

7.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE ENERO DE 2010

Publicidad.

Su consideración como posible manifestación de libertad de información o de expresión. Límites.

Comentario a cargo de:

VICENTE ARIAS MAÍZ

Socio de Nicea Abogados

SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 2010

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Asunto: Las libertades de expresión e información, consagradas en el artículo 20.1, letras a) y d), de la Constitución Española, protegen los mensajes publicitarios y su difusión de forma igual a como protegen dichas libertades otro tipo de contenidos expresivos. El artículo 20.1.a) de la Constitución Española extiende su protección a cualquier tipo de manifestaciones sin discriminar en cuanto a su contenido, por lo que su protección no se limita sólo a opiniones o expresiones naturaleza política o interés público, sino que también alcanza a expresiones de carácter publicitario o comercial. Las restricciones a las libertades de expresión e información, incluidas aquellas que pretendan imponerse a la publicidad, sólo serán constitucionalmente admisibles en la medida en que superen el apropiado juicio de ponderación y proporcionalidad. Para ello, tales restricciones habrán de ser necesarias para la consecución de un fin legítimo y relevante para el ordenamiento constitucional, como puede ser el caso de restricciones basadas en la protección de los principios rectores de la política económica o de la libertad de empresa o la defensa de los consumidores, entre otros posibles fines justificadores. Además, las restricciones deben resultar idóneas para contribuir al cumplimiento de dicho fin legítimo y ser proporcionadas desde el punto de vista del contenido esencial de las libertades restringidas. No resulta conforme con la Constitución Española la restricción de un mensaje publicitario basada en que dicha publicidad incita a la comisión de conductas antisociales o ilícitas cuando la naturaleza y contenido del correspondiente mensaje evidencien un *animus iocandi* que lo vuelva inocuo desde el punto de vista de la finalidad que se intenta proteger.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010

Publicidad. Su consideración como posible manifestación de libertad de información o de expresión. Límites.

VICENTE ARIAS MAÍZ
Socio de Nicea Abogados

Resumen de los hechos

Esta sentencia pone fin a un litigio relativo a la licitud de un anuncio televisivo a través del cual se promovía la venta de un automóvil producido y comercializado por la demandada, MITSUBISHI MOTORS CORPORATION AUTOMÓVILES DE ESPAÑA, S.A. En el citado spot televisivo, un hombre, con apariencia de alto ejecutivo, bien trajeado y de mediana edad, camina por el interior de un garaje subterráneo que en seguida el espectador comprende es el garaje de la empresa en la que trabaja dicho hombre. El hombre se detiene y observa un vehículo aparcado en una plaza marcada con un cartel en el que se lee el cargo de “Director General”. Mientras el hombre observa el vehículo, se oyen voces en off que superponen comentarios como “¿Has visto el coche del nuevo Director General? ¡Es impresionante el coche del nuevo Director General! ¡Cómo me gustaría probar el coche del nuevo Director General!” (comentarios, según se deduce del contexto, que el protagonista del spot ha escuchado a lo largo del día en su puesto de trabajo).

Seguidamente, dicho hombre se acerca al vehículo, deposita su maletín en el suelo, extrae de él un objeto punzante y lo clava en las ruedas del coche del Director General con contenida pero evidente rabia. A continuación, el individuo se endereza, recoge su maletín y se introduce en su propio automóvil, aparcado en una plaza marcada con el letrero “Presidente”, mientras se oye a la voz en off de un locutor decir “Regla número uno de los negocios: El Director General nunca debe comprarse un coche mejor que el del Presidente”.

La Asociación de Usuarios de Comunicación, dentro de una campaña de seguimiento de la publicidad ilícita, interpuso demanda frente a los Juzgados de Primera Instancia, por considerar que este spot infringe lo dispuesto en los

artículos 3 (apartados a y e) de la Ley General de Publicidad y 8.1 de la llamada Ley de Televisión sin Fronteras. Según alegaba la Asociación, el spot atenta contra la dignidad de la persona y vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución, incitando o promoviendo comportamientos compulsivos o ilícitos en relación con la adquisición de bienes o servicios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en su totalidad la demanda interpuesta, declarando que el spot en cuestión constituye publicidad ilícita y condenando a MITSUBISHI a cesar en la utilización del mismo y a abstenerse en el futuro de efectuar este tipo de publicidad, así como publicar la sentencia en varios periódicos y emisoras de televisión de difusión nacional. MITSUBISHI interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, recurso que fue desestimado íntegramente por la Audiencia Provincial, que confirma el fallo del Juzgado de Primera Instancia.

