 de septiembre	núm. 254, 21.10.1996	Manuel Jiménez de Parga y Cabrera
STC 170/1996, de 29 de octubre	núm. 291, 3.12.1996	Manuel Jiménez de Parga y Cabrera
STC 207/1996, de 16 de diciembre	núm. 19, 22.1.1997	Vicente Gimeno Sendra
STC 37/1998, de 17 de febrero	núm. 65, 17.3.1998	Carles Viver Pi-Sunyer
STC 58/1998, de 16 de marzo	núm. 96, 22.4.1998	Carles Viver Pi-Sunyer
STC 18/1999, de 22 de febrero	núm. 65, 17.3.1999	Guillermo Jiménez Sánchez
STC 136/1999, de 20 de julio	núm. 197, 18.8.1999	Carles Viver Pi-Sunyer
STC 292/2000, de 30 de noviembre	núm. 4, 4.1.2001	Julio Diego González Campos
STC 81/2001, de 26 de marzo	núm. 104, 1.5.2001	Carles Viver Pi-Sunyer
STC 154/2002, de 18 de julio	núm. 188, 7.8.2002	Pablo Cachón Villar

Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
1ª, 21.1.1988	131	Antonio Sánchez Jáuregui	Antonio Gades c. «Varma, SA»
1ª, 16.2.1993	775	José Luis Albácar López	Antonio C.M. c. «Agave, SA»
1ª, 28.2.1994	686	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	«Gasur, SA» c. X
1ª, 8.11.1996	8260	Eduardo Fernández Cid-Termes	Antonio V.T. y Mustafa D.A. c. «Agroindustria Hércules, SA»
1ª, 10.7.1997	6305	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	Concha García Campoy c. «Unión Ceroecera, SA» y «Ricardo Pérez Asociados, SA»
1ª, 30.1.1998	358	Alfonso Villagómez Rodil	Emilio Aragón c. «Proborín, SL»
1ª, 15.4.1998	2053	Pedro González Poveda	Jovino Alberto F.V. c. «Cadena Clarín, SL»

1ª, 4.12.1998	8788	Alfonso Villagómez Rodil	<i>Comunidades de Propietarios de la c/ Virginia Wolf 3,5, y 7 de Zaragoza c. «Proutesa, SA»</i>
1ª, 5.4.1999	1872	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	<i>Domingo L.J. y otros c. «Bami, Sociedad Inmobiliaria de Construcciones y Terrenos»</i>
1ª, 26.6.1999	4562	Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	<i>César de D.D. c. «Promociones Altos del Edén, SL»</i>
1ª, 15.6.2000	4418	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	<i>Jorge Pablo P.A. c. «Ibérica Osuna, SA»</i>
1ª, 23.5.2003	5215	Xavier O'Callaghan Muñoz	<i>Comunidad de Propietarios Coblanca-30, Fase 1ª, Subfase D-Viviendas c. «Inversiones Costablanca, SA» y otros</i>
1ª, 2.8.2004	5093	Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares	<i>Jesús Carlos, Edurne, Elena y Esperanza c. «Centros Comerciales Pryca, S.A.» y «Editorial Prensa Alicantina, S.A.»:</i>
1ª, 3.2.2005	1458	Xavier O'Callaghan Muñoz	<i>«Mantequerías Las Nieves, SA» c. «Sociedad Cooperativa Eroski»</i>
1ª, 4.7.2005	5093	Antonio Gullón Ballesteros	<i>«Dinamic Multimedia, SA» c. «Digital Dreams Multimedia, SA», «Tower Communications» y otros.</i>
2ª, 14.10.1988	7917	Enrique Ruiz Vadillo	<i>Ministerio Fiscal c. Manuel R.G. y Luis B.A.</i>
2ª, 19.6.1991	4756	José Augusto de Vega Ruiz	<i>Ministerio Fiscal c. Jaime S.O. y Luis Manuel A.S.</i>
2ª, 19.3.2004	1848	Joaquín Delgado García	<i>Ministerio Fiscal y Consejo Regulador DO La Rioja c. Augusto y Jaime</i>
3ª, 29.5.1987	3844	José Garralda Valcarcel	<i>Asociación Española de Anunciantes c. Normas de publicidad de RTVE</i>
3ª, 23.9.1988	7252	Julián García Estartús	<i>Pablo Casado Coca c. Resolución ICAB de 6.4.1983</i>
3ª, 16.3.1989	2089	Paulino Martín Martín	<i>Pablo Casado Coca c. Resoluciones ICAB de 3.3, 15.3 y 6.4.1983</i>
3ª, 24.9.1990	7287	José Ignacio Jiménez Menéndez	<i>Juan M.G. c. Resolución ICAB 16.10.1984</i>
3ª, 22.10.1990	8253	José Ignacio Jiménez Menéndez	<i>Antonio B.S. c. Resolución Colegio Abogados de Las Palmas de 4.7.1985</i>
3ª, 28.1.1991	677	Julián García Estartús	<i>«H.L., SA» c. Resolución Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de 23.5.1986</i>
3ª, 4.3.1991	1783	Julián García Estartús	<i>«G.W., SA» c. Resolución Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de 1.9.1986</i>
3ª, 28.5.1991	4352	Pedro Antonio Mateos García	<i>«A., SA» c. Delegación Gobierno en Murcia de 17.12.1987</i>
3ª, 4.12.1991	9280	Mariano Baena del Alcázar	<i>X c. Resolución Colegio Oficial de Farmacéuticos de Cantabria</i>
3ª, 26.5.1993	3455	Mariano Baena del Alcázar	<i>«A., SA» c. Resolución Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios</i>
3ª, 18.2.1994	947	Juan Manuel Sanz Bayón	<i>José Luis L.S. c. Resolución ICAB de 4.2.1986</i>
3ª, 2.10.1995	6999	Manuel Goded Miranda	<i>«Informaciones Canarias, SA» c. Resolución Dirección General de Justicia e Interior del Gobierno de Canarias de 7.11.1998</i>
3ª, 7.3.1996	2258	Francisco José Hernando Santiago	<i>«CSPC, SA» c. Sanción de cierre de casino</i>
3ª, 12.3.1996	2507	Julián García Estartús	<i>Guillermo F.C. c. Resoluciones Colegio Oficial de Farmacéuticos de Málaga de 18.11.1988 y 30 y 31.5.1989</i>
3ª, 30.12.1997	9700	Óscar González González	<i>«Osborne y Cía, SA» c. Acuerdo Consejo de Ministros de 4.2.1994</i>
3ª, 1.4.1998	2785	Rodolfo Soto Vázquez	<i>«Gestión y Desarrollo de Comunidades» c. Resolución Dirección General de Comercio y Consumo Comunidad de Madrid de 23.11.1988</i>
3ª, 15.2.1999	1812	Rafael Fernández Montalvo	<i>Federación Nacional de Empresas de</i>

					<i>Publicidad c. RD 1907/1996, de 2 de agosto.</i>
3ª, 6.5.1999	3689	Manuel Campos	Sánchez-Bordona		«Avenir España, SA» c. Acuerdo Consejo de Ministros de 29.12.1994
3ª, 6.5.1999	3690	Manuel Campos	Sánchez-Bordona		«Publicidad Virfrán, SA» c. Acuerdo Consejo de Ministros de 18.11.1994
3ª, 29.5.2001	6230	Enrique Lecumberri	Martí		Alberto F.C. c. Resolución ICAB
3ª, 11.2.2002	9949	Francisco Trujillo	Mamely		«Gestevisión Telecinco, SA» c. Resolución Dirección General de Telecomunicaciones de 14.5.1992
3ª, 4.6.2002	9067	Mariano Baeza de Alcázar			Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas (FIAB) c. RD 1334/1999, de 31 de julio
3ª, 28.1.2003	897	Segundo Menéndez Pérez			«Gestevisión Telecinco, SA» c. Resolución Dirección General de Telecomunicaciones de 16.2.1994
3ª, 21.2.2003	2129	Manuel Campos	Sánchez-Bordona		«Gestevisión Telecinco, SA» c. Resolución Dirección General de Telecomunicaciones de 27.9.1993
3ª, 3.3.2003	2643	Ramón Trillo Torres			Alberto P.G.A. y otros c. RD 658/2001, de 22 de junio
3ª, 21.4.2003	4205	Manuel Campos	Sánchez-Bordona		Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio c. RD 248/2001, de 9 de marzo
3ª, 20.5.2003	6547	Ramón Trillo Torres			Joaquín C. c. Acuerdo del ICAM de 13.10.1994
3ª, 30.5.2003	4584	Óscar González González			«Gestevisión Telecinco, SA» c. Resolución Dirección General de Telecomunicaciones de 30.5.1994
3ª, 22.12.2004	2005\495	Santiago Martínez-Vares	García		Clemente c. Código Regulador de la Publicidad del Colegio de Abogados de Madrid
3ª, 23.11.2005	7831	Eduardo Espín	Templado		Federación Nacional de Empresas de Publicidad c. RD 1812/1994, de 2 de septiembre
3ª, 20.9.2006	6456	Óscar González González			Colegio Oficial de Abogados de Madrid c. Acuerdo del TDC de 18.1.2000

Audiencia Nacional

<i>Sala y Fecha</i>	<i>RJCA</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
15.1.1998	1074	Margarita Robles Fernández
3.2.1998	412	José Alberto Fernández Rodera
29.4.1998	1494	Margarita Robles Fernández
3.2.1999	3476	Margarita Robles Fernández
30.3.1999	3493	José Luis Sánchez Díaz
27.4.1999	2645	José Alberto Fernández Rodera
21.5.1999	4954	Tomás García Gonzalo
2.7.1999	3014	José María Álvarez-Cienfuegos Sánchez
16.11.1999	4957	José Luis Sánchez Díaz
14.3.2000	202973	José Luis Sánchez Díaz
25.10.2000	2001/71715	Margarita Robles Fernández
6.2.2001	104658	José Luis Sánchez Díaz
27.2.2001	104939	Ana Isabel Martín Valero
25.4.2001	295569	Margarita Robles Fernández
31.5.2001	295774	Ana Isabel Martín Valero

6.6.2001	295787	Margarita Robles Fernández
11.7.2001	296061	José Alberto Fernández Rodera
17.7.2001	296114	José Alberto Fernández Rodera
10.4.2002	2003/60256	José Alberto Fernández Rodera
22.5.2002	2003/67863	Margarita Robles Fernández
9.6.2003	564	Concepción Mónica Montero Elena
17.3.2004	2004/166151	Fernando Benito Moreno

Tribunales Superiores de Justicia

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
Catalunya, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18.11.2005	JUR 2006\14478 de 4	María Fernanda Navarro de Zuloaga	«Comfersa» y «Gycomsa, SA» c. Resolución del Conseller de Sanitat i Seguretat Social de 30.6.2000

Audiencias Provinciales

<i>Audiencia, Sección y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
Asturias, 7ª, 8.4.2003	JUR 2003\231588	José Luis Casero Alonso	«El Cerro 33, SA» c. «Anuntis, SL»
Asturias, 1ª, 28.4.2003	JUR 131451	José Antonio Seijas Quintana	María Rosario c. «Impresión Asturiana Gráfica, S.L.» y «Comunicación y Medios de Asturias, S.L.»
Barcelona, 4.11.1995	CLCD*	No consta	No constan
Burgos, 1ª, 11.4.2005	ARP 2005\268	Juan Miguel Carreras Maraña	Ministerio Fiscal y Cofradía San Juan Bautista c. José Pablo
Cádiz, 7ª, 21.5.2002	AC 1226	Juan Ignacio Pérez de Vargas Gil	Francisco Javier A.G. c. «Eurofran, SA».
Castellón, 3ª, 5.12.2003	AC 1822	Adela Bardón Martínez	«Azulejo Español, S.L.» c. «Hijos de Francisco Gaya Forés, S.L.»
Ciudad Real, 2ª, 11.11.2002 (Penal)	ARP 2003\263	Ignacio Escribano Cobo	Ministerio Fiscal c. Yolanda, Alfonso y Constantino
Girona, 1ª, 30.3.2006		Fernando Ferrero Hidalgo	Fundació Gala-Salvador Dalí c. «Hotel Plaça Dalí SLU»
Granada, 1ª, 3.4.2000 (Penal)	ARP 2000\2424	Domingo Bravo Gutiérrez	Ministerio Fiscal c. Antonio J. G. y Angel R. P
Granada, 3ª, 10.3.2001	JUR 2001\151647	Carlos José de Valdivia y Pizcueta	Salvador G.P. c. «Levi Strauss & Co»
Guadalajara, Única, 28.11.2002 (Auto, Penal)	JUR 2003\72984	María Angeles Martínez Domínguez	Ministerio Fiscal c. Jose Antonio y Penélope
La Rioja, Sección Única, 12.2.2003 (Penal)	ARP 2003\331	Alfonso Santisteban Ruiz	Consejo Regulador de Denominación de Origen Calificada Rioja y Ministerio Fiscal c. Pedro
Lugo, 1ª, 18.6.2004	AC 1808	Eduardo Pérez López	X y Y c. «Spacephotofilm SL» y otros
Madrid, 14ª, 26.9.2000	AC 2447	Pablo Quecedo Aracil	Guillermo C.T. c. «Banco Santander, SA».
Madrid, 9ª, 2.6.2001	JUR 297573	José Antonio Nodal de la Mar Flores	c. «MMC

		Torre	Automóviles, SA
Madrid, 12ª, 2.7.2002	AC 2129	María Jesús Alía Ramos	«Peer Music española, SA» c. «DBDP Mancebo Kaye, SA» y «Reckitt and Colman, SA»
Madrid, 13ª, 28.2.2003	JUR 2003\175503	José Luis Zarco Olivo	«GP Manufacturas del Acero» c. «Aplicaciones Metalúrgicas Edificaciones, SA» y otros
Madrid, 11ª, 24.5.2004	JUR 2004\227317	Jesús Gavilán López	«Laboratorios Lesvi, SA» c. Autocontrol
Madrid, 10ª, 25.5.2004	AC 1684	Ángel Vicente Illescas Rus	«Stonegrip, SL» c. «Solintenco, SL»
Madrid, 13ª, 2.7.2004	JUR 2004\275567	Victoriano Jesús Navarro Castillo	«Intermedic Arafran, SA» c. Unión Profesional de Médicos Cirujanos Estéticos y España y otros
Madrid, 9ª, 4.11.2004	AC 273	Juan Ángel Moreno García	Teresa c. «Telefónica Servicios Móviles» y «Lysagora S.L.»
Madrid, 21ª, 10.12.2004	www.auc.es		AUC c. Mitsubishi.
Navarra, 1ª, 24.3.2003	JUR 2003\117760	José Julián Huarte Lázaro	Fotoprix c. Camera S.L.
Palma de Mallorca, 19.2.1998	CLCD*	No consta	No constan
Pontevedra, 1ª, 22.1.2006	AC 367	Francisco Javier Valdés Garrido	Domingo c. «Cervigal S.L.» y «Cervezas y Bares de Galicia, S.L.»
Toledo, 1ª, 15.12.2000 (Penal)	ARP 2000\3099	Rafael Cáncer Loma	Ministerio Fiscal c. Antonio B. G. Y Ramón Luis M. M
Valencia, 8ª, 13.10.1997	AC 2034	José Alfonso Arolas Romero	«Albilux, SA» c. «Intertec-Servicios»
Valencia, 8ª, 16.4.2003	JUR 2003\218276	Rosa María Andrés Cuenca	«Levi Strauss & CO» c. «Textil Conquense, SA»
Vitoria-Gasteiz, 26.11.1991	CLCD*	No consta	No constan
Vizcaya, 5ª, 30.7.1998	AC 1430	Leonor Ángeles Cuenca García	«Mantequerías Las Nieves, SA» c. «Eroski, Sociedad Cooperativa»
Vizcaya, 3ª, 11.11.1999	AC 2414	Mª Carmen Séllez Echevarría	Previsión Sanitaria Nacional, Agrupación Mutua Aseguradora (AMA) c. Colegio Oficial de Médicos de Vizcaya

* Apud José MASSAGUER FUENTES, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 61.

Juzgados de Primera Instancia

<i>Número, localidad y fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Juez o Magistrado</i>	<i>Partes</i>
43, Barcelona, 8.9.1999	—	No consta Juez-Magistrado	Fage Dairy Industry, S.A. vs. Danone, S.A
1, Durango, 14.6.1996	AC 1998\1430	No consta Juez-Magistrado	Mantequerías Las Nieves, SA" «Eroski»,
4, Getxo, 19.4.1995	—	Francisco Javier Osa Fernández	Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco c. AGRA, SA
Ibi, 3.3.1992	apud Anxo TATO PLAZA	—	—
42, Madrid, 24.3. 2003	apud Anxo TATO PLAZA	—	—
5, Majadahonda, 15.5.2000	apud Anxo TATO PLAZA	—	—

5, Navarra, 24.6.2002	AC 2002\1083	No consta Juez-Magistrado	Fotoprix c. Camera S.L.
19, Sevilla, 21.2.2003	AC 2003\136	Pedro Félix Alvarez de Benito	Vanessa D. R. c. Círculo del Opositor SL

Tribunal de Defensa de la Competencia

<i>Asunto</i>	<i>Fecha</i>	<i>Expediente</i>	<i>Ponente</i>
Reglamento de publicidad del Consejo General de la Abogacía Española	18.1.2000	A 455/99	José Hernández Delgado
Estatutos del Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Córdoba	5.10.2000	A 471/99	Antonio Castañeda Boniche
Código de autorregulación de la publicidad de bebidas alcohólicas de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE).	10.11.2000	A 274/00	Miguel Comenge Puig
Estatutos del Colegio de Abogados de Madrid	11.10.2001	A 504/00	Julio Pascual y Vicente
Código de Autorregulación de la Publicidad de los Productos del Tabaco en España de la Asociación Empresarial del Tabaco (AET)	19.12.2002	A 319/02	Francisco Javier Huerta Trolèz
Código de Autorregulación de la Publicidad de la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE)	20.1.2004	A 338/03	Luis Martínez Arévalo

Jurado de la Publicidad

<i>Sección y fecha</i>	<i>Partes</i>	<i>Asunto</i>
2ª, 25.7.1996	De oficio c. Leche Pascual, SA	Leche Pascual, SA
3ª, 17.1.1997	Particulares c. G y J España Ediciones S.L.S.	Revista Cosmopolitan
1ª, 24.4.1997	Unilever España, SA c. SmithKline Beecham Consumer Healthcare, SA	Binaca Acción Blanqueante
3ª, 24.7.1998	ASEMAC (Asociación Española de Fabricantes de Masas Congeladas) c. Federación Gremial de Panadería de la Provincia de Valencia (FEGREPPA)	FEGREPPA
Pleno, 17.3.1999	APROGA c. Kellogg España, SA	All Bran Plus
Pleno, 22.4.1999	Colgate Palmolive España, SA c. Henkel Ibérica, SA	Licor del Polo Calcio + Vitaminas
5ª, 20.10.1999	AUC c. Publipunto, SL	Publipunto
3ª, 7.2.2000	Institut Català de la Dona c. Baricentro	Baricentro
5ª, 16.3.2000	AUC c. Telefónica Publicidad e Información, SAV	Telefónica Publicidad e Información
4ª, 26.6.2000	AUC c. Wall Street Institute Sylvan Learning Systems, Inc.	Wall Street Institute
3ª, 20.11.2000	AUC c. Ya.com Internet Factory, SA	Ya.com
3ª, 20.11.2000	Particulares c. Industrias Valls 1, SA	Puntoblanco
Pleno, 19.12.2000	Particulares c. Industrias Valls 1, SA	Puntoblanco
4ª, 11.1.2001	AUC c. HABITAT	Habitat
4ª, 17.4.2001	Asociación de Internautas c. Ya.com Internet Factory, SA	Ya.com (II)
4ª, 26.4.2001	FEBE y AUC c. González Byass, SA	Soberano, el rey canalla
4ª, 26.4.2001	Particular y ONG Acción Familiar c. "Levi Strauss de España, SA"	Twist Levi's

4ª, 4.12.2001	Terra Network España c. Ya.com Internet Factory, SA	Ya.com (III)
1ª, 28.1.2002	AUC c. Ecocomercial.com	Ecocomercial.com
3ª, 4.4.2002	Telefónica de España, SA c. Retevisión, SA	Mínima
Pleno, 22.4.2002	Telefónica de España, SA c. Retevisión, SA	Mínima
3ª, 21.5.2002	CECU c. Coca-Cola España, SA	Coca Cola
3ª, 27.6.2002	AUC c. Control + P Informática y Comunicaciones	ControlP.com
3ª, 27.6.2002	Telefónica de España, SA c. Jazz Telecom, SAV	Jazz Bonos
4ª, 30.7.2002	AUC c. Dara Informática, SL	Dara
4ª, 30.7.2002	AUC c. Hispanet Technology, SL	objets.net
3ª, 10.9.2002	AUC c. Hispanet Technology, SL	importec.net
Pleno, 10.9.2002	Procter & Gamble España, SA c. J.García Carrión, SA	Simon Life Limón
5ª, 11.10.2002	Particular c. SelfTrade España	Self Trade
1ª, 18.12.2002	AUC c. Tele 2 Telecomunicaciones Services, SL	Everyday.com
1ª, 12.1.2003	Wanadoo España, SL c. Ya.com Internet Factory, SA	Ya.com (IV)
3ª, 29.4.2003	Grupo Leche Pascual, SA c. Danone, SA	Actimel
3ª, 7.5.2003	Grupo Leche Pascual, SA c. Danone, SA	Mousse de Yoghourt
5ª, 13.5.2003	AUC c. Soluciones Avanzadas Informáticas y Comunicaciones, SL	Solavan
2ª, 10.5.2003	Bimbo, SA c. Panrico, SA	Pan de molde Brook's II
Pleno, 29.5.2003	Grupo Leche Pascual, SA c. Danone, SA	Actimel
Pleno, 2.6.2003	Grupo Leche Pascual, SA c. Danone, SA	Mousse de Yoghourt
3ª, 5.6.2003	Particulares y Sociedad Protectora de Animales y Plantas de Málaga c. Campofrío Alimentación, SA	Campofrío Alimentación, SA
Pleno, 12.6.2003	Bimbo, SA c. Panrico, SA	Pan de molde Brook's SA
5ª, 3.7.2003	Particular y Consejería de Bienestar Social, Dirección General de la Mujer de la Generalitat Valenciana c. Lever Faberge, SA	AXE 24 horas
3ª, 9.7.2003	CECU c. Ibertel Distribución Shopping, SL y New Technology Trading, SL	Acuone II
2ª, 29.7.2003	Particulares c. "Heineken España, SA"	Águila Amstel - Fuera de juego
Pleno, 19.9.2003	Particulares c. "Heineken España, SA"	Águila Amstel - Fuera de juego
1ª, 9.10.2003	AUC c. Control + P Informática y Comunicaciones	ControlP.com II
1ª, 9.10.2003	Recovery Labs c. Dates Datos Express	Dates Datos Express
4ª, 3.12.2003	AUC c. Acer Computer Ibérica, SA	Acer I
2ª, 14.1.2004	Institut Català de la Dona c. Internacional de Relojería, SA	Reloj IWC
29.3.2004	Particular c. Volkswagen-Audi, SA	Audi animales
3ª, 16.4.2004	AUC c. Banco Español de Crédito, SA	Banesto
5ª, 16.4.2004	AUC c. El Corte Inglés, SA	El Corte Inglés
3ª, 22.4.2004	AUC c. Acer Computer Ibérica, SA	Acer II
3ª, 22.4.2004	Cabildo Insular de Fuerteventura c. Compañía Internacional para la Financiación de la Distribución, SA	Venca II
5ª, 24.5.2004	AUC c. Yelmo Cineplex, SL	Yelmo
5ª, 24.5.2004	AUC c. Dell Computer, SA	Dell Computer
3ª, 27.5.2004	Federación de Escultismo de España c. Compañía Coca-Cola de España, SA	Fanta Boy Scout
1ª, 17.6.2004	CEPSA c. Mutua Madrileña Automovilista	MMA
Pleno, 27.7.2004	CEPSA c. Mutua Madrileña Automovilista	MMA
6ª, 15.12.2005	AUC c. Importaciones y Exportaciones Varma, SA	Ron Barceló

6ª, 15.12.2005	AUC c. Unilever España, S.A.	Magnum
4ª, 7.6.2006	Particular c. Media Markt Saturn Administración, S.A.U.	Verás las mejores delanteras
1ª, 20.6.2006	AUC c. Air Berlin	Air Berlin
Pleno, 4.8.2006	Particular c. Media Markt Saturn Administración, S.A.U.	Verás las mejores delanteras
2ª, 2.3.2007	AUC c. Dolce&Gabbana	Dolce&Gabbana

EUROPA

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
4.2.1959	C-1/58	Stork & Co. c. Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
12.11.1969	C-29/69	Stauder c. Stadt Ulm;
17.12.1970	C-11/70	Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel
14.5.1974	C-4/73	J. Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Comisión
11.7.1974	C-8/74	Procureur du Roi c. Dassonville
3.12.1974	C-33/74	Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid
20.2.1979	C-120/78	Rewe Zentrale AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein
10.7.1980	C-152/78	Comisión c. Francia
12.3.1987	C-178/84	Comisión c. Alemania
23.2.1988	C-216/84	Comisión c. Francia
26.4.1988	C-352/85	Bond van Adverteerders y otros c. Países Bajos
13.7.1989	C-5/88	Wachauf c. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft
7.3.1990	C-362/88	GB-INNO-BM
12.12.1990	C-241/89	SARPP
18.6.1991	C-260/89	Elliniki Radiofonia Tileorasi – Anonimi Etairia (ERT-AE) c. Dimotiki Etairia Piroforissis
25.7.1991	C-288/89	Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros c. Commissariaat voor de Media
25.7.1991	C-353/89	Comisión c. Países Bajos
25.7.1991	C-1/90 y C-176/90	Aragonesa de Publicidad SA y Publívia SAE c. Departament de Sanitat i Seguretat Social de la Generalitat de Catalunya
18.5.1993	C-126/91	Yves Rocher
24.11.1993	C-267/91 y C-268/91	Procedimientos penales c. Keck y Mithouard
15.12.1993	C-292/92	Hünermund
10.11.1994	C-320/93	Lucien Ortscheit GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH
9.2.1995	C-412/93	Leclerc c. Siplec
26.6.1997	C-368/95	Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Bauer Verlag
9.7.1997	C-34/95, C-35/95 y C-36/95	Konsumentombudsmannen c. De Agostini (Svenska), Förlag AB y TV-Shop i Sverige AB
16.7.1998	C-210/96	Gut Springenheide GmbH y Rudolf Tusky c. Oberkreisdirektor des Kreises

		<i>Steinfurt Amt für Lebensmittelüberwachung</i>
28.1.1999	C-77/97	<i>Österreichische Unilever Gmbh c. Smithkline Beecham Markenartikel Gmbh</i>
28.10.1999	C-6/98	<i>Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten c. PRO Sieben Media AG</i>
4.4.2000	C-465/98	<i>Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV c. Adolf Darbo AG</i>
5.10.2000	C-376/98	<i>Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea</i>
5.10.2000	C-74/99	<i>The Queen c. Secretary of State for Health y otros, ex parte Imperial Tobacco Ltd y otros</i>
8.3.2001	C-405/98	<i>Konsumentombudsmannen c. Gourmet International Products AB</i>
5.4.2001	C-123/00	<i>Proceso penal contra Christina Bellamy y English Shop Wholesale SA, responsable civil</i>
21.1.2003	C-318/00	<i>Bacardi-Martini SAS y Cellier des Dauphins c. Newcastle United Football Company Limited</i>
23.10.2003	C-245/01	<i>RTL Television GmbH y Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk</i>
25.3.2004	C-71/02	<i>Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH y Troostwijk GmbH</i>
15.7.2004	C-345/02	<i>Pearle BV y otros c. Hoofdbedrijfschap Ambachten</i>
12.12.2006	C-380/03	<i>Alemania c. Parlamento y Consejo de la Unión Europea</i>

Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas

<i>Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
28.3.2001	T-144/99	<i>Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes c. Comisión</i>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Asunto</i>	<i>Fecha</i>	<i>Núm. Recurso</i>
<i>Handyside c. Reino Unido</i>	7.12.1976	5493/72
<i>Barthold c. República Federal de Alemania</i>	25.3.1985	8734/79
<i>Lingens c. Austria</i>	8.7.1986	9815/82
<i>Müller y otros c. Suiza</i>	24.5.1988	10737/84
<i>Markt intern Verlag GmbH y Klaus Beermann c. República Federal de Alemania</i>	20.11.1989	10572/83
<i>Observer and Guardian c. Reino Unido</i>	26.11.1991	13585/88
<i>Castells c. España</i>	23.4.1992	11798/85
<i>Thorgeir Thorgeirson c. Islandia</i>	25.6.1992	13778/88
<i>Colman c. Reino Unido</i>	28.6.1993	16632/90
<i>Casado Coca c. España</i>	24.2.1994	15450/89
<i>Jacobowski c. Alemania</i>	23.6.1994	15088/89
<i>Otto-Preminger-Institut c. Austria</i>	20.9.1994	13470/87
<i>Wingrove c. Reino Unido</i>	25.11.1996	17419/90
<i>Schöpfer c. Suiza</i>	20.5.1998	25405/94
<i>Hertel c. Suiza</i>	25.8.1998	25181/94
<i>Klaus Lindner c. Alemania</i>	9.3.1999	32813/96
<i>Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) c. Suiza</i>	12.4.2001	43524/98

<i>Vgt, Verein gegen Tierfabriken c. Suiza</i>	28.6.2001	24699/94
<i>Stambuk c. Alemania</i>	17.10.2002	37928/97
<i>Demuth c. Suiza.</i>	5.11.2002	38743/97
<i>Roy Murphy c. Irlanda</i>	10.7.2003	44179/98
<i>Krone Verlag GmbH & CoKG c. Austria</i>	11.12.2003	39069/97
<i>Steel and Morris c. Reino Unido</i>	15.2.2005	68426/01

Comisión Europea de Derechos Humanos

<i>Asunto</i>	<i>Fecha</i>	<i>Núm. Recurso</i>
<i>X y Sociedad Z c. Reino Unido</i>	4.12.1978	8266/78
<i>Pastor X e Iglesia de la Cienciología c. Reino de Suecia</i>	5.5.1979	7805/77
<i>Liljenberg c. Reino de Suecia</i>	1.3.1983	9664/82
<i>Jean Alexandre y otros c. Francia</i>	10.12.1987	10267/83
<i>R. GmbHgMBh c. República Federal de Alemania</i>	8.11.1990	16555/90
<i>Walter-Georg Hempfing c. República Federal de Alemania</i>	7.3.1991	14622/89
<i>K. c. República Federal de Alemania</i>	2.7.1991	17006/90
<i>Röda Korsets Ungdomsförbund, Gnesta y Moderata Samlingspartiet, Trosa-Vagnhärads c. Suecia</i>	10.2.1992	17227/90
<i>Nederlandse Omroepprogramma Stichting c. Holanda</i>	13.10.1993	16844/90
<i>Ingrid Janssen c. Alemania</i>	31.8.1994	21554/93
<i>Evora B.V. c. Holanda</i>	3.12.1997	32601/96