MITSUBISHI interpuso entonces, contra las anteriores resoluciones, un recurso extraordinario por infracción procesal y otro de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal pero estima el recurso de casación fundamentado en la vulneración del artículo 20 de la Constitución española. Para el Tribunal Supremo, el discurso publicitario está protegido por la libertad de expresión y, por lo que respecta a este caso, entiende que no existe razón suficiente para cercenarla atendiendo al necesario juicio de ponderación entre dicho derecho fundamental y los valores que las normas invocadas por la Asociación de Usuarios de Comunicación pretenden proteger.

COMENTARIO

Sumario: 1. Introducción. 2. Las libertades de expresión e información. 2.1. Su protección constitucional. 2.2. Colisión con otros derechos. 3.- La protección constitucional del discurso publicitario 3.1. Fundamentos. 3.2. Breve referencia al derecho comparado. 3.3 La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3.4 La postura doctrinal existente desde el caso “Casado Coca”. 3.5. El silencio del Tribunal Supremo. 4. El reconocimiento de La protección constitucional del discurso publicitario en la Sentencia. 5.- La ponderación de los derechos y valores enfrentados efectuada en la Sentencia. 6. Bibliografía.

1. Introducción

La libertad de expresión, reconocida como un derecho fundamental en nuestra Constitución, protege expresiones de todo tipo. También protege, esta libertad, la difusión de mensajes publicitarios y promocionales. El corolario de las anteriores afirmaciones es evidente e inevitable: la regulación del discurso

publicitario, restringiendo y condicionando el mismo, debe ajustarse a los parámetros de constitucionalidad derivados de su protección por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

Pues bien, esta es la tesis principal del Tribunal Supremo en la sentencia que es objeto de este comentario.

Se trata de la primera vez que el Tribunal Supremo se pronuncia en este sentido y lo hace, además, con claridad y rotundidad. Pero, sin embargo, esta postura no representa ninguna sorpresa. La doctrina ya había asumido de forma unánime que el discurso publicitario está protegido por la libertad de expresión (incluso, en ocasiones, por la libertad de información) y desde que así lo declarara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el más que conocido caso “Casado Coca vs. España”, se asumía que ninguna resolución del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional en la materia se desviaría de este principio.

Sin embargo, la anterior circunstancia no impide a que ésta fuese una decisión muy esperada. Y es que, no obstante lo sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el citado asunto “Casado Coca” en una resolución emitida hace más de veinte años (en particular, en 1994), el Tribunal Supremo todavía no había tenido ocasión de dictar una sentencia que acogiese la tesis sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero el discurso publicitario estaba muy necesitado de tal pronunciamiento, por cuanto se trata de uno de los discursos más regulados en nuestro ordenamiento jurídico.

La publicidad está entre nosotros regulada por un complejo entramado de normas en cuya vértice se sitúan la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Ambas normas han sido recientemente reformadas por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, de Modificación del Régimen Legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para la Mejora de la Protección de los Consumidores Usuarios. Y dicha reforma sin duda ha aportado algo de claridad a un sistema en el que varios supuestos de ilicitud publicitaria venían regulados de forma incompatible por ambas normas [LARA GONZÁLEZ, R. (2007) y MADRENAS I BOADAS, C. (1990)]. Pero no por ello ha dejado de ser el panorama normativo de la publicidad un panorama en extremo complejo. Muy al contrario, el discurso publicitario sigue siendo hoy en día un discurso tremendamente regulado tanto por normas jurídicas en sentido estricto como por códigos de autorregulación.

En el ordenamiento jurídico, en efecto y como ya se ha anticipado, las normas que principalmente regulan el mensaje publicitario se encuentran tanto en la Ley General de Publicidad como en la Ley de Competencia Desleal. Éstas proscriben las formas más básicas de publicidad ilícita, como la publicidad subliminal, la publicidad engañosa, la publicidad que genera confusión, la publicidad agresiva o la publicidad en la que se realizan comparaciones ilícitas. La infracción de la normativa prevista en estas dos leyes puede acarrear acciones

civiles orientadas, principalmente, al cese de la conducta ilícita y la indemnización de los daños provocados por la misma, acciones que están legitimados a incoar un amplio número de sujetos.

Pero además, esta protección se refuerza desde el punto de vista administrativo y sancionatorio a través de lo dispuesto en la legislación sobre protección de consumidores y usuarios (y, en particular, por el artículo 49.1(1) del Texto Refundido de la Ley sobre Protección de Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, que prescribe que aquellas prácticas comerciales dirigidas hacia consumidores y usuarios que sean calificables como actos de competencia desleal de conformidad con la Ley de Competencia Desleal serán asimismo consideradas infracciones de la normativa sobre protección al consumidor), así como por el artículo 282 del Código Penal (que califica como delito determinadas formas de publicidad engañosa, aunque lo cierto es que se trata de un delito aplicado en escasas ocasiones por nuestros juzgados y tribunales).

Y, más aún, este marco genérico de protección se complementa con una ingente producción legislativa orientada a regular la publicidad desde diversos puntos de vista. En este sentido, existen normas que regulan la publicidad de alimentos (como el Real Decreto 1334/1999 de Etiquetado, Presentación y Publicidad de Productos Alimenticios), las producciones cinematográficas y audiovisuales (según lo dispuesto en la Ley 55/2007 de la Cinematografía), los medicamentos (Real Decreto 1416/1994 de Publicidad de los Medicamentos de Uso Humano) o los espectáculos (Real Decreto 3449/1977, de 16 de diciembre, por el que se regula la publicidad exterior de espectáculos); por poner algunos ejemplos. Pero también hay normas que regulan la publicidad según el medio de difusión empleado, como puede ser el caso de las normas que regulan la publicidad en televisión (lo dispuesto en los artículos 13 a 18 de la Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual), de las que regulan la publicidad remitida por correo electrónico (artículos 19 a 22 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico) o, por poner un último ejemplo, el de la normativa sobre publicidad exterior (véase, por ejemplo, lo dispuesto en el Decreto 917/1967, de 20 de abril, por el que se dictan normas sobre publicidad exterior).

Finalmente, y por si todo este conjunto de normas fuese escaso (que a todas luces no lo es), la propia industria cuenta con una amplia autorregulación. Ésta es supervisada principalmente la Asociación Autocontrol de la Publicidad a través del Jurado de Autocontrol y se concreta en códigos como el Código de Conducta Publicitaria, el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva, el Código de Buenas Prácticas para el Uso de Argumentos Ambientales en la Publicidad Comercial, el Código de Autorregulación Publicitaria de Cerveceros de España o el Código de Autorregulación del Vino en Materia de Publicidad y Comunicaciones Comerciales, entre otros muchos.

En definitiva, en muy breve espacio de tiempo se ha recorrido el largo camino que ha llevado desde el ya extinto Estatuto de la Publicidad aprobado por

la Ley 61/1964, de 11 de junio, al ingente cuerpo de normas legislativas y de auto-regulación que constituyen el complejo entramado de la regulación de la publicidad. Parece difícil no calificar el entramado normativo que se ha descrito sucintamente en los anteriores párrafos como un buen ejemplo del fenómeno que ha venido denominándose como “legislación motorizada”.

En un principio, la regulación del mensaje publicitario en estos cuerpos normativos tenía como principal finalidad la protección del consumidor. Y en la línea seguida por el Derecho del Consumo español, el legislador ha parecido considerar al receptor de la publicidad (un consumidor, al fin y al cabo) como un menor o un incapaz, maleable, sugestionable y a quien es fácil engañar y manipular (algo ciertamente llamativo teniendo en cuenta que el criterio sobre el que se asienta, al menos formalmente, el derecho comunitario de protección del consumidor, es justamente el contrario: el del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, según se explica, por ejemplo, en la STUE 16-7-1998 [TJCE 1998\174]).

Pero poco a poco, en esta normativa, se han ido incorporando otros valores que el legislador ha considerado dignos de protección y que, más aún, ha considerado debían protegerse frente a las injerencias que en los mismos pudiesen realizarse por medio de la publicidad. Valores éstos en un principio tan ajenos al discurso empresarial o publicitario como la igualdad de la mujer, la dignidad de la persona o protección de los menores.