ESTADOS UNIDOS

U.S. Supreme Court

<i>Caso</i>	<i>Referencia</i>	<i>Año</i>
<i>Lochner v. New York</i>	198 U.S. 45	1905
<i>Toledo Newspaper Co. v. United States</i>	247 U.S. 402	1918
<i>Schenck v. United States</i>	249 U.S. 47	1919
<i>Debs v. United States</i>	249 U.S. 211	1919
<i>Abrams v. United States</i>	250 U.S. 616	1919
<i>Whitney v. California</i>	274 U.S. 357	1927
<i>United States v. Carolene Products Co</i>	304 U.S. 144	1938
<i>Chaplinsky v. New Hampshire</i>	315 U.S. 568	1942
<i>Valentine v. Chrestensen</i>	316 U.S. 52	1942
<i>Murdock v. Pennsylvania</i>	319 U.S. 105	1943
<i>Winters v. New York</i>	333 U.S. 507	1948
<i>Dennis v. United States</i>	341 U.S. 494	1951
<i>Breard v. City of Alexandria</i>	341 U.S. 622	1951
<i>Brown v. Board of Education</i>	347 U.S. 483	1954
<i>Williamson v. Lee Optical</i>	348 U.S. 483	1955
<i>New York Times Co. v. Sullivan</i>	376 U.S. 254	1964
<i>Lamont v. Postmaster General</i>	381 U.S. 301	1965

<i>Schneider v. Smith</i>	390 U.S. 17	1968
<i>United States v. O'Brien</i>	391 U.S. 367	1968
<i>Brandenburg v. Ohio</i>	395 U.S. 444	1969
<i>Cohen v. California</i>	430 U.S. 15	1971
<i>Roe v. Wade</i>	410 U.S. 113	1973
<i>Gooding v. Wilson</i>	405 U.S. 518	1972
<i>Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo</i>	418 U.S. 241	1974
<i>Gertz v. Robert Welch Inc.</i>	418 U.S. 323	1974
<i>Bigelow v. Virginia</i>	421 U.S. 809	1975
<i>Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc</i>	425 U.S. 748	1976
<i>Carey v. Population Services International</i>	431 U.S. 678	1977
<i>Bates v. State Bar of Arizona</i>	433 U.S. 350	1977
<i>First National Bank of Boston v. Bellotti</i>	435 U.S. 765	1977
<i>In re Primus</i>	436 U.S. 412	1978
<i>Ohralik v. Ohio State Bar</i>	436 U.S. 447	1978
<i>Friedman v. Rogers</i>	440 U.S. 1	1979
<i>Central Hudson Gas and Electricity Corp. v. Public Service Commission</i>	447 U.S. 557	1980
<i>Metromedia Inc. v. City of San Diego</i>	453 U.S. 490	1981
<i>Bolger v. Youngs Drug Prods. Corp.</i>	463 U.S. 60	1983
<i>Bose Corp. v. Consumers Union of the United States, Inc.</i>	466 U.S. 485	1984
<i>Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council et. al.</i>	467 U.S. 837	1984
<i>Zauderer v. Office of Disciplinary Counsel of Supreme Court of Ohio</i>	471 U.S. 626	1985
<i>Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co.</i>	478 U.S. 328	1986
<i>Hustler Magazine v. Falwell</i>	485 U.S. 46	1988
<i>Shapero v. Kentucky Bar Association</i>	486 U.S. 466	1988
<i>City of Lakewood v. Plain Dealer Publishing Co.</i>	486 U.S. 750	1988
<i>Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises</i>	486 U.S. 888	1988
<i>Board of Trustees of State University of New York v. Fox</i>	492 U.S. 469	1989
<i>Peel v. Attorney Registration and Disciplinary Commission</i>	496 U.S. 91	1990
<i>City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc. et al.</i>	507 U.S. 410	1993
<i>Edenfield v. Fane</i>	507 U.S. 761	1993
<i>Ibañez v. Florida Department of Business & Professional Regulation</i>	512 U.S. 136	1994
<i>Rubin v. Coors Brewing Co.</i>	514 U.S. 476	1995
<i>Florida Bar v. Went For It, Inc.</i>	515 U.S. 618	1995
<i>44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island</i>	517 U.S. 484	1996
<i>Glickman v. Wileman Brothers & Elliott Inc.</i>	521 U.S. 457	1997
<i>FDA v. Brown & Williamson Tobacco Corp.</i>	529 U.S. 120	2000
<i>United States and Department of Agriculture. v. United Foods, Inc.</i>	533 U.S. 405	2001
<i>Lorillard Tobacco Co et al. v. Reilly, Attorney General of Massachusetts</i>	533 U.S. 525	2001
<i>Nike Inc. v. Kasky</i>	539 U.S. 654	2003
<i>Johanns v. Livestock Marketing Associations</i>	544 U.S. 550	2005
<i>Tennessee Secondary School Athletic Ass'n v. Brentwood Academy</i>	551 U.S. ___	2007

ALEMANIA

Tribunal Constitucional (BVerfG)

<i>Referencia</i>	<i>Fecha</i>	<i>Núm. Recurso</i>	<i>Asunto</i>
BVerfGE 17, 306			
BVerfGE 21, 271	4.4.1967	1 BvR 414/64	<i>Südkurier</i>
BVerfGE 30, 292	16.3.1971	1 BvR 52, 665, 667, 754/66	<i>Erdölbevorratung</i>
BVerfGE 33, 125	9.5.1972	1 BvR 518/62, 308/64	<i>Facharzt</i>
BVerfGE 40, 371	10.12.1975	1 BvR 118/71	<i>Werbefahrten</i>

BVerfGE 51, 193	22.5.1979	1 BvL 9/75	Schloßberg
BVerfGE 57, 121	13.5.1981	1 BvR 610/77, 451/80	Bezeichnung als Fachanwalt
BVerfGE 60, 215	20.4.1982	1 BvR 522/78	Werbeverbot für Steuerberatern
BVerfGE 64, 108	10.5.1983	1 BvR 385/82	Chiffreanzeige
BVerfGE 71, 162	19.11.1985	1 BvR 934/82	Autobiographisches Buch von Arzt
BVerfGE 71, 183	19.11.1985	1 BvR 38/78	Sanatoriumwerbung
BVerfGE 74, 297	24.3.1987	1 BvR 147, 478/86	Landesmediengesetz Baden-Württemberg
BVerfGE 76, 171	14.6.1987	1 BvR 537/81, 195/87	Standesrichtlinien
BVerfGE 76, 196	14.6.1987	1 BvR 362/79	Rechtsanwalts Anzeige an die Presse
BVerfGE 77, 240	3.11.1987	1 BvR 1257/84, 861/85	Herrnburger Bericht
BVerfGE 82, 18	4.4.1990	1 BvR 750/87	Kammerrechtsbeistand
BVerfGE 84, 372	9.10.1991	1 BvR 397/87	Steuerberaternverein
BVerfGE 85, 248	11.2.1992	1 BvR 1531/90	Arzt Interview
BVerfG, NJW 1992, 1614	18.2.1992	1 BvR 1146/91	Werbung von Rechtsanwältin
BVerfG NJW 1994, 1591	15.12.1993	1 BvR 410/88	Werbeverbot für Ärzte
BVerfG NJW 1994, 3342	27.5.1994	1 BvR 916/94	Mars-Kondom
BVerfG, NJW 1995, 775	5.12.1994	1 BvR 1229/90	Anwaltswerbung
BVerfGE 94, 372	22.5.1996	1 BvR 744/88, 60/89, 1519/91	Apothekenwerbung
BVerfGE 95, 173	22.1.1997	2 BvR 1915/91	Tabakwarnhinweise
BVerfG NJW 2000, 2734	4.7.2000	1 BvR 547/99	Werbung für eine Zahnklinik
BVerfGE 102, 347	12.12.2000	1 BvR 1762, 1787/95	Benetton I
BVerfG NJW 2001, 3403	1.8.2001	1 BvR 1188/92	Therapeutische Äquivalenz
www.bverfg.de	6.2.2002	1 BvR 952/90, 2151/96	Tierfreundliche Mode
www.bverfg.de	18.2.2002	1 BvR 1644/01	Tierarzt Werbung
NJW 2003, 277	7.11.2002	1 BvR 580/02	JUVE-Handbuch
www.bverfg.de	21.11.2002	1 BvR 1965/02	Anwaltswerbung
www.bverfg.de	18.12.2002	1 BvR 2118/96	Preisvergleichen
www.bverfg.de	11.2.2003	1 BvR 1972/00, 70/01	Apothekenwerbung für Ärzte
BVerfGE 107, 275	11.3.2003	1 BvR 426/02	Benetton II
www.bverfg.de	17.7.2003	1 BvR 2115/02	Gefäßklinik
NJW 2003, 2816	4.8.2003	1 BvR 2108/02	Sportliche Rechtsanwältin
www.bverfg.de	26.8.2003	1 BvR 1003/02	Internet Werbung für Zahnärzte
www.bverfg.de	26.9.2003	1 BvR 1607/02	Dentalästhetica
www.bverfg.de	11.3.2004	1 BvR 517/99, 313/99	Auto Bild
NJW 2004, 3765	26. 10. 2004	1 BvR 981/00	Werbung einer Steuerberaterkanzlei auf Straßenbahnwagen
NJW 2004, 3765	27. 10. 2004	1 BvR 2292/04	Werbung mit festen Gebührensätzen einer Anwaltskanzlei

Tribunal Supremo (BGH)

<i>Referencia</i>	<i>Fecha</i>	<i>Núm. Recurso</i>	<i>Asunto</i>
BGH GRUR 1965, 485	19.2.1965	Ib ZR 45/63	Versehrten Betrieb
BGH GRUR 1980, 800	27.2.1980	I ZR 155/77	Schwerbeschädigtenhilfe e.V.
BGH GRUR 1987, 534	12.3.1987	I ZR 40/85	McHappy Day
BGH NJW 1991, 701	18.10.1990	I ZR 113/89	Biowerbung
BGH NJW 1991, 1228	29.11.1990	I ZR 241/88	Tageseinnahmen für Mitarbeiter
BGH GRUR 1995, 742	9.2.1995	I ZR 44/93	Arbeitsplätze bei uns
BGH NJW 1995, 2492	6.7.1995	I ZR 180/94, 110/93	Benetton I
BGH NJW 2002, 1200	6.12.2001	I ZR 284/00	Benetton II
BGH JuS 2004, 920	20.11.2003	I ZR 120/00	Zeitung zum Sonntag

BIBLIOGRAFÍA

- Hans Jürgen AHRENS, "Benetton und Busengrapscher –ein Test für die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeitsklausel und die Meinungsfreiheit", *JZ* 1995.
- George AKERLOF, "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", 84 *Q. J. Econ.* 488 (1970).
- George AKERLOF y Rachel KRANTON, "Economics and Identity", 115 *Q.J.Econ.* 715 (2000).
- Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil, I, Introducción y parte general*, 15ª ed., Bosch, Barcelona, 2002.
- Thomas Alexander ALEINIKOFF, "Constitutional Law in the Age of Balancing", 96 *Yale L.J.* 943 (1985).
- Lawrence ALEXANDER y Paul HORTON, "The Impossibility of a Free Speech Principle", 78 *Nw. U. L. Rev.* 1319 (1983).
- Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, Baden-Baden, 1985 [traducción al español de Ernesto GARZÓN VALDÉS, *Teoría de los derechos fundamentales*, 3ª reimp., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002].
- *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.
- "La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático", *Derechos y Libertades*, núm. 8, 2000, pp. 21-42.
- Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Valoración de una tesis sobre el régimen de las Cajas de Ahorro. Recensión a Anabelén Casares Marcos, *Cajas de Ahorro: Naturaleza jurídica e intervención pública*, Tirant lo Blanc, Valencia 2003", *InDret* 1/2004 (www.indret.com).
- Ricardo ALONSO GARCÍA, "El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", *Cuadernos de derecho público*, núm. 13, 2001, pp. 11-44.
- Karen J. ALTER, "Agents or Trustees? International Courts in their Political Context", *Transtate Working Paper No. 8* (2005) [disponible en www.ssrn.com].
- Akhil Reed AMAR, "Intratextualism", 112 *Harvard Law Review* 747 (1999).
- Soontae AN, "From a Business Pursuit to a Means of Expression: The Supreme Court's Disputes Over Commercial Speech from 1942 to 1976", 8 *Communication Law and Policy*, Spring 2003.
- Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994.

- Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG y María del Carmen BARRANCO AVILÉS, “Medicamentos y derecho a la información”, *Actualidad del derecho sanitario*, núm. 114, 2005, pp. 179-192.
- Manuel ARAGÓN REYES, “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho a la información”, *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1999, pp. 13-36.
- Yutaka ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Amberes/Oxford/New York, 2002.
- Robert B. ARCHIBALD, Clyde HAULMAN y Carlisle MOODY, “Quality, Price, Advertising and Published Quality Ratings”, *Journal of Consumer Research*, 9, March 1983.
- Benito ARRUÑADA, “Colegios profesionales y diseño institucional”, *Economistas* 63, pp. 86-90 (1995).
— *Teoría Contractual de la Empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- Matej AVBELJ, “European Court of Justice and the Question of Value Choices. Fundamental human rights as an exception to the freedom of movement of goods”, *Jean Monnet Working Paper* 06/2004 (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040601.pdf>).
- Amitai AVIRAM, “Regulation by Networks”, *University of Chicago Law School. John M. Olin Law & Economics Working Papers (2d Series)*, WP No. 181 (2003).
- Silvia BARONA VILAR, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia, 1999.
- Kyle BAGWELL, “The Economic Analysis of Advertising”, agosto de 2005 (<http://www.columbia.edu/~kwb8/adchapterPost082605.pdf>, consultado en 15.2.2007).
- C. Edwin BAKER, “Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom”, 62 *Iowa L. Rev.* 1 (1976).
— “Scope of the First Amendment Freedom of Speech”, 25 *UCLA Law Review* 964 (1978).
— *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1989.
— *Advertising and a Democratic Press*, Princeton University Press, Princeton, 1994.
— “Paternalism, Politics, and Citizen Freedom: The Commercial Speech Quandary in Nike”, 54 *Case W. Res. L. Rev.* 1161 (2004).
- Onder BAKIRCIOGLU, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases”, 8 *German Law Journal* 711 (2007).
- Jack M. BALKIN, “Some Realism About Pluralism: Legal Realists Approaches to the First Amendment”, 1990 *Duke L. J.* 375 (1990).
— “Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society”, 79 *NYU L. Rev.* 1 (2004).

- Eric BARENDT, *Freedom of Expression*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford/New York, 2005.
- Margreth BARRETT, "Domain Names, Trademarks and the First Amendment: Searching for Meaningful Boundaries", 39 *Conn. L. Rev.*__ (2007) [disponible en www.ssrn.com].
- Francisco J. BASTIDA FREIJEDO, Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, Paloma REQUEJO RODRÍGUEZ, Miguel Ángel PRESNO LINERA, Benito ALÁEZ CORRAL e Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- Jean BAUDRILLARD, *Crítica de la economía política del signo*, Siglo XXI, México DF, 1991.
- Adolf BAUMBACH (Begr.) y Wolfgang HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze*, 22. Auflage, Beck, München, 2001.
- Axel BEATER, *Unlauterer Wettbewerb*, C.H. Beck, München, 2002.
- Sönke BECKER, *Parodie und Kommerz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des amerikanischen und deutschen Urheber- und Markenrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 2004.
- Frédéric BEIGBEDER, *99 francs*, Éditions Grasset, Paris, 2000.
- Lee BENHAM, "The Effects of Advertising on the Price of Eyeglasses", 15 *Journal of Law and Economics* 337 (1972).
- Yochai BENKLER, "Siren Songs and Amish Children: Autonomy, Information, and Law", 76 *N.Y.U. L. Rev.* 23 (2001).
 — *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, New Haven/Londres, 2006.
- Eyal BENVENISTI, "Margin of appreciation, consensus, and universal standards", *International Law and Politics*, Vol. 31, 1999, pp. 843-854.
- Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Linda L. BERGER, "What is the sound of a corporation speaking? How the cognitive theory of metaphor can help lawyers shape the law", 2 *Journal of the Association of Legal Writing Directors* 169 (2004).
- Vincent BERGER, "Publicité professionnelle et liberté d'expression", en Paul MAHONEY, Franz MATSCHER, Herbert PETZOLD y Luzius WILDHABER, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia/Berlin/Bonn/Munich, 2000, pp. 113-114.
- Walter BERKA y Harald STOLZLECHNER, *Öffentlichkeitskontakte von Anwälten, Meinungsfreiheit und Werbeverbot*, Manzsche Verl.-Buchh., W., Mai 1998.