Y precisamente el supuesto de hecho examinado por el Tribunal Supremo en la sentencia que es objeto de comentario se refiere a una de esas normas.

En particular, la Asociación de Usuarios de la Comunicación alegaba que el anuncio publicitario descrito, en el que un directivo rallaba el coche de otro por envidia, infringía a los artículos 3, letras a) y e), de la Ley General de Publicidad, así como 8.1 de la Ley 25/1994 por la que se incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE (la conocida como Ley de Televisión sin Fronteras). En particular, el artículo 3.a) de la Ley General de Publicidad, al tiempo de emitirse la publicidad enjuiciada, consideraba ilícita aquella “*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 actual redacción establece que se considera ilícita “*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 14, 18 y 20, apartado 4*”, especificando, además que “*se entenderán incluidos en la provisión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, 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 coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*”).

Por otra parte, el apartado e) del mismo artículo 3 de la Ley General de Publicidad (actual apartado d)) establecía que se consideraría ilícita aquella publicidad que “*infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios*”, lo que debía complementarse con lo dispuesto en el entonces vigente artículo 8 de la citada Ley de Televisión sin Fronteras, a cuyo tenor “*son ilícitas, en 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 de la dignidad de las personas o a sus convicciones religiosas y políticas o las discriminen por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social*” (en la actualidad, dicha prohibición viene a estar contenida en los apartados 1, 4 y 5 del artículo 18 de la Ley General del Audiovisual).

En definitiva, la Asociación de Usuarios de la Comunicación venía a considerar que el anuncio de alguna manera fomentaba o condonaba comportamientos ilícitos o perjudiciales para la seguridad humana (dado el comportamiento violento del directivo protagonista del spot televisivo objeto de la *litis*) y, con ello, atentaba contra valores de relevancia constitucional.

Este es el tipo de conflicto que evidencia hasta qué extremo se ha llegado al regular la publicidad. La pretensión de los demandantes, dicho sea esto con el debido respeto, parece incompatible con el más elemental sentido común. En nombre de lo políticamente correcto, se pretende restringir el discurso público (incluso aunque, como en este caso, sea discurso comercial) sin que en realidad haya, en opinión de que suscribe (y, como se verá, también de nuestro Tribunal Supremo), un daño relevante que justifique dicha restricción.

Pero no se trata éste de un ejemplo único, aunque para ello hay que acudir a las resoluciones del Jurado de Autocontrol o a la propia realidad del día a día y a la “autocensura” que en algunos casos se ha impuesto en el mensaje publicitario. Y es que son muy escasos los supuestos en los que las controversias publicitarias se plantean ante nuestros juzgados y tribunales, dado el enorme éxito de Autocontrol y de la autorregulación publicitaria.

Sirva como ejemplo de este tipo de actitud frente al mensaje publicitario el de la resolución del Jurado de Autocontrol de 3 de enero del 2000 en el caso “Amiclor vs. Greenpeace”. En este caso, la campaña objeto de análisis por el Jurado había sido encargada por la organización no gubernamental Greenpeace. En ella se mostraba la imagen de los pechos de una mujer con la superimpresión del siguiente texto: “*No todos los productos lácteos con dioxinas han sido retirados de la circulación. La leche materna es el alimento más seguro para tu hijo. Sin embargo, incluso en ella se han detectado dioxinas. En los países industriales, algunos bebés llegan a ingerir niveles de dioxinas hasta cuarenta veces superiores a los admitidos por la Organización Mundial de la Salud. ¿La causa? Las industrias que utilizan el cloro en sus procesos como la fabricación del PVC o los aceites con PCBs y las emisiones de las incineradoras. Hazte socio de Greenpeace y ayúdanos a presionar a los gobiernos para que tomen*

medidas urgentemente. Ahora ya no se trata de las ballenas. Los que estamos en peligro somos todos nosotros.” El Jurado dictaminó que esta campaña era contraria al Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol no porque la misma denigrase a los fabricantes de productos lácteos o a las industrias mencionadas, sino porque, a juicio del Jurado, el anunciante incurría en una indebida explotación publicitaria del miedo. El supuesto es más sangrante por cuanto el anuncio examinado tiene mucho en común con el discurso público (sin duda la controversia a la que se refiere el anuncio es una controversia de interés público, sea el punto de vista sostenido por el anuncio compartido o no por quien lo lea) y por cuanto el efecto de la resolución del Jurado de Autocontrol fue efectivamente el de la restricción de dicho discurso público.

Llama también la atención la resolución del Jurado de Autocontrol de 12 de noviembre del 2001 en el caso “Game Boy Advance”. En el anuncio televisivo o spot publicitario objeto de análisis en esta resolución, se mostraba a cuatro personas jugando con la consola publicitada en la cubierta de un barco. A lo largo del anuncio uno de los jugadores, que advierte que otro le está aventajando, le engancha a éste alrededor de una pierna la cuerda de un ancla, dejando que el peso de la misma arrastre a su compañero por la cubierta para, finalmente, caer al agua, mientras se oye una voz en *off* que cierra el anuncio con el mensaje “*Mario Kart Super Circuit para Game Boy Advance. Cuatro jugadores, no hay reglas*”. Según el Jurado de Autocontrol, el mensaje podía incitar a la violencia, especialmente teniendo en cuenta la juventud del público objetivo al que iba dirigido. Sin minimizar la importancia que tiene el educar a nuestros jóvenes en una cultura no violenta, parece que el juicio del Jurado de Autocontrol, al entender que en el referido spot subyace un peligro de incitación a comportamientos violentos, es, cuando menos, discutible, si no claramente exagerado. Nótese aquí, además y dicho sea de paso, la similitud con el caso que es objeto de la sentencia que nos ocupa, por lo que respecta a la relevancia del “*animus iocandi*” o intención jocosa (si bien, a diferencia del caso enjuiciado, es también relevante el hecho de que gran parte de los destinatarios esta publicidad son menores, y este es un grupo especialmente protegido por las normas que regulan el mensaje publicitario).

Pero esta tendencia a someter a la publicidad al más estricto canon de corrección política no se limita a las resoluciones del Jurado de Autocontrol (o a las escasas resoluciones judiciales en la materia, como las sentencias de primera instancia y apelación de la que traen causa la sentencia aquí comentada). Se han producido en los últimos años en España numerosos casos de lo que podría denominarse como “autocensura”. Se trata de ocasiones en las que las campañas publicitarias son retiradas por los propios anunciantes sin que haya mediado una sentencia judicial o una resolución del Jurado de Autocontrol ante el temor que les produce verse envueltos en agrias polémicas iniciadas por asociaciones, que entienden que tales campañas representan una afrenta a sus representados o a los valores que ellas mismas defienden.

Un supuesto bastante publicitado fue el de la campaña de hace unos años de la cadena de establecimientos de comida rápida “Bocatta”. En el spot televisivo en cuestión se sucedían diversas imágenes, de una apariencia inicial idílica, relativas a la vida en el campo. Mientras dichas imágenes se iban sucediendo, mostrando progresivamente no lo más idílico del campo, sino la dureza de la vida en el agro, se escuchaba de fondo la canción “Mi Pueblo”, en una versión en la que la letra, modificada a modo de parodia, tenía el siguiente tenor: *“Amanece en el pueblo y flota ya en el cielo un intenso aroma a estiércol. Sabañones y callos, labrando todo el día bajo el sol. Y alimentar con esmero a bichejos traicioneros. Y llegar a casa a disfrutar de tu lumbalgia”*. El anuncio, sin solución de continuidad, se cerraba con el logo de Bocatta, la imagen de un bocadillo y el eslogan *“Quédate con lo mejor del campo”*. Pues bien, a pesar del tono evidentemente humorístico y carente de cualquier tipo de crítica hacia la rutina de los trabajadores del campo, el anunciante tuvo que retirar el anuncio publicitario ante las reclamaciones de organizaciones agrarias como la Asociación Valenciana de Agricultores, que entendían que el anuncio desprestigiaba al mundo rural en general y a agricultores y ganaderos en particular e incluso instaba al boicot contra los productos de la franquicia.

Detrás de estas resoluciones y supuestos de censura, así como de muchos otros, subyace una convicción más o menos implícita: la de que el discurso publicitario puede ser regulado sin limitaciones aparentes para evitar que el mismo pueda resultar desagradable a cualesquiera colectivos o ideologías. Una concepción, evidentemente, ajena a la necesidad de proteger el discurso publicitario como una manifestación expresiva de las protegidas por el artículo 20.1 de la Constitución española.