- Mitchell N. BERMAN, "Commercial Speech and the Unconstitutional Conditions Doctrine: A Second Look at «The Great Includes the Lesser»", 55 *Vanderbilt Law Review* 693 (2002).
- Friedrich BERNREUTHER, "Das Vertragsangebot in der Werbung", *WRP* 7/2003, 846 (2003).
- Norbert BERNSDORFF, "Artikel 11", en Jürgen MEYER (Hrsg.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, pp. 182-192.
- Lillian R. BEVIER, "The First Amendment and Political Speech: An Inquiry into the Substance and Limits of Principle", 30 *Stanford Law Review* 299 (1978).
- "Competitor Suits for False Advertising Under Section 43(a) of the Lanham Act: A Puzzle in the Law of Deception", 78 *Virginia Law Review* 1 (1992).
 - "The Invisible Hand of the Marketplace of Ideas", en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey R. STONE (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2002, pp. 232-255.
- Richard B. BIAGI, "The Intersection of First Amendment Commercial Speech Analysis and the Federal Trademark Dilution Act: A Jurisprudential Roadmap", 91 *The Trademark Reporter* 867 (2001).
- Vincent BLASI, "The Pathological Perspective and the First Amendment", 85 *Columbia Law Review* 449 (1985).
- "Mill and Freedom of Expression", en Leonard W. LEVY y Kenneth L. KARST (Eds.), *Encyclopedia of the American Constitution*, 2ª ed., MacMillan Reference USA, New York, 2000, pp. 1730-1731.
 - "Free Speech and Good Character: From Milton to Brandeis to the Present", en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey R. STONE (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2002, pp. 61-95.
- Joseph BLOCHER, "Institutions and the Marketplace of Ideas", 57 *Duke Law Journal* 101 (2007).
- Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993 (Traducción al español de Juan Luis REQUEJO PAGÉS e Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ).
- L. BOISSON DE CHAZOURNES, "Publicité commerciale et liberté d'expression dans le cadre du Conseil de l'Europe", *Revue Générale de Droit International Public* 92 (1988), p.929.
- Lee C. BOLLINGER y Geoffrey R. STONE (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2002.
- Robert H. BORK, "Neutral Principles and some First Amendment Problems", 47 *Indiana Law Journal* 20 (1971).
- *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Free Press, New York, 1990.
 - "Activist FDA Threatens Constitutional Speech Rights", 11 *Legal Backgrounder* No. 2 (1996).

- Hans Erich BRANDNER, "Imagewerbung mit dem World Trade Center? - Werbung zwischen Sittenwidrigkeit und Meinungsfreiheit", *Festschrift für Willi Erdmann - Zum 65. Geburtstag*, 2002.
- Kurt R. BREKKE y Michael KUHN, "Direct-to-Consumer Advertising in Pharmaceutical Markets" 25 *Journal of Health Economics* 102 (2006) [también disponible en www.ssrn.com].
- Albert BRETON y Ronald WINTROBE, "Freedom of Speech vs. Efficient Regulation in Markets for Ideas", 17 *Econ. Behav. & Org.* 217 (1992).
- Paul H. BRIETZKE, "How and Why the Marketplace of Ideas Fails", 31 *Val. U. l. Rev.* 951 (1997).
- Steven G. BRODY y Bruce E. H. JOHNSON, *Advertising and Commercial Speech*, 2ª ed., Practising Law Institute, 2004.
- Victor BRUDNEY, "Business Corporations and Stockholders' Rights Under the First Amendment", 91 *Yale L. J.* 235 (1981).
- Gráinne DE BÚRCA y Oliver GERSTENBERG, "The Denationalization of Constitutional Law", 47 *Harvard International Law Journal* 243 (2006), p.252-253.
- Jason CADE, "If the Shoe Fits: *Kasky v. Nike* and Whether Corporate Statements About Business Operations Should Be Deemed Commercial Speech", 70 *Brook. L. Rev.* 247 (2004-2005).
- John E. CALFEE, *Fear of Persuasion. A New Perspective on Advertising and Regulation*, Agora-American Enterprise Institute Press, Monnaz, 1997.
- *Public Policy Issues in Direct-to-Consumer Advertising of Prescription Drugs*, American Enterprise Institute, Washington, 2002 (disponible en <http://www.ftc.gov/ogc/healthcare/calfeedtcjppm.pdf>).
- M. Ryan CALO, "Note. Scylla or Charybdis: Navigating the Jurisprudence of Visual Clutter", 103 *Mich. L. Rev.* 1877 (2004-2005).
- Edmond CAHN, "Justice Black and First Amendment «Absolutes»: A Public Interview", 37 *N.Y.U. L. Rev.* 549 (1962).
- Colin CAMERER *et al.*, "Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for «Asymmetric Paternalism»", 151 *U. Pa. L. Rev.* 1211 (2003).
- Evan H. CAMINKER, "Sincere and Strategic Voting Norms on Multimember Courts", 97 *Mich. L. Rev.* 2297 (1999).
- Michal K. CANTWELL, "Confusion, Dilution and Speech: First Amendment Limitations on the Trademark Estate: An Update, 94 *The Trademark Reporter* 547 (2004).
- Marc CARRILLO LÓPEZ, "Libertad de expresión y derechos de la personalidad", en Alessandro PIZZORUSSO (Coord.), *Libertad de manifestación de pensamiento y*

jurisprudencia constitucional. Doctorado 'Justicia constitucional y derechos fundamentales', Lipari, 1-2 de octubre de 2004, Giuffrè-Tirant lo Blanch, Milán-Valencia, 2005, pp. 5-26.

Andreu CASERO RIPOLLÉS, "El modelo informativo de los diarios locales gratuitos en Barcelona" en Rafael LÓPEZ LITA, Francisco FERNÁNDEZ BELTRÁN y Ángeles DURÁN MAÑÉS (Eds.), *La prensa local y la prensa gratuita*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, pp. 275-286.

Ronald A. CASS, "Commercial Speech, Constitutionalism, Collective Action", 56 *University of Cincinnati Law Review* 1317 (1987-1988).

Zechariah CHAFEE JR., *Freedom of Speech*, Harcourt, Brace and Howe, New York, 1920.

Martin CHAKRABORTY, "Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht", Dissertation, Schriftreihe der UFITA, Band 143, Baden-Baden, 1997.

Edward CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1933.

Keith W. CHAUVIN y James P. GUTHRIE, "Labor Market Reputation and the Value of the Firm", 15 *Managerial and Decision Economics* 543 (1994).

John CHRISTMAN, "Constructing the Inner Citadel: Recent Work on the Concept of Autonomy", 99 *Ethics* 109 (1988).

Dirk CLASSEN, *Die wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Beurteilung produktunabhängiger Wirtschaftswerbung. Darstellung am Beispiel der Benetton-Rechtsprechung des BGH und BVerfG*, C.H. Beck, München, 2006.

Ronald H. COASE, "The Problem of Social Cost", 3 *J.L. & Econ.* 1 (1960).

— "The Economics of the First Amendment: The Market for Goods and the Market for Ideas", 64 *Am. Econ. Rev. Proc.* 384 (1974).

— "Advertising and Free Speech", en Allen Hyman y M. Bruce Johnson, *Advertising and Free Speech*, Lexington Books, Lexington (Mass.)/Toronto, 1977, pp. 1-33.

— "Advertising and Free Speech", 6 *Journal of Legal Studies* 1 (1977).

Joshua COHEN, "Freedom of Expression", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 22, no. 3 (1993), pp. 207-63.

Gérard COHEN-JONATHAN, "Liberté d'expression et message publicitaire", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 4, 1993, pp. 69 y ss.

— "Article 10", en Louis Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX y Pierre Henri IMBERT (Eds.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article per article*, Economica, Paris, 1995.

Ronald K.L. COLLINS y David M. SKOVER, "Commerce and Communication", 71 *Texas Law Review* 697 (1993).

— *The Death of Discourse*, Westview Press, Boulder (Colorado), 1996.

— "The Landmark Free-Speech Case That Wasn't: The Nike v. Kasky Story", 54 *Case Western Reserve Law Review* 965 (2004).

- CONSEJO DE EUROPA, *Freedom of Expression in Europe. Case Law concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files No. 18, Council of Europe, Revised edition, 2002.
- Benjamin CONSTANT, *Escritos Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Rosemary J. COOMBE, "Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property Law and Democratic Dialogue", 69 *Tex. L. Rev.* 1853 (1991).
- Robert D. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 2000.
- Robert COOTER y Thomas ULLEN, *Law and Economics*, 4ª ed., Pearson Addison Wesley, Boston, 2004.
- Richard A. CRASWELL, "Interpreting Deceptive Advertising", 65 *Boston University Law Review* 657 (1985).
- Juan Antonio CREMADES SANZ-PASTOR, "La publicidad del abogado", *La Ley*, 1994-2, 1121.
- Mercedes CURTO POLO, "Notas sobre la publicidad engañosa y su tratamiento jurisprudencial", *Aranzadi Civil* núm. 17/2000.
- Maria Mercè DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y derecho público. La autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005.
- Rainer DECHSLING, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handels*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1989.
- Tomás DE DOMINGO PÉREZ, *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- Christoph DEGENHART en Rudolf DOLZER, Klaus VOGEL y Karin GRABHOF (Eds), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg, Gegründet 1950, 111. Lieferung: Mai 2004, Art. 5 Abs. 1 und 2 (88. Lfg.: Februar 1999).
- José María DE LA CUESTA RUTE, *Curso de derecho de la publicidad*, EUNSA, Navarra, 2002.
- "Un límite al poder autorregulador de autocontrol de la publicidad", *Cuadernos de Derecho y Comercio* núm. 43 (2005), pp. 11-36.
 - "Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del Derecho de la Competencia (A propósito de la Resolución del TDC de 20 de enero de 2004)", *RDM* núm. 256 (2005), pp. 675-696.
- Francisco DELGADO PIQUERAS, "Exacciones obligatorias para la financiación de campañas publicitarias y ayudas de Estado (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de julio de 2004, «Caso Pearle»)", *GJ* núm. 240, Noviembre/Diciembre 2005, pp. 19- 34.
- Stefano DELLA VIGNA y Ulrike MALMENDIER, "Contract Design and Self-Control: Theory and Evidence", 119 *Quarterly Journal of Economics* 353 (2004).

- Antonio DEL MORAL GARCÍA, "La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal", *Revista de Autocontrol* núm. 78, septiembre 2003.
- José Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ y Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, "El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales", *RDCE* núm. 2, 1997, pp. 239-376.
- Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO, "Prohibiciones de la publicidad del tabaco: impacto de la armonización europea e internacional", *Diario La Ley* núm. 6661, 28.2.2007.
- Robert C. DENICOLA, "Trademarks as Speech: Constitutional Implications of the Emerging Rationales for the Protection of Trade Symbols", 1982 *Wisc. L. Rev.* 158 (1982).
- Ignacio DE OTTO Y PARDO, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en Lorenzo MARTÍN RETORTILLO BAQUER y Ignacio DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 95 y ss.
- Antonio DESCALZO GONZÁLEZ, *Principio de veracidad y política pública en el mercado de la publicidad comercial*, Dykinson, Madrid, 2003.
- P. Cameron DEVORE y Steven G. BRODY, "Advertising and Commercial Speech", 680 *Practising Law Institute /Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series* 199 (Noviembre de 2001).
- Reza R. DIBADJ, "The Political Economy of Commercial Speech", 58 *South Carolina Law Review* 913 (2007).
- Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.
- "Contratos de consumo y derecho de contratos", *ADC* núm. 59 (2006), pp. 11-28.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª ed., Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007.
- Luis María DIEZ-PICAZO, "Publicidad televisiva y derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 17, Núm. 50. Mayo-Agosto 1997, p. 61-76.
- *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2005.
- Udo DI FABIO, "Produkte als Träger fremder Meinungen", *NJW* 1997, 2863 f.
- Shahar J. DILBARY, "Famous Trademarks and the Rational Basis for Protecting «Irrational Beliefs»", Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 285 (2006) [disponible en www.ssrn.com].
- Aaron DIRECTOR, "The Parity of the Economic Market Place", 7 *J.L. & Econ.* 1 (1964).
- Michelle DOBRUSIN, "Crass Commercialism: Is It Public Debate or Sheer Profit? The Controversy of *Kasky v. Nike*", 24 *Whittier Law Review* 1139 (2003).

- William S. DODGE, "Weighing the Listener's Interests: Justice Blackmun's Commercial Speech and Public Forum Opinions", 26 *Hastings Const. L. Q.* 165 (1998).
- Dimitrios DOUKAS, *Werbefreiheit und Werbebeschränkungen: Eine europa- und grundrechtliche Untersuchung der Kontrollmaßstäbe für der Beschränkungen der kommerziellen Kommunikation, dargestellt am EG-Recht, an der EMRK, am deutschen Grundgesetz und an der griechischen Verfassung*, Nomos, Baden Baden, 2005.
- David R. DOW, "The Moral Failure of the Clear and Present Danger Test", 6 *William and Mary Bill of Rights Journal* 733 (1998).
- Anthony DOWNS, *An Economic Theory of Democracy*, Harper Collins, New York, 1957.
- Josef DREXL, "Die Einwirkung der Grundrechte auf die Auslegung der Generalklauseln des UWG", en Gerhard SCHRICKER y Frauke HENNING-BODEWIG (Hrsg.), *Neuordnung des Wettbewerbsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1998-1999, pp. 163-198.
- Gerald DWORKIN, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge/New York, 1988.
- "Paternalism" en Edward N. ZALTA (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, entrada revisada en 2005 (<http://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>).
- Ronald M. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1978 (traducción española: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984).
- Edward J. EBERLE, "Practical Reason: The Commercial Speech Paradigm", 42 *Case W. Res. L. Rev.* 411 (1992).
- Jon ELSTER "Functional Explanation In Social Science", en Lee C. MCINTYRE y Michael MARTIN (eds.), *Readings in the Philosophy of the Social Sciences*, MIT Press, Cambridge (MA), 1994; pp. 403-414.
- John H. ELY, "Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis", 88 *Harv. L. Rev.* 1482 (1975).
- *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, 1980.
- José Miguel EMBID IRUJO, "La competencia desleal en el derecho español", *Cuadernos de Derecho y Comercio* núm. 24 (1997).
- Thomas EMERSON, *The System of Freedom of Expression*, Random House, New York, 1970.
- "First Amendment Doctrine and the Burger Court", 68 *California Law Review* 422 (1980).
- Richard EPSTEIN, "The Independence of Judges: The Uses and Limitations of Public Choice Theory", 1990 *BYU L. Rev.* 827 (1990).
- "Property, Speech and the Politics of Distrust", 59 *University of Chicago Law Review* 41 (1992).
- "Behavioral Economics: Human Errors and Market Corrections", 73 *U. Chi. L. Rev.* 111 (2006).

- William N. ESKRIDGE JR, *Dynamic Statutory Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge, 1994.
- William N. ESKRIDGE y Philip P. FRICKEY, "Foreword: Law as Equilibrium", 108 *Harv. L. Rev.* 26 (1994).
- FACUA, *Persuasores ocultos* (<http://www.facua.org/persuasoresocultos>).
- Richard H. FALLON, "Making Sense of Overbreadth", 100 *Yale Law Journal* 853 (1991).
— "Two Senses of Autonomy", 46 *Stan. L. Rev.* 875 (1994).
- Daniel A. FARBER, "Commercial Speech and First Amendment Theory", 74 *Northwestern University Law Review* 374 (1979-1980).
— "Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment", 105 *Harvard Law Review* 554 (1991).
— "Expressive Commerce in Cyberspace: Public Goods, Network Effects, and Free Speech", 16 *Georgia State University Law Review* 790 (1999-2000).
— *The First Amendment*, 2nd ed., The Foundation Press, New York, 2003.
- Daniel A. FARBER y Philip P. FRICKEY, "Practical Reason and the First Amendment", 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1615 (1987).
- E. Allan FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, 3rd ed., Aspen Publishers, New York, 2004.
- FEDERAL TRADE COMMISSION, *Comments of the Staff of the Bureau of Economics, The Bureau of Consumer Protection, and the Office of Policy Planning of the Federal Trade Commission Before The Department of Health and Human Services, Food and Drug Administration, in the Matter of Request for Comment on First Amendment Issues*, Docket No. 02n-0209, September 2002 (<http://www.ftc.gov/os/2002/09/fdatextversion.pdf>, consultado el 15.12.2004).
- Joel FEINBERG, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1984.
- Jay M. FEINMAN y Stephen R. BRILL, "Is an Advertisement an Offer? Why It Is, and Why It Matters", 58 *Hastings L. J.* 61 (2006).
- John FERREJON, "Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence", 72 *Cal. L. Rev.* 353 (1999).
- John A. FERREJOHN y Richard R. WEINGAST, "A Positive Theory of Statutory Interpretation", 12 *Int. Rev. of L.&Econ.* 263 (1992).
- Carlos FERNÁNDEZ NOVOA, "La publicidad encubierta", en *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Unversidade de Santiago de Compostela, 1989, pp. 183 y ss.
- María del Rosario FERNANDO MAGARZO, "La utilización publicitaria de *metatags* y *adwords*: algunas notas en torno a la jurisprudencia reciente", *Revista de Autocontrol*, núm. 71, 2004.
— "Nociones básicas sobre la regulación jurídica de la publicidad de medicamentos de uso humano", *Revista de Autocontrol*, núm. 99, julio-agosto 2005;

- Víctor FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- Karl-Heinz FEZER, "Imagewerbung mit gesellschaftskritischen Themen in Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit", *NJW* 2001, 580 und ff
- Stanley FISH, "The Dance of Theory", en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey R. STONE (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, The University of Chicago Press, Chicago y Londres, 2002, pp. 199- 231.
- Owen M. FISS, "Free Speech and Social Structure", 71 *Iowa L. Rev.* 1405 (1986).
- *The Irony of Freedom of Speech*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 1996 (traducción española de Víctor FERRERES COMELLA y Jorge MALEM SEÑA, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999).
- *Liberalism Divided: Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Westview Press, Boulder, 1996.
- Kathy R. FITZPATRICK, "The Legal Challenge of Integrated Marketing Communications (IMC): Integrating Commercial and Political Speech", 34 *Journal of Advertising* 93 (2005).
- Heidi C. FLETEMEYER, "The First Amendment and Newspaper Vending Machine Regulation", 69 *University of Colorado Law Review* 223 (1998).
- Juan Ignacio FONT GALÁN, "La integración publicitaria del contrato, un instrumento de Derecho Privado contra la publicidad engañosa", *Cuadernos de Derecho y Comercio* núm. 4 (1988), pp. 7 y ss.
- Laurent B. FRANTZ, "The First Amendment in the Balance", 71 *Yale Law Journal* 1424 (1962).
- Charles FRIED, "The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty", 59 *U. Chi. L. Rev.* 225 (1992).
- Barry FRIEDMAN, "The Birth of an Academia Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five", 112 *Yale L. J.* 153 (2002).
- "The Politics of Judicial Review", 84 *Texas Law Review* 257 (2005).
- GABINETE DE ESTUDIOS DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL, *Informe sobre la Televisión 2004*, GECA, Madrid, 2004.
- John Kenneth GALBRAITH, *The Affluent Society*, Houghton-Mifflin Co., Boston (MA), 1958.
- *The New Industrial State*, Houghton-Mifflin Co., Boston (MA), 1967.
- José Luis GARCÍA GUERRERO, "La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 17, Núm. 50. Mayo-Agosto 1997, p. 77-101
- "La publicidad comercial en la convención europea para la protección de los derechos humanos", *Revista General de Derecho* núm. 648, Septiembre de 1998, p. 10699-10725.

- Rafael GARCÍA PÉREZ, *Libre circulación de mercancías y competencia desleal en la Comunidad Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- “El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal”, *Derecho de los Negocios*, núm. 200, mayo 2007, pp. 7-17.
- Roberto GARGARELLA, *La Justicia frente al Gobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Nuno GAROUPA, “Regulation of Professions in the US and Europe: A Comparative Analysis”, *American Law and Economics Association Annual Meetings*, Year 2004, Paper 42 (<http://law.bepress.com/alea/14th/art42>).
- Edward L. GLAESER, “Paternalism and Psychology”, *73 U. Chi. L. Rev.* 133 (2006).
- Wolfgang GLOY, “Unlauterer Wettbewerb und Meinungsfreiheit” en Günther HÖHN, Horst KONZEN y Peter KREUTZ (Eds.), *Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag*, Luchterhand, Neuwied/Kriftel, 1998, pp. 113-125.
- Eric GOLDMAN, “A Coasean Analysis of Marketing”, *2006 Wisconsin L. Rev.* 1151 (2006).
- Thomas C. GOLDSTEIN, “*Nike v. Kasky* and the Definition of «Commercial Speech»”, *Cato Supreme Court Review* 63 (2003).
- Ángel José GÓMEZ MONTORO, “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *REDC* 65 (2002), pp. 49 y ss.
- Fernando GÓMEZ POMAR, “Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica”, *InDret* 4/2001 (www.indret.com).
- “La relación entre normativa de protección de consumidores y normativa de defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del derecho”, *InDret* 1/2003 (www.indret.com).
- “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”, *InDret* 1/2006 (www.indret.com).
- José Antonio GÓMEZ SEGADE, “Sistema de autorregulación publicitaria” en VV.AA., *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*, Instituto Nacional de Publicidad, Madrid, 1980, pp. 178 y ss.
- José Antonio GÓMEZ SEGADE y Carlos LEMA DEVESA, “La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español”, *Actas de Derecho Industrial* 7, 1981, pp. 31-114.
- Luis GONZÁLEZ VAQUÉ, “La jurisprudencia relativa al artículo 28CE (antiguo artículo 30 TCE) sobre la libre circulación de mercancías después de «Keck y Mithouard»”, *GJ*, núm. 206, 2000, pp. 24-38.
- “La libre circulación de mercancías en el Tratado Constitucional de la Unión Europea”, *GJ*, núm. 225, 2003, pp. 40-55.
- “El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia «Schmidberger»”, *GJ*, núm. 277, 2003, pp. 61-76.

- Ellen P. GOODMAN, "Stealth Marketing and Editorial Integrity", 85 *Texas L. Rev.* 83 (2006).
- Lawrence O. GOSTIN, "Health, Communication, and Behavior: Freedom of Expression", Georgetown Public Law Research Paper No. 242592, 2000 (disponible en www.ssrn.com).
- Kent GREENAWALT, "Free Speech Justifications", 89 *Colum. L. Rev.* 119 (1989).
- Daniel J.H. GREENWOOD, "Essential Speech: Why Corporate Speech Is Not Free", 83 *Iowa L. Rev.* 995 (1998).
- Klaus Joachim GRIGOLET y Jens KERSTEN, "Grundrechtlicher Schutz und grundrechtliche Schranken kommerzieller Kommunikation", *DVBl.* 1996, s. 600 ff.
- Seth GROSSMAN, "Gran Theft Oreo: The Constitutionality of Advergame Regulation", 115 *Yale L. J.* 227 (2005).
- Barbara GRUNEWALD, "Die Rechtsprechung zum anwaltlichen Berufsrecht in den Jahren 2001 bis 2003", *NJW* 2004, Heft 16, p. 1146 y ss.
 — "Die Rechtsprechung zum anwaltlichen Berufsrecht in den Jahren 2004 bis 2005", *NJW* 2006, Heft 32, p. 2306 y ss.
- Pratheepan GULASEKARAM, "Policing the Border Between Trademarks and Free Speech: Protecting Unauthorized Trademark Use in Expressive Works", *N.Y.U. Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Working Paper No. 06-27 (2006).
- Gerald GUNTHER, "The Supreme Court, 1971 Term - Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection", 86 *Harv. L. Rev.* 1 (1972).
- Andrew T. GUZMAN, "The Cost of Credibility: Explaining Resistance to Interstate Dispute Resolution Mechanisms", 31 *J. Leg. Stud.* 303 (2002).
- Sarah C. HAAN, "The «Persuasion Route» of the Law: Advertising and Legal Persuasion", 100 *Columbia Law Review* 1281 (2000).
- Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.
- Daniel HALBERSTAM, "Commercial Speech, Professional Speech, and the Constitutional Status of Social Institutions", 147 *U. Pa. L. Rev.* 771 (1999).
- Peter J. HAMMER, "Free Speech and the 'Acid Bath': An Evaluation and Critique of Judge Richard Posner's Economic Interpretation of the First Amendment", 87 *Michigan Law Review* 499 (1988).
- Jon D. HANSON y Douglas A. KYSAR, "Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation" 74 *New York University Law Review* 630 (1999).
 — "Taking Behavioralism Seriously: Some Evidence of Market Manipulation", 112 *Harvard Law Review* 1420 (1999).

— “Taking Behavioralism Seriously: A Response to Market Manipulation”, 6 *Roger Williams University Law Review*, 259 (2000).

H.L.A. HART, *El concepto de derecho*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

Henning HARTWIG, “Das Gebot prinzipieller Zulassung umweltbezogener Werbung. Chance und Pflicht zur Förderung einer ökologischen Wirtschaftsweise (§ 1 UWG)”, *Zeitschrift für Umweltrecht* 1997 (Vol. 5), pp. 233-243.

— “Image Advertising Under Unfair Competition Law and the Benetton Campaign”, *IIC* 2001, Heft 7, pp. 777 y ss.

— “Meinungsfreiheit und lauterer Wettbewerb”, *GRUR* Heft 11/2003, pp. 924-931.

— “Neuere Literatur zum Verhältnis von Werbung und Meinungsfreiheit”, *WRP* Heft 10/2003, pp. 1193-1198.

— “«H.I.V. POSITIVE» - zugleich Abschied vom Verbot «gefühlbetonter Werbung?»”, *WRP* 2003, 582.

Marouf A. HASIAN, Jr. y Edward PANETTA, “Richard Posner’s Redefinition of the ‘Marketplace of Ideas’: A Law and Economics Interpretation of the First Amendment”, *Free Speech Yearbook* 32 (1994), pp. 33-49.

Armin HATJE, “Werbung und Grundrechtsschutz in rechtsvergleichender Betrachtung”, en Jürgen SCHWARZE (Hrsg.), *Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 37-51.

Carl Gustav HEMPEL, “The Logic of Functional Analysis”, en Lee C. MCINTYRE y Michael MARTIN (eds.), *Readings in the Philosophy of the Social Sciences*, MIT Press, Cambridge (MA), 1994, pp. 349-376.

Frauke HENNING-BODEWIG, “Product placement und Sponsoring”, *GRUR* Heft 12, 1988, pp. 867-872.

— “Schockierende Werbung”, *WRP*, 1992, p. 533.

— “«Werbung mit der Realität?» oder wettbewerbswidrige Schockwerbung?”, *GRUR* 1993, pp. 950-953.

Maya HERTIG RANDALL, “Commercial Speech under the European Convention on Human Rights: Subordinate or Equal?”, *Human Rights Law Review* 2006 6(1), pp. 53-86.

Robert HESSEN, *In Defense of the Corporation*, Hoover Institute Press, Stanford, 1979.

Julie HILDEN, “When Nike Speaks, Is It Always «Commercial Speech?»”, *FindLaw’s Writ Legal Commentary* (2003) (<http://writ.findlaw.com/hilden/20030415.html>).

Claire HILL, “The Newly Discovered Self in Economics”, Berkeley Law and Economics Workshop Working Papers 8 (2005) (http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1115&context=berkeley_law_econ).

David A. HOFFMAN, “The Best Puffery Article Ever”, 91 *Iowa L. Rev.* 1395 (2006) (también disponible en www.ssrn.com).

Wolfgang HOFFMANN-RIEM, “Kommunikationsfreiheit für Werbung -zugleich Anmerkung zu den Benetton-Entscheidungen des BGH”, *ZUM* 1996, s. 13 f.

- Wolfram HÖFLING, "Demokratische Grundrechte - Zu Begründungsgehalt und Erklärungswert einer dogmatischen Kategorie", *DSt*, vol. 33, núm. 4, 1994, pp. 493 y ss.
- Paul HORWITZ, "Free Speech as Risk Analysis: Heuristics, Biases, and Institutions in the First Amendment", *76 Temple Law Review* 1, (2003).
- Ulrich HÖSCH, "Meinungsfreiheit und Wettbewerbsrecht am Beispiel der «Schockwerbung»", *WRP* Heft 8/2003, pp. 936-944.
- Alan HOWARD, "The Constitutionality of Deceptive Speech Regulations: Replacing the Commercial Speech Doctrine with a Tort-Based Relational Framework", *41 Case Western Reserve Law Review* 1093 (1990-1991).
- Wilson R. HUHNS, "Assessing the Constitutionality of Laws That Are Both Content-Based and Content-Neutral: The Emerging Constitutional Calculus", *79 Indiana Law Journal* 801 (2004).
- INFOADEX, *Estudio InfoAdex de la inversión publicitaria en España*, InfoAdex, Madrid, 2007.
- Stanley INGBER, "The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Mith", *1984 Duke L. J.* 1 (1984).
- Krateros IOANNOU, "Ban on Publicity in the Light of the European Convention on Human Rights", en Wassilios SKOURIS (ED.), *Advertising and Constitutional Rights in Europe. A study in comparative constitutional law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, p. 347-386.
- Thomas H. JACKSON y John Calvin JEFFRIES, JR. "Commercial Speech: Economic Due Process and the First Amendment", *65 Va. L. Rev.* 1 (1979).
- Rainer JACOBS, Walter F. LINDACHER y Otto TEPLITZKY (Hrsg.), *Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen*, 2 Bde. 14 Lfg. 1-14, De Gruyter, Berlin/New York, 1991-2001.
- Volker Michael JÄNICH, "Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6.12.2001", *EWiR* 2002, 459 ff.
- Hans D. JARASS en Hans D. JARASS y Bodo PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 7 Aufl., C.H. Beck, München 2004, Art. 5.
- Bruce E. H. JOHNSON y Jeffrey L. FISHER, "Why Format, Not Content, Is The Key To Identifying Commercial Speech", *54 Case Western Reserve Law Review* 1243 (2004).
- Eric J. JOHNSON y Daniel GOLDSTEIN, "Do Defaults Save Lives?", *302 Science* 1138 (2003).
- Owen D. JONES y Timothy H. GOLDSMITH, "Law and Behavioral Biology", *105 Columbia L. Rev.* 405 (2005).
- Dan M. KAHAN, "Two Conceptions of Emotion in Risk Regulation", 2007 (www.ssrn.com).