Sin duda, la sentencia objeto de comentario pondrá coto a esta idea subyacente en la tendencia que se acaba de describir. Parece empero incierto en sus efectos se extiendan más allá de juzgados y tribunales.

Y es que es cuando menos dudoso que los mecanismos de autorregulación, y muy especialmente el Jurado de Autocontrol, atiendan a este tipo de argumentos constitucionales. Y ello por una doble dificultad. La primera es la del reconocimiento del efecto horizontal de los derechos fundamentales, por cuanto todavía nuestra doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre la invocabilidad de tales derechos fundamentales en relaciones entre particulares [DIEZ-PICAZO, LM (2003), pp 135-141]. El segundo es que estamos ante resoluciones de un órgano arbitral (como el Jurado de Autocontrol) basadas en códigos de autorregulación libremente aceptados por los anunciantes o los medios de difusión afectos por su aplicación. No es probable, por tanto, que la libertad de expresión sea utilizada por estos órganos de autorregulación en sus resoluciones. No obstante, no es descartable que la conciencia de estar afectando a tal derecho fundamental atempere la interpretación que dichos órganos hagan de los códigos que aplican. El tiempo dirá.

2. Las libertades de expresión e información

Dado que, por un lado, la sentencia que es objeto de este comentario declara la licitud del spot audiovisual enjuiciado con base en la libertad de expresión y, por otro lado, tanto dicha libertad (la de expresión) como la libertad de información tienen un tratamiento común (sobre todo a nivel de convenios internacionales), es conveniente introducir el estudio de la resolución que nos ocupa con una breve referencia a estas dos libertades, su protección constitucional y los criterios de ponderación que, a tenor de reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, así como del propio Tribunal Supremo, han de aplicarse cuando tales libertades entren en conflicto con otros derechos o valores constitucionalmente reconocidos.

2.1. Su protección constitucional

El artículo 20.1 de la Constitución Española de 1978 reconoce, entre otros, los derechos:

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

[...]

d) a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”

Son éstos dos derechos íntimamente relacionados pero distintos.

Desde el punto de vista de la Constitución española existe un derecho fundamental que es la libertad de expresión y que protege cualquier tipo de manifestación. “*Pensamientos, ideas y opiniones*” pueden manifestarse mediante “*la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*”. En definitiva, la libertad de expresión protege cualquier tipo de manifestación por la que se inicie (o por la que se pretende iniciar) un proceso de comunicación, sea cual sea el mecanismo de exteriorización de tal manifestación. La prensa, el cine, la literatura, los blogs, las pancartas, discursos en el “speakers’ corner”. Todo ello se encuentra englobado en el ámbito de protección de la libertad de expresión, sin diferenciar qué contenidos se están manifestando y sin diferenciar, asimismo, por qué medios se está manifestando tal contenido.

La libertad de información, en cambio, se centra en un único tipo de contenido: los hechos. Se trata de una libertad a manifestar, a difundir y también a recibir informaciones sobre hechos veraces. En este sentido, la libertad de información, a tenor de la construcción que de la misma hace nuestra Constitución, posee un límite externo que no alcanza a la libertad de expresión (el de

proteger la manifestación y recepción de hechos sólo en cuanto los mismos sean “veraces”). Pero también tiene un alcance mayor que el de la libertad de expresión. Y es que la libertad de información no sólo protege la manifestación y difusión de hechos veraces, sino también su recepción. Se trata de una libertad, por tanto, que protege todo el proceso de comunicación (la emisión y la recepción), así como a todos los sujetos que intervengan en dicho proceso de comunicación.

Ambas libertades, en cambio, tienen un tratamiento único en el Derecho Internacional y, en general, en Derecho Comparado. Así, por ejemplo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos consagra esta libertad en su artículo 10, a cuyo tenor:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicación o de comunicar informaciones e ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a 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, [...]”.