- Dan M. KAHAN y Donald BRAMAN, "Cultural Cognition and Public Policy", 24 *Yale L. & Pol'y Rev.* 149 (2006).
- Dan M. KAHAN y Paul SLOVIC, "Cultural Evaluations of Risk: «Values» or «Blunders»?", 119 *Harv. L. Rev. Forum* 1110 (2006).
- Dan M. KAHAN, Paul SLOVIC, Donal BRAMAN y John GASTIL, "Fear of Democracy. A Cultural Evaluation of Sunstein on Risk", 119 *Harv. L. Rev.* 1071 (2006).
- W. Page KEETON *et. al.*, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., West Publishing Co, St. Paul (Min.), 1984.
- Erik KIEBLING y Michael KLING, "Die Werbung mit Emotionen", *WRP* 2002, 615.
- Amna KIRMANI y Peter WRIGHT, "Money Talks: Perceived Advertising Expense and Expected Product Quality", *Journal of Consumer Research*, 89.4, December 1989, p. 344-353.
- Gregory KLASS, "The Very Idea of a First Amendment Right against Compelled Subsidization", 38. *U.C. Davis L. Rev.* 1087-1139 (2005) (también disponible en www.ssrn.com).
- Daniel B. KLEIN, "Statist Quo Bias", 1 *Econ Journal Watch* 260 (2004).
- Jonathan KLICK y Gregory MITCHELL, "Government Regulation of Irrationality: Moral and Cognitive Hazards", 90 *Minn. L. Rev.* 1620 (2006).
- Michael KLOEPFER y Gerhard MICHAEL, "Vergleichende Werbung und Verfassung - Meinungsgrundrechte als Grenze von Werbebeschränkungen", *GRUR* 1991, 170.
- Winfried KLUTH, "Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer and die Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteil des EuGH, *AöR*, 122 (1997), pp. 557-582.
- Björn KNUDSEN, *Werbung mit Prominenten. Die Reichweite des Schutzes vor kommerzieller Nutzung der Persönlichkeitsmerkmale bekannter Personen*, Dissertation, Fakultät der Technischen Universität Dresden, 2003.
- Helmut KÖHLER, "Das neue UWG", *NJW* 2004, Heft 30, p. 2121-2127.
- Helmut KÖHLER y Hennig PIPER (Eds.), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung*, 3. Aufl., C.H. Beck, München, 2002.
- Helmut KÖHLER, Joachim BORNKAMM y Wolfgang HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz*, 24. Auflage., Beck, München, 2006.
- Hans Georg KOPPENSTEINER, "Zur Grundrechtsfähigkeit gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen", *NJW* 1990, p.3305 y ss.

- Lewis A. KORNHAUSER y Lawrence G. SAGER, "The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts", 81 *Cal. L. Rev.* 1 (1993).
- Russell B. KOROBKIN y Thomas S. ULEN, "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", 88 *California Law Review* 1051 (2000).
- Alex KOZINSKI, "Trademarks Unplugged", 68 *N.Y.U. L. Rev.* 960 (1993)
- Alex KOZINSKI y Stuart BANNER, "Who's Afraid of Commercial Speech?", 76 *Va L. Rev.* 627 (1990).
- "The Anti-History and Pre-History of Commercial Speech", 71 *Texas Law Review* 747 (1993).
- R. KRAßER, "Anmerkung zu den BVerfGE 71, 162 und BVerfG 71, 183", *GRUR* 1986, 391.
- Ronald J. KROTOSZYNSKI, Jr., *The First Amendment in Cross-Cultural Perspective. A Comparative Legal Analysis of the Freedom of Speech*, New York University Press, New York/Londres, 2006.
- Hans Christian KRÜGER y Jörg POLAKIEWICKZ, "Proposals for a Coherent Human Rights Protection System in Europe. The European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights", 22 *Human Rights Law Journal* 1 (2001).
- Joanna KRZEMIŃSKA, "Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is 'Fundamental'? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law", *ZERP-Diskussionspapier* 3/2005, Zentrum Für Europäische Rechtspolitik, Universität Bremen (http://www.zerp.uni-bremen.de/english/pdf/dp3_2005.pdf).
- Friedrich KÜBLER y Johanna KÜBLER, "Werbefreiheit nach «Benetton»" en *VV.AA., Feitschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, 915 ff.
- Cecil C. KUHNE, III, "Testing the Outer Limits of Commercial Speech: its First Amendment Implications", 23 *Review of Litigation* 607 (2004).
- Douglas A. KYSAR, "Preferences for Processes: The Process/Product Distinction and the Regulation of Consumer Choice", 118 *Harv. L. Rev.* 525 (2004).
- Dimitri LANDA y Jeffrey R. LAX, "Legal Doctrine on Collegial Courts", 2007, p. 7, disponible en SSRN (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=975098)).
- William M. LANDES y Richard A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2003.
- Knut Werner LANGE, "Werbung mit gesellschaftskritischen Themen als Bestandteil der Meinungs- und Pressefreiheit", *AfP* 2002, 185.
- Richard LAWSON, "Challenging the Advertising Standards Authority", *New Law Journal*, Vol. 151 N0 6979, p. 526 (2001).

- Iñigo LAZCANO BROTONS, "Comentario al artículo 10", en Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 356-443.
- Henri LECLERC, "Les principes de la liberté d'expression et la Cour Européene des Droits de l'Homme", *Legipresse Revue Mensuelle de Droit de la Communication*, núm. 167, 1999.
- Elena LEIÑENA MENDIZÁBAL y Nerea IRÁKULIS ARREGI, "Aspectos publicitarios de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo", *La Ley* núm. 6609, 13.12.2006.
- Carlos LEMA DEVESA, "La mención de la marca ajena en la publicidad", *La Ley* 1993-4, p. 917 y ss.
- *Problemas Jurídicos de la Publicidad. Estudios Jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*, Estudio Jurídico Lema-Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.
- Carlos LEMA DEVESA y Jesús GÓMEZ MONTERO, *Código de Publicidad*, 4ª ed. revisada y actualizada, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005.
- Mark A. LEMLEY, "The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense", 108 *Yale L. J.* 1687 (1999).
- Paul LEMMENS, "The Relationship between the Charter of Fundamental Rights of the EU and the ECHR: Substantive Aspects", 8 *MJ* 49 (2001).
- Peter LERCHE, *Werbung und Verfassung*, C.H. Beck, München und Berlin, 1967.
- Lawrence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, New York, 1999.
- Michel LEVINET, "L'incertaine détermination des limites de la liberté d'expression. Reflexions sur les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg en 1995-1996 à propos de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue Française de Droit Administratif*, 5, 1997, p. 1000.
- Daryl J. LEVINSON, "Rights Essentialism and Remedial Equilibration", 99 *Colum. L. Rev.* 857 (1999).
- Jessica LITMAN, "Breakfast with Batman: The Public Interest in the Advertising Age", 108 *Yale L. J.* 1717 (1999).
- George LOEWENSTEIN y Ted O'DONOGHUE, "«We Can Do This the Easy Way or the Hard Way»: Negative Emotions, Self-Regulation, and the Law", 73 *U. Chi. L. Rev.* 183 (2006).
- Rafael LÓPEZ GUARNIDO, "Reflexiones sobre el delito de publicidad falsa del art. 228 del CP", *Revista de Autoncontrol* núm. 103, diciembre 2005.
- Isabel LÓPEZ TRIANA, "Observatorio Permanente del Corporate" en Justo VILLAFANE GALLEGO (Dir.), *El estado de la publicidad y el corporate en España y Latinoamérica. Informe Anual 2003*, Ed. Pirámide, Madrid, 2003, pp. 81-95.

- Monica MACOVEL, *A Guide to the Implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Human Rights Handbooks n. 2, Council of Europe (<http://www.humanrights.coe.int/pdfs/hb/hrhb2.pdf>, consultado el 15.6.2006)
- Carme MADRENAS I BOADAS, *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de competencia*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990.
- “La Ley núm. 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”, 10 *BIM* 1991.
- Gregory P. MAGARIAN, “The Pragmatic Populism of Justice Stevens’ Free Speech Jurisprudence”, *Villanova University School of Law Working Paper Series No. 57* (September, 2006).
- Paul MAHONEY, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin”, *Human Rights Law Journal*, Vol. II, 1990, pp. 57-88.
- Gerrit MANSSEN, “Verfassungswidriges Verbot der Benetton-Schockwerbung - BverfG, NJW 2001, 591 (=BVerfGE 102, 347)”, *JuS* 2001, s. 1172.
- Francisco MARCOS FERNÁNDEZ, “La publicidad de los dentistas”, *Revista de Derecho Mercantil* núm. 240, abril-julio 2001, p. 653 y ss.
- Joshua A. MARCUS, “Commercial Speech On The Internet: Spam And The First Amendment”, 16 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 245 (1998).
- Alfred MARSHALL, *Industry and Trade: A Study of Industrial Technique and Business Organization; and of Their Influences on the Conditions of Various Classes and Nations*, MacMillan and Co., London, 1919.
- Jesús-Nicolás MARTÍ, “La publicidad y el derecho-deber de información”, *Estudios sobre Consumo* 36 (1996), pp. 69-86.
- María del Lirio MARTÍN GARCÍA, *La publicidad. Su incidencia en la contratación*, Dykinson, Madrid, 2002.
- “La protección del consumidor frente a la publicidad de las actividades dirigidas a promocionar la venta de productos”, *Actualidad Civil* núm. 20, noviembre 2004.
- Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- José MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.
- “El procedimiento por publicidad ilícita”, *RDM* 248 (2003), pp. 453-497 (también publicado en *Revista de Autocontrol* núm. 80, noviembre 2003).
- “La publicidad comparativa”, *ADI* vol. 25, 2004-2005, pp. 187-226.
- *El nuevo derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.
- José MASSAGUER FUENTES y Felipe PALAU RAMÍREZ, *Informe sobre el régimen jurídico de las prácticas comerciales en España, con especial atención a los aspectos considerados en la*

comunicación de la comisión de seguimiento del Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea, Instituto Nacional de Consumo, Barcelona, 2002.

Calvin MASSEY, "The New Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny?", 6 *Journal of Constitutional Law* 945 (2004).

Alan MATHIOS y Mark PLUMMER, "The Regulation of Advertising by the Federal Trade Commission: Capital Market Effects", 12 *Research in Law and Economics* 77 (1989).

J. Thomas MCCARTHY, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 4th ed., Bancroft-Whitney, San Francisco, 1997.

Fred S. MCCHESENEY, "A Positive Regulatory Theory of the First Amendment", 20 *Connecticut Law Review* 355 (1988).

— "De-Bates and Re-Bates: The Supreme Court's Latest Commercial Speech Cases", 5 *Supreme Court Economic Review* 81 (1997).

Amber MCGOVERN, "Kasky v. Nike, Inc.: A Reconsideration of the Commercial Speech Doctrine", 12 *Journal of Art & Entertainment Law* 333 (2002).

David F. MCGOWAN, "A Critical Analysis of Commercial Speech", 78 *Cal. L. Rev.* 359 (1990).

MCNOLLGAST, "Politics and the Courts: a Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law", 68 *Southern Cal. L. Rev.* 1631 (1995).

Manuel MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

Alexander MEIKLEJOHN, *Free Speech and its Relation to Self Government*, Harper, New York, 1948.

— *Political Freedom. The Constitutional Powers of the People*, Harper, New York, 1960.

— "The First Amendment is an Absolute", 1961 *Supreme Court Review* 245 (1961).

Louis MENAND, *The Metaphysical Club*, Farrar, Straus & Giroux, New York, 2001.

Wallace MENDELSON, "The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz", 17 *Vand. L. Rev.* 479 (1964).

Alfonso MÉNDIZ NOGUERO, *Nuevas formas publicitarias: patrocinio, product placement, publicidad en Internet*, Universidad de Málaga, Málaga, 2000.

Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1988.

Burkhardt MENKE, "Die moderne, informationsökonomische Theorie der Werbung und ihre Bedeutung für das Wettbewerbsrecht, dargestellt am Beispiel der vergleichenden Werbung", *GRUR* 1993, 718.

Matthew L. MILLER, "The First Amendment and Legislative Bans of Liquor and Cigarette Advertisements", 85 *Colum. L. Rev.* 632 (1985).

- John MILTON, *Aeropagitica, A speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parliament of England*, 1644 (versión consultada: eBook en Proyecto Gutenberg: <http://www.gutenberg.org/files/608/608-h/608-h.htm>).
- James A. MONTAYNE, "Freedom of Speech. Constitutional Protection Reconsidered", *The Independent Review*, v.III, n. 3, Winter 1999, p. 327-354
- Richard MOON, "Lifestyle Advertising and Classical Freedom of Expression Doctrine", 36 *McGill L. J.* 76 (1991).
- Antonio MORALES MORENO, "Información publicitaria y protección del consumidor (reflexiones sobre el art. 8 LGDCU", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VIII, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 683 y s. (reimpreso en Antonio MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 223-256).
- "Declaraciones públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)", *ADC* núm. 52, 1999, pp. 265-286
- Lourdes MORENO LISO, "Las nuevas orientaciones comunitarias a la abogacía en materia de política de la competencia", *Aranzadi Social* 9/2004.
- Bernardo MORENO QUESADA, "La oferta de contrato", *RDN* 1956, pp. 107 y ss.
- Alan B. MORRISON, "How We Got the Commercial Speech Doctrine: An Originalist's Recollections", 54 *Case Western Reserve Law Review* 1189 (2004).
- Friedrich MÜLLER, "Moderne Theorie und Interpretation der Grundrechte, insbesondere auf der Basis der Strukturienden Rechtslehre", en Ralf CHRISTENSEN (Ed.), *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts: neue Aufsätze (1995-1997)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, pp. 9 y ss.
- Colin R. MUNRO, "The Value of Commercial Speech", 62 *Cambridge Law Journal* 134 (2003).
- Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Peter NAVARRO, "Why Do Corporations Give to Charity?", 61 *Journal of Business* 65 (1988).
- Burt NEBOURNE, "Lecture: The First Amendment and Government Regulation of Capital Markets", 55 *Brooklyn L. Rev.* 5 (1989).
- Philip NELSON, "Information and Consumer Behavior", *Journal of Political Economy*, Vol. 78, May 1970, p. 311-329.
- "Advertising as Information", *Journal of Political Economy*, 82, August 1974, p. 729-54.
- Burt NEUBORNE, "The First Amendment and Government Regulation of Capital Markets", 55 *Brooklyn Law Review* 5 (1989).
- Melville NIMMER, "The Right to Speak from Times to time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", 56 *Cal. L. Rev.* 935 (1968).

- Carlos S. NINO, "La filosofía del control judicial de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 4, 1989.
- Georg NOLTE, "Werbefreiheit und Europäische Menschenrechtskonvention", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 63 (1999), pp. 507-519.
- NOTE, "The First Amendment Overbreadth Doctrine", 83 *Harv. L. Rev.* 844 (1970).
- NOTE, "Free Speech Protections for Corporations: Competing in the Markets of Commerce and Ideas", 117 *Harv. L. Rev.* 2272 (2004).
- NOTE, "The Impermeable Life: Unsolicited Communications in the Marketplace of Ideas", 118 *Harv. L. Rev.* 1314 (2005).
- NOTE, "Making Sense of Hybrid Speech: A New Model for Commercial Speech and Expressive Conduct", 118 *Harv. L. Rev.* 2836 (2005).
- NOTE, "Dissent, Corporate Cartels, and the Commercial Speech Doctrine", 120 *Harv. L. Rev.* 1892 (2007).
- OBSERVATORIO DE LA PUBLICIDAD SEXISTA, *Informe 2004*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2005.
- Jan-Peter OHRMANN, *Schockierende Werbung in Deutschland und den USA. Eine wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Beurteilung*. Studienreihe wirtschaftsrechtliche Forschungsergebnisse, Bd. 57, Hamburg 2004.
- Mancur OLSON, *Logic of Collective Action: Public Goods & the Theory*, Harvard University Press, 1965.
- Juan José OTAMENDI RODRÍGUEZ-BETHENCOURT, *La Ley 13/1991 de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 1992.
- Vance PACKARD, *Hidden Persuaders*, D. McKay Co, New York, 1957.
— *The Waste Makers*, D. McKay Co, New York, 1969.
- Felipe PALAU RAMÍREZ, "El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en Derecho español y europeo. A raíz de la Sentencia del TJCE de 16 de Julio de 1998, as. C-210/96, *Gut Springenheide*", *ADI* 19, 1998, pp. 367-396.
— "Últimos desarrollos sobre los sondeos de opinión como medio probatorio del engaño", *Revista de Autocontrol* núm. 75, mayo 2003.
- Luciano PAREJO ALONSO, "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, *REDC* núm. 3, 1981, pp. 169 y ss.
- Ken PAULSON, "Free Speech may prove costly for corporations", First Amendment Center, septiembre 2003.

- Cándido PAZ-ARES, “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (Un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 159, 1981, pp. 7-147.
- “Principio de eficiencia y derecho privado”, en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, T. III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 2843-2900.
 - “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, *RDM* 251 (2004), p. 7 y ss. (también en *InDret* 1/2004 (www.indret.com)).
- Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Ensayo sobre la libertad de empresa” en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, Tomo IV, pp. 5971-6040.
- Sam PELTZMAN, “The Effects of FTC Advertising Regulation”, 24 *Journal of Law and Economics* 403 (1981).
- Antonio B. PERDICES HUETOS, “Comentario a la STS, 1ª, 15.2.1998”, *CCJC* núm. 50 (1999).
- “La muerte juega al Gin Rummy (La parodia en el Derecho de Autor y de Marcas)”, *Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 3, septiembre-diciembre, 1999, pp. 9-53.
- Miguel Ángel PÉREZ RUIZ, “Observatorio permanente de la publicidad” en Justo VILLAFANE GALLEGO (Dir.), *El estado de la publicidad y el corporate en España y Latinoamérica. Informe Anual 2003*, Ed. Pirámide, Madrid, 2003, pp. 13-44.
- “Nuevas formas de publicidad en la Televisión sin Fronteras. Una reconsideración como técnicas de comunicación publicitaria”, *Revista Telos. Cuadernos de comunicación, tecnología y sociedad*, núm. 65, octubre-diciembre 2005 (<http://www.campusred.net/telos/articuloperspectiva.asp?idarticulo=3&rev=65>).
- Tamara R. PIETY, “Merchants of Discontent: An Exploration of the Psychology of Advertising, Addiction and the Implications for Commercial Speech”, 25 *Seattle University Law Review* 377 (2001).
- “Grounding Nike: Exposing Nike’s Quest for a Constitutional Right to Lie”, 78 *Temp. L. Rev.* 151 (2005).
 - “Free Advertising: The Case for Public Relations as Commercial Speech”, 10 *Lewis & Clark L. Rev.* 367 (2006).
- Richard H. PILDES, “Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law”, 45 *Hastings L. J.* 711 (1993-1994).
- “Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, and Constitutionalism”, 27 *JLS* 725 (1998).
- Carolina PINA y Covadonga CUBINO CARBAJAL, “El Product Placement con especial referencia a la industria del cine”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, núm. 15, 2005, pp. 547-556.
- Steven PINKER, *How The Mind Works*, W.W. Norton & Company, New York/London, 1997.
- José PIÑEIRO SALGUERO y Antoni RUBÍ PUIG, “Ambush Marketing en eventos deportivos. Modalidades principales y sus consecuencias jurídicas”, *InDret* 2/2007 (www.indret.com).

Eric A. POSNER y John C. YOO, "Judicial Independence in International Tribunals", 93 *California Law Review* 37 (2004).

- Richard A. POSNER, "Free Speech in an Economic Perspective", 20 *Suffolk U.L.Rev.* 1 (1986).
- "What Do Judges and Justice Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", 3 *Supreme Court Economic Review* 1 (1993).
 - *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA)/Londres, 2001.
 - "The Speech Market and the Legacy of *Schenck*", en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey R. STONE (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago/Londres, 2002, pp. 120-151.
 - *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge (MA)/Londres, 2003.
 - *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Aspen Publishers, New York, 2007.

- Robert C. POST, "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation and *Hustler Magazine v. Falwell*", 103 *Harv. L. Rev.* 601 (1989-1990).
- "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse", 64 *Colorado Law Review* 1109 (1993).
 - *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*, Harvard University Press, 1995.
 - "Recuperating First Amendment Doctrine", 47 *Stanford Law Review* 1249 (1995).
 - "Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence", 95 *Mich. L. Rev.* 1517 (1997).
 - "The Constitutional Status of Commercial Speech", 48 *UCLA Law Rev.* 1 (2000) [disponible en www.ssrn.com].
 - "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", 89 *Cal. L. Rev.* 2353 (2000) [disponible en www.ssrn.com y reimpresso en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey R. STONE (Eds.), *Eternally Vigilant. Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago/Londres, 2002, pp. 152-173].
 - "Democracy and Equality", 1 *Law, Culture and the Humanities* 142 (2005).
 - "Compelled Subsidization of Speech: *Johanns v Livestock Marketing Association*", 2005 *Sup. Ct. Rev.* 195 (2005).
 - "Transparent and Efficient Markets: Compelled Commercial Speech and Coerced Commercial Association in *United Foods, Zauderer, and Abood*", 40 *Val. U. L. Rev.* 555 (2006).

- Luis PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- "La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8, 2000, pp. 429-468.
 - "El juicio de ponderación constitucional", en Francisco J. LAPORTA (Ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Ministerio de la Presidencia. Secretaría General Técnica/ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 221-251.

John RAWLS, *El liberalismo político*, Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1996.

- Joseph RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1986.
- "Free Expression and Personal Identification", en W. J. WALUCHOW (Ed.), *Free Expression: Essays in Law and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1994; pp. 1-30.

- Martin H. REDISH, "The First Amendment in the Marketplace Commercial Speech and the Values of Free Expression", 39 *Geo. Wash. L. Rev.* 429 (1971).
- "The Value of Free Speech", 130 *University of Pennsylvania Law Review* 591 (1982).
 - *Freedom of Expression. A Critical Analysis*, The Michie Company, Charlottesville (VA), 1984.
 - "Tobacco Advertising and the First Amendment", 81 *Iowa L. Rev.* 589 (1996).
 - "First Amendment Theory and the Demise of the Commercial Speech Distinction: The Case of the Smoking Controversy", 24 *Northern Kentucky Law Review* 553 (1997).
 - *The Logic of Persecution. Free Speech and the McCarthy Era*, Stanford University Press, Stanford, 2005.
- David A.J. RICHARDS, "Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of First Amendment", 123 *University of Pennsylvania Law Review* 45 (1974).
- *Toleration and the Constitution*, Oxford University Press, New York, 1986.
- María Dolores RIVERO GONZÁLEZ, "Régimen jurídico de la publicidad en internet y las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico", *RDM* núm. 250, octubre-diciembre 2003, pp. 1587-1614 (también publicado en *Revista de Autocontrol* núm. 93, enero 2005).
- Joan ROBINSON, *Economics of Imperfect Competition*, McMillan and Co., London, 1933.
- Ronald D. ROTUNDA, "Lawyer Advertising and the Philosophical Origins of the Commercial Speech Doctrine", 36 *U. Rich. L. Rev.* 91 (2002).
- Jean Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, Taurus, Madrid, 1969.
- Jed RUBENFELD, "The First Amendment's Purpose", 53 *Stanford L. Rev.* 767 (2001).
- Antoni RUBÍ PUIG, "Just pay it. La transacción de *Kasky v. Nike*", *InDret* 4/2003 (www.indret.com).
- "Competencia desleal y libertad de expresión. Comentario a la STS, 1ª, de 3.2.2005", *InDret* 3/2005 (www.indret.com).
 - "Publicidad y libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU", *InDret* 4/2005 (www.indret.com).
 - "Potestades sancionadoras de la *Federal Communications Commission* en materia audiovisual", *InDret* 1/2006 (www.indret.com).
- Antoni RUBÍ PUIG y José Luis GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, "El recurso a nombres de famosos para titular una canción y denominar a un personaje de cómic. Comentario a *Rosa Parks v. Outkast* y a *Toni Twist v. Todd Mcfarlane*", *InDret* 2/2004 (www.indret.com).
- Paul H. RUBIN, "Regulation of Information and Advertising", *Emory Law and Economics Research Paper* No. 04-05, 2004 (www.ssrn.com) [de próxima aparición en Barry KEETING (Ed.), *A Companion to the Economics of Regulation*, Blackwell Publishing, 2004].
- Enrique RUBIO TORRANO, "Abogacía, publicidad y prácticas prohibidas", *Aranzadi Civil*, núm. 16/2006.
- Peter RUESS, "Werbung zwischen Meinung, Markt und Menschenwürde", *WRP* 2002, 1376.

- Peter RUESS y Cordula TELLMANN, "«Umsonst is der Tod allein?» - Neues zur Werbung mit Gratiszeitungen", *WRP* 2004 Heft 6, pp. 665-669
- Peter RUESS y Sebastian VOIGT, "Wettbewerbsrechtliche Regelung von diskriminierenden Werbeaussagen - Notwendigkeit oder abzulehnende Geschmackszensur?", *WRP* 2002, 171.
- Juan Antonio RUIZ GARCÍA y Pablo SALVADOR CODERCH, "El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales", *InDret* 3/2002 (www.indret.com)
- "El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales", *InDret* 4/2002 (www.indret.com).
- Miguel RUIZ MUÑOZ, "Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables", *Estudios sobre consumo*, núm. 79, octubre de 2006, pp. 89-118 (también publicado en *RDM* núm. 263, 2007, pp. 115-168).
- Pablo SALVADOR CODERCH, "Interpretación judicial y decisión política", *ADC*, Tomo XLV, Fascículo IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.
- *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- "Técnica legislativa y teorías de la regulación", *InDret* 1/2004 (www.indret.com).
- Pablo SALVADOR CODERCH (Dir.), *¿Qué es difamar?. Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987.
- *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- Pablo SALVADOR CODERCH y Antonio FERNÁNDEZ CRENDE, "Instrumentos de control social y derecho de daños", *InDret* 4/2004 (www.indret.com).
- Pablo SALVADOR CODERCH, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, Álvaro LUNA YERGA y Sonia RAMOS GONZÁLEZ, "Libertad de expresión y lucha de poder entre Tribunales. Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y las libertades de información y expresión en la Jurisprudencia de la Sala 1a del Tribunal Supremo de los años 1998-2000 (I)" *InDret* 4/2001 (www.indret.com).
- Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR (Eds.), *Libertad de expresión y conflicto institucional. Cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Civitas, Madrid, 2002.
- Pablo SALVADOR CODERCH, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, José PIÑEIRO SALGUERO y Antoni RUBÍ PUIG, "Tres transacciones: la industria del tabaco, Microsoft y «Mar Ege»", *InDret* 1/2003 (www.indret.com).
- Pablo SALVADOR CODERCH, Ingo VON MUNCH y Josep FERRER i RIBA, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.
- Adam SAMAHA, "Litigant Sensitivity in First Amendment Law", *98 Northwestern University Law Review* 1291 (2004).

- Santiago SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- “De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, 2004, pp.351-382 (también disponible en <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/ponderacion.pdf>).
- Manuel SANTAELLA LÓPEZ, *Derecho de la Publicidad*, Cívitas, Madrid, 2003.
- Thomas M. SCANLON, “A Theory of Freedom of Expression”, 1 *Philosophy & Public Affairs* 204 (1972).
- “Freedom of Expression and Categories of Expression”, 40 *U. Pitt. L. Rev.* 519 (1979).
 - “Adjusting Rights and Balancing Values”, 72 *Fordham Law Review* 1477 (2004).
- Frederick SCHAUER, “Speech and ‘Speech’ – Obscenity and ‘Obscenity’: An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language”, 67 *Geo. L. J.* 899 (1979).
- “Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts”, 34 *Vand. L. Rev.* 265 (1981).
 - “Codifying the First Amendment: *New York v. Ferber*”, 1982 *Sup. Ct. Rev.* 285 (1982).
 - *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, Cambridge (Mas.), 1982.
 - “Commercial Speech and the Architecture of the First Amendment”, 56 *U. Cin. L. Rev.* 1181 (1988).
 - “The First Amendment as Ideology”, 33 *William and Mary L. Rev.* 853 (1992).
 - “The Political Incidence of the Free Speech Principle”, 64 *U. Colo. L. Rev.* 935 (1993).
 - “Incentives, Reputation and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior”, 68 *U. Cin. L. Rev.* 615 (2000).
 - “First Amendment Opportunism” en Lee C. BOLLINGER y Geoffrey STONE (eds.), *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, University of Chicago Press, Chicago, 2002, pp. 174-197 [artículo también disponible en www.ssrn.com].
 - “The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience”, 117 *Harv. L. Rev.* 1765 (2004).
 - “Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture”, *KSG Working Paper No. RWP05-019* (2005), [disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=668523>].
 - “Towards an Institutional First Amendment”, 89 *Minn. L. Rev.* 1256 (2005).
- Martin SCHEYLI, “Die Abgrenzung zwischen ideellen und kommerziellen Informationsgehalten als Bemessungsgrundlage der «margin of appreciation» im Rahmen von Art. 10 EMRK: Anmerkung zum Urteil des EGMR vom 5.11.2002 im Fall *Demuth vs. Schweiz*”, 30 *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 455 (2003).
- Bernhard SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, pp. 181 y ss.
- Viola SCHMID, *Werbung als Meinung. Eine Studie zum Schutz von Werbung im Grundgesetz, in der Europäischen Menschenrechtskonvention, im Gemeinschaftsrecht und im amerikanischen Verfassungsrecht*, Springer, Berlin 2003.
- Caren SCHMULEN SWEETLAND, “The Demise of a Workable Commercial Speech Doctrine: Dangers of Extending First Amendment Protection to Commercial Disclosure Requirements”, 76 *Tex. L. Rev.* 471 (1997).