Y ambas libertades tienen como fundamento no sólo la dignidad humana, sino también la garantía del estado democrático. Y es que no puede haber un estado realmente libre sin que haya un libre intercambio de información y de ideas que supone la base del proceso democrático. El famoso jurista y juez del Tribunal Supremo, OLIVER WENDELL HOLMES hablaba en este sentido (y recogiendo la metáfora del economista JOHN STUART MILL) del “mercado de las ideas” [STUART MILL, J. (1959)]. La idea subyacente en este concepto es la de que no existe la verdad absoluta y que el acercamiento de la humanidad a esa verdad absoluta sólo puede realizarse a través del contraste de ideas opuestas. No sólo porque en ese “mercado de las ideas” se intercambian argumentos que harán prevalecer las ideas verdaderas o más válidas sobre otras ideas, sino porque unas y otras se enriquecen mutuamente y permiten un mayor avance hacia el conocimiento.

Se trata, en este sentido, de dos libertades que representan una garantía institucional [LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. (1999) pp. 33-63], por cuanto gracias a ellas se asegura la formación de una opinión pública libre y, con ello, se asegura una condición básica para el funcionamiento de un sistema democrático.

Además, y precisamente por compartir ese carácter de garantía institucional, ambas libertades gozan de un tratamiento común (con matices, eso sí) en su ponderación cuando entren en conflicto contra otros derechos y valores constitucionalmente reconocidos. Ese tratamiento común que nuestro ordenamiento jurídico aplica a ambas libertades, parte, además, del tratamiento asimismo común que a ambos derechos (recogidos en uno sólo, el de libertad de expresión) otorga el artículo 10 del Tratado Europeo de Derechos Humanos. No puede olvidarse, en este sentido, que la Constitución española (artículo 10.2) otorga a este tratado (y a cualesquiera otros ratificados en materia de derechos fundamentales) un importante valor interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos en la misma, al disponer que *“las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. Y ese tratamiento común se centra en el mecanismo de ponderación objeto del siguiente apartado.

Por ahora, y para finalizar este breve apunte sobre las libertades de expresión e información, interesa indicar que éstas, como derechos fundamentales que son, gozan de determinadas protecciones especiales. En particular, la regulación que afecte a su núcleo (a aquellas características o facultades del derecho sin el cual el mismo queda desnaturalizado de forma que resulta irreconocible) está reservada a Ley Orgánica. Estas libertades, en fin, son susceptibles además de amparo constitucional y de un procedimiento de protección preferente según lo previsto en el artículo 54 de la Constitución Española.

2.2. Colisión con otros derechos

Los derechos fundamentales, y entre ellos las libertades de expresión e información, gozan en nuestro ordenamiento de una protección preferente. Pero no por ello de una protección absoluta. Ya el artículo 20.4 de la Constitución española advierte que *“estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”*.

El hecho de que los derechos fundamentales no sean derechos absolutos no es algo desconocido en la teoría constitucional. De hecho, forma parte de la esencia de los mismos hasta tal punto que su mecanismo de aplicación difiere del mecanismo de aplicación de otras normas jurídicas.

Porque en general, las normas jurídicas se aplican a través de un procedimiento de inducción o subsunción. Es decir, lo normal en una norma jurídica es que la misma anude una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho, por lo que para aplicar la misma solamente es necesario subsumir el hecho enjuici-

ciado en el supuesto de hecho previsto en la norma. Una vez comprobado que el hecho en cuestión se corresponde con el supuesto de hecho previsto, una vez que se ha realizado esta sencilla (al menos en teoría) operación y se ha determinado que norma es de aplicación, se aplica la consecuencia jurídica prevista en ella.

Pero las normas que reconocen derechos fundamentales, sin embargo, se aplican de manera distinta. Y es que todo derecho fundamental está compuesto por un haz de facultades que se protegen frente a injerencias públicas (y en ocasión, frente a injerencias privadas, dependiendo de la interpretación que se haga de las mismas otorgándoles o no un efecto horizontal o *Drittwirkung*). Algunas de esas facultades constituyen el núcleo del derecho: aquellas facultades sin las cuales el mismo quedaría desnaturalizado. Pero el resto de facultades de dicho derecho no son tan esenciales como aquellas que conforman el núcleo. La Constitución pretende maximizar la aplicación de los derechos fundamentales al distinguir entre ambos y proteger de manera incondicionada el núcleo, optimizando por otra parte la protección de las facultades que no conforman el núcleo mediante su aplicación a través del mecanismo de ponderación.

De esta manera, cualquier facultad que conforme el núcleo de un derecho fundamental quedará protegida sin más matices (entiéndase por núcleo o contenido esencial de un derecho fundamental aquel de facultades sin las cuales el derecho quedaría desnaturalizado hasta el punto de ser irreconocible).