- Carl E. SCHNEIDER, "Free Speech and Corporate Freedom: A Comment on *First National Bank of Boston v. Bellotti*", 59 *S. Cal. L. Rev.* 1227 (1986).
- Hans Peter SCHNEIDER, "Mit der Meinungsfreiheit auf Kriegsfuß? – Zur Grundrechtsferne von Zivilgerichten", *NJW* 2003 Heft 26, p. 1845.
- Gerhard SCHRICKER, "Grenzen des Verbraucherschutzes – Zur Auslegung des Kaufscheinverbots in § 6b UWG", *GRUR* 75, 349.
 — "Deregulierung im Recht des unlauteren Wettbewerbs?", *GRUR Int.* 7/1994, pp. 586-594, p. 589.
- Knut SCHULTE, *Das standesrechtliche Werbeverbot für Ärzte. Unter Berücksichtigung Wettbewerbs- und Kartellrechtlicher Bestimmungen*, Peter Lang, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris, 1992.
- Helmuth SCHULZE-FIELITZ, en Horst DREIER (Ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 2 Aufl. 2004, Art. 5 I, II, Rn 62, 77;
- Gunnar Folke SCHUPPERT, "Der Fall Benetton: Wem gehört die Interpretationsherrschaft über Werbebotschaften?", *AfP* 2/2003.
- R. A. SCHWARTZ, "Corporate Philanthropic Contributions", 23 *Journal of Finance* 479 (1968).
- Robert SCHWEIZER, "Läßt sich ein Tabakwerbeverbot im Hinblick auf die Pressefreiheit rechtfertigen?", *AfP* 1998, 571 ff.
- Torsten SEVECKE, "Die Benetton-Werbung als Problem der Kommunikationsfreiheiten", *AfP* 1994, s. 204 f.
 — *Wettbewerbsrecht und Kommunikationsgrundrechte: Zur rechtlichen Bewertung gesellschaftskritischer Aufmerksamkeitswerbung in der Presse und auf Plakaten am Beispiel der Benetton-Kampagnen*, Nomos, Baden-Baden, 1997.
- Steven SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mas.)/London (Eng.), 2004.
- Howard A. SHELANSKI, "The Policy Limits of Markets: Antitrust Law as Mass Media Regulation", *Berkeley Law and Economics Working Papers*, 2003, (http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1068&context=berkeley_1aw_econ).
- Suzanna SHERRY, "Hard Cases Make Good Judges", 99 *Nw. U. L. Rev.* 3 (2004).
- Steven H. SHIFFRIN, *The First Amendment, Democracy and Romance*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990.
 — "The Politics of the Mass Media and the Free Speech Principle", 69 *Indiana L. J.* 689 (1994).
 — *Dissent, Injustice and the Meanings of America*, Princeton University Press, 1999.
- Roger A. SHINER, *Freedom of Commercial Expression*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

- Michael R. SIEBECKER, "Corporate Speech, Securities Regulation, and an Institutional Approach to the First Amendment", 48 *William and Mary Law Review* 613 (2006).
- Jeffrey P. SINGDAHLEN, "Note: Risk of Chill: A Cost of the Standards Governing the Regulation of False Advertising Under Section 43(a) of the Lanham Act", 77 *Virginia Law Review*, 339 (1991).
- Wassilios SKOURIS (ED.), *Advertising and Constitutional Rights in Europe. A study in comparative constitutional law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994.
- Rodney A. SMOLLA, "Information, Imagery and the First Amendment: A Case for Expansive Protection of Commercial Speech", 71 *Texas Law Review* 777 (1993).
- "Free the Fortune 500! The Debate Over Corporate Speech and the First Amendment", 54 *Case W. Res. L. Rev.* 1277 (2004).
- Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", *REDC* núm. 32, Mayo-Agosto, 1991, pp. 73-113.
- Olaf SOSNITZA, "Werbung mit der Realität", *GRUR*, 1993, p. 540.
- Andreas SPICKHOFF, "Die Entwicklung des Arztrechts 2005/2006", *NJW* 2006, Heft 23, pp. 1630 y ss.
- Matthew L. SPITZER, "Freedom of Expression", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. II, Macmillan, London, 1998, pp. 167-172.
- Robert SPRAGUE, "Business Blogs and Commercial Speech: A New Analytical Framework for the 21st Century", 44 *American Business Law Journal* 127 (2007).
- Udo STEINER, "The Constitutional Framework for Commercial Advertising in the Federal Republic of Germany", en Wassilios SKOURIS (ED.), *Advertising and Constitutional Rights in Europe. A study in comparative constitutional law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, pp. 123-146.
- Frank H. STEPHEN y James H. LOVE, "Regulation of Legal Profession", en B. BOUCKAERT y G. De GEEST (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, Edward Elgar, Cheltenham, 2000.
- Nat STERN, "In Defense of the Imprecise Definition of Commercial Speech", 58 *Md. L. Rev.* 57 (1999).
- George J. STIGLER, "The Economics of Information", 69 *Journal of Political Economy* 213 (1961).
- George J. STIGLER y Gary S. BECKER, "De Gustibus Non Est Disputandum", 67 *American Economic Review* 76 (1977).
- Nicole STOFFEL VALLOTON, "Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículos 10 y 11 del CEDH) (A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto «Schmidberger/República de Austria», de 12 de junio de 2003)", *RDCE* núm. 18, 2004, pp. 483-506.

- Geoffrey R. STONE, Louis M. SEIDMAN, Cass R. SUNSTEIN, Mark V. TUSHNET y Pamela S. KARLAN, *The First Amendment*, 2nd ed., Aspen Publishers, New York, 2003.
- Kathleen M. SULLIVAN, "Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing", 63 *U. Colo. L. Rev.* 293 (1992).
- "Free Speech and Unfree Markets", 42 *UCLA Law Review* 949 (1995).
 - "Cheap Spirits, Cigarettes, and Free Speech: The Implications of 44 Liquormart", 1996 *Supreme Court Review* 123 (1996).
 - "First Amendment Intermediaries in the Age of Cyberspace", 45 *UCLA L. Rev.* 1653 (1998).
- Kathleen M. SULLIVAN y Gerald GUNTHER, *First Amendment Law*, 2d ed., Foundation Press, New York, 2003.
- Cass R. SUNSTEIN, *Democracy and the problem of free speech*, The Free Press, New York, 1993.
- "Words, Conduct, Caste", 60 *U. Chi. L. Rev.* 795 (1993).
 - "A New Deal for Speech", 17 *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 137 (1994-1995).
 - *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
 - "Boundedly Rational Borrowing", 73 *U. Chi. L. Rev.* 249 (2006).
- Cass R. SUNSTEIN y Richard H. THALER, "Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron", 70 *U. Chi. L. Rev.* 1159 (2003).
- Cass R. SUNSTEIN y Adrian VERMEULE, "Interpretation and Institutions", 105 *Mich. L. Rev.* 885 (2002-2003).
- Áurea SUÑOL LUCEA, "Aplicación de las normas sobre competencia a la actividad de los profesionales liberales", 22 *ADI* (2001), pp. 635 y ss.
- John V. TAIT, "Trademark Regulations and the Commercial Speech Doctrine: Focusing on the Regulatory Objective to Classify Speech for First Amendment Analysis", 67 *Fordham Law Review* 897 (1998).
- Allan TANAMBAUM, "«New and Improved»: Procedural Safeguards for Distinguishing Commercial from Noncommercial Speech", 88 *Colum. L. Rev.* 1821 (1988).
- Anxo TATO PLAZA, "Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana", *Actas de Derecho Industrial* 14, 1991-1992, pp. 169-196.
- "Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana: nuevos desarrollos", *Actas de Derecho Industrial* 15, 1993, pp. 843-848.
 - "Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa", *La Ley* 1994-3, 988.
 - "La explotación publicitaria de los sentimientos: el caso Benetton", *Derecho de los Negocios* 44 (1994), p. 13 y ss.
 - *La Publicidad Comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
 - "Constitucionalidad de la Ley General de Publicidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1996", *Actas de Derecho Industrial*. 17, 1996, pp. 275-294.
 - "El nuevo sistema de autodisciplina publicitaria en España", *Actas de Derecho Industrial* 18, 1997, pp. 161-186.

- “Autorregulación publicitaria y códigos de conducta sobre publicidad en Internet” en José Antonio GÓMEZ SEGADE (Dir.), *Comercio electrónico en Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 225 y ss.
- “*Product placement* y publicidad encubierta. Comentario a las Resoluciones del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso «Soberano»”, *Actas de Derecho Industrial* 22, 2001, pp. 573-598.
- “Aspectos generales del Régimen Jurídico de las Promociones Publicitarias”, *Revista de Autocontrol* núm. 60, enero 2002.
- “Los Códigos de Conducta ante el Derecho de Defensa de la Competencia”, *Anuario de la Competencia* 2002, pp. 389 y ss.
- “En torno a la reciente evolución de la jurisprudencia publicitaria”, *Revista de Autocontrol* núm. 71, enero 2003.
- “En torno al relieve jurídico de la denominada ‘parte captatoria’ de la publicidad”, *Revista de Autocontrol* núm. 89, octubre 2003.
- “La publicidad de medicamentos dirigida a profesionales: principios generales”, *Revista de Autocontrol*, núm. 82, enero 2004.
- “Violencia de género y publicidad”, *ADI* vol. 25, 2004-2005, pp. 489-498 (también publicado en *Revista de Autocontrol* núm. 107, abril 2006).
- “Derecho privado, publicidad y libertad de expresión en la Europa de veinticinco miembros”, en Elena F. PÉREZ CARRILLO (Coord.), *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 105-118.
- “La autodisciplina publicitaria”, *Revista de Autocontrol* núm. 102, noviembre 2005.

Lester G. TELSER, “Advertising and Competition”, *Journal of Political Economy*, Vol. 72, No. 6, December 1964, p. 537-562.

Richard. H. THALER y Cass R. SUSNTEIN, “Libertarian Paternalism”, *93 Am. Econ. Rev.* 175 (2003)

Ana María TOBÍO RIVAS, “La actual regulación de la publicidad encubierta en España y la práctica publicitaria”, *RDM* núm. 237, 2000, pp. 1155-1210.

Francisco TOMÁS Y VALIENTE, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa* 15-16 (1994).

Joaquín TORNOS MAS, “La potestad normativa de las autoridades administrativas independientes. El caso del Consell Audiovisual de Catalunya”, *Derecho Privado y Constitución* 17, pp. 479-498 (2003).

Günter H. TREITEL, *The Law of Contract*, 11th ed., Sweet & Maxwell, London, 2003.

Laurence H. TRIBE, “Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency?”, *98 Harv. L. Rev.* 592 (1985).

— *American Constitutional Law*, 2nd Edition, Foundation Press, Mineola (NY), 1988.

Fernando TRÍAS DE BES, “Los límites de la publicidad”, *El País Semanal*, 28.8.2005.

Rebecca TUSHNET, “The First Amendment as Battery Acid: Regulating False Advertising Versus Protecting Free Speech” (inédito, trabajo presentado en el Seminario de Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de Yale, New Haven, 4.5.2006).

- “Trademark Law as Commercial Speech Regulation”, 58 *South Carolina Law Review* 737 (2007).
 - “Truth and Advertising: The Lanham Act and Commercial Speech Doctrine”, en Graeme B. DINWOODIE y Mark D. JANIS (Eds.), *Trademark Law and Theory: A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar Publications, 2007 (en prensa) (capítulo disponible en www.ssrn.com).
- Amos TVERSKY y Daniel KAHNEMAN, “Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases”, 185 *Science* 1124 (1974).
- Patrick M. TWOMEY, “Freedom of Expression for Commercial Actors”, en Nanette A. NEUWAHL and Allan ROSAS (Ed.), *The European Union and Human Rights*, International Studies in Human Rights, Vol. 42, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1995, pp. 265-280.
- E. ULMER, “Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt”, *GRUR Int* 73, pp. 135 y ss.
- Peter ULMER, “Der Begriff des «Leistungswettbewerb» und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB- und UWG-Tatbeständen”, *GRUR* 1977, 565.
- John T. VALAURI, “Smoking and Self-Realization: A Reply to Professor Redish”, 24 *Northern Kentucky Law Review* 591 (1997).
- Ernesto VALLEJO LOBETE, “La prohibición de publicidad destinada a los niños ¿una opción viable?”, *GJ* núm. 210, Noviembre/Diciembre 2000, pp. 79-91.
- William VAN ALSTYNE, “Remembering Melville Nimmer: Some Cautionary Notes on Commercial Speech”, 43 *UCLA L. Rev.* 1635 (1996).
- Tomás VÁZQUEZ LEPINETTE, “Concurrencia en el mercado y cláusula general de competencia desleal”, *RDP*, núm. 2, 1999, pp. 301-304.
- Adrian VERMEULE, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Harvard University Press, Cambridge/Londres, 2006.
- Francisco VICENT CHULIÁ, “Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal”, *Revista General de Derecho*, núms. 589/590 (1993).
- *Introducción al Derecho Mercantil*, Tirant lo Blanc, 19ª ed., Valencia, 2006.
- Tomás VIDAL MARÍN, “Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional”, *InDret* 1/2007 (www.indret.com).
- Justo VILLAFANE GALLEGO, *La gestión profesional de la imagen corporativa*, Pirámide, Madrid 1999.
- *Informe Anual 2002: el estado de la publicidad y el corporate en España y Latinoamérica. La responsabilidad social de las empresas*, Pirámide, Madrid, 2003.
 - “La empresa responsable”, *Telos. Cuadernos de comunicación, tecnología y sociedad*, núm. 56, julio-septiembre 2003 (<http://www.campusred.net/telos/home.asp?idRevistaAnt=56>).

- W. Kip VISCUSI, John M. VERNON y Joseph E. HARRINGTON, *Economics of Regulation and Antitrust*, 3rd. ed., The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.
- Erik VOETEN, "Judicial Behavior on International Courts: The European Court of Human Rights" (2005) (disponible en <http://mjtier.people.wm.edu/intlpolitics/seminar/papers/Voeten.pdf>. Consultado el 31.11.2006).
- Rüdiger VÖLKE, "Product Placement aus der Sicht der Werbebranche und seine rechtliche Einordnung", *ZUM* núm. 2, 1992, pp. 55-72.
- Eugene VOLOKH, "Freedom of Speech and the Constitutional Tension Method", 3 *University of Chicago Roundtable* 223 (1996).
- "Freedom of Speech, Permissible Tailoring and Transcending Strict Scrutiny", 144 *University of Pennsylvania Law Review* 2417 (1996).
 - "How Justices Voted in Free Speech Cases. 1994-2000", *UCLA L. Rev.* 2001. (versión actualizada en <http://www.law.ucla.edu/volokh/howvoted.htm>).
 - "Freedom of Speech and the Right of Publicity", 40 *Houston Law Review* 903 (2003).
 - "Pragmatism vs. Ideology in Free Speech Cases", 99 *Nw. U. L. Rev.* 33 (2004-2005).
- Bernhard VON BECKER, "Werbung Kunst Wirklichkeit -Bermerkungen zu einem schwierigen Verhältnis-", *GRUR* 2001, s. 1103 ff.
- Ingo VON MUNCH, "Benetton: bene oder male?", *NJW* 1999, p. 2413-2414.
- Herbert WECHSLER, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", 73 *Harvard Law Review* 1 (1959).
- Joseph H.H. WEILER, "Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights", en Nanette A. NEUWAHL and Allan ROSAS (Ed.), *The European Union and Human Rights*, International Studies in Human Rights, Vol. 42, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya/Boston/Londres, 1995, pp. 51-76.
- James WEINSTEIN, "Speech Categorization and the Limits of First Amendment Formalism: Lessons From *Nike v. Kasky*", 54 *Case W. Res. L. Rev.* 1091 (2004).
- Harry H. WELLINGTON, "On Freedom of Expression", 88 *Yale L. J.* 1105 (1979).
- Rudolf WENDT en Ingo VON MÜNCH y Philip KUNIG (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl., neubearb., Manchen, Beck, 2000, Art. 5.
- Raymond WILLIAMS, "The magic system", 4 *New Left Review* 27 (1960) [traducido al español por Kiko Mora, "El sistema mágico", *Telos. Cuadernos de comunicación, tecnología y sociedad*, núm. 56, julio-septiembre 2004 (disponible en <http://www.campusred.net/telos/clasicosImprimible.asp?idarticulo=1>)].
- Adam WINKLER, "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts", 59 *Vand. L. Rev.* 793 (2006).
- "Fundamentally Wrong About Fundamental Rights", 23 *Constitutional Commentary* 277 (2006) [disponible en: <http://ssrn.com/abstract=902673>]).

- Steven L. WINTER, "Fast Food and False Friends in the Shopping Mall of Ideas", 64 *U. Colo. L. Rev.* 965 (1993).
- Joshua D. WRIGHT, "Behavioral Law and Economics, Paternalism, and Consumer Contracts: An Empirical Perspective", 2 *NYU Journal of Law & Liberty* 470 (2007).
- R. George WRIGHT, "Freedom of Culture: Why We Should Not Buy Commercial Speech", 72 *Denver University L. Rev.* 137 (1994).
- Derrick WYATT, "Freedom of Expression in the EU Legal Order and in EU Relations with Third Countries", en Jack BEATSON y Yvonne CRIPPS (Eds.), *Freedom of expression and freedom of information. Essays in honour of Sir David Williams*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 205-224.
- Matthew YIUM, "Profits, Politics, and the Promise of Free Speech: Defining Commercial Speech after *Nike v. Kasky*", 9 *Lewis & Clark L. Rev.* 719 (2005).
- Howard Charles YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff Publishers y Kluwer Academic Publishers, Dordrecht (Holanda), 1996.
- Steven L. ZINDER, "Note: Movies and Product Placement: Is Hollywood Turning Films Into Commercial Speech?", 1992 *U. Ill. L. Rev.* 301 (1992).