Pero cualquier ejercicio del derecho fundamental que no sea encuadrable en sus características más esenciales o núcleo estará protegido mediante su optimización a través de un sistema de ponderación. Este método de aplicación de la norma constitucional pretende maximizar la aplicación de la libertad, sin convertirla en un derecho absoluto (excepto cuando la facultad ejercitada es encuadrable dentro del núcleo del derecho). Más aún, y recogiendo lo dispuesto en el artículo 20.4 de la constitución con el que comenzaba este apartado, la propia existencia de este mecanismo implica el reconocimiento de la existencia de conflictos entre los derechos fundamentales y otros derechos y valores constitucionales. De otra forma, no sería necesario un mecanismo de aplicación como la ponderación.

Así, por ejemplo, la libertad de expresión puede entrar en conflicto con otros derechos, como puede ser el caso del derecho al honor porque, por ejemplo, en una crítica periodística a un concierto de música ligera, el periodista se tome la libertad (cabría decir la mal entendida libertad) de, despreciando al artista, aplicarle epítetos innecesariamente injuriantes, cuando ello es no es necesario para expresar su opinión, inevitablemente mala, del espectáculo ofrecido por artista. Es evidente que el periodista tiene todo el derecho del mundo a expresarse libremente en la crítica del espectáculo que comenta. No obstante, por mucho que la libertad de expresión pueda amparar la más ácida crítica, ello no justifica el uso de expresiones que, siendo innecesarias para transmitir

la opinión del crítico, resultan hirientes para el artista por su propia naturaleza y degradan imagen del público en general.

Cuando el ejercicio concreto de libertad de expresión que se pretenda analizar (o que se haya puesto en conflicto con otros derecho fundamental) no se corresponde con una facultad que se entienda es parte del núcleo de dicha libertad (como pudiere ser el caso de la crítica a la actuación de un partido político), procede la ponderación de los intereses en conflicto, maximizando o dando preponderancia a la libertad de expresión o de información allí donde no deba prevalecer el otro derecho o valor constitucionalmente relevante porque así lo determinen las circunstancias del conflicto, que han de ser valoradas o ponderadas. Como bien explica el profesor DÍEZ-PICAZO *“es necesario recordar que la técnica de la ponderación no da respuestas en términos de sí o no, sino de más o menos. Por ello, el resultado de la ponderación no tiene que ser necesariamente la prioridad absoluta de uno de los valores en presencia, a costa del completo sacrificio del otro. La ponderación consiste también en determinar, habida cuenta de las circunstancias el caso concreto, hasta donde hay que optimizar; es decir, estriba en hallar el punto justo equilibrio entre valores opuestos. Aquí el criterio a seguir viene dado, según es pacíficamente admitido, por el principio de proporcionalidad”* [DÍEZ-PICAZO, LM (2003), pp. 48-49].

Pero, y en atención al valor del derecho fundamental afectado, en esos conflictos se reconoce un valor prevalente a las libertades de expresión e información salvo que se cumplan determinados parámetros en relación con la restricción a que se pretenda someter a dichos derechos. Según la doctrina constitucional, estos parámetros según los cuales puede hacerse prevalecer otro derecho o valor constitucionalmente relevante sobre las libertades objeto de estudio mediante la imposición de restricciones a las mismas son las siguientes: en primer lugar, la restricción que se pretende imponer ha de ser realmente necesaria para la salvaguarda del derecho o valor constitucionalmente relevante (valor que se pretende proteger frente a la injerencia que en dicho valor pudiera suponer el ejercicio de la libertad de expresión o información). En segundo lugar, debe analizarse si la medida es proporcionada en el sentido de no exigir un mayor sacrificio a la libertad de expresión e información que el necesario para proteger el valor o derecho constitucionalmente relevante en el que se basa la restricción a la libertad. En tercer lugar, es necesario garantizar que no existe otra medida menos restrictiva de la libertad de expresión e información que pudiere igualmente salvaguardar el bien o valor constitucionalmente protegidos sin restringir (o sin restringir tanto) las libertades de expresión e información.

Este mecanismo de aplicación de los derechos fundamentales o de ponderación viene siendo aplicado por abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De hecho, la propia regulación de las libertades de expresión e información del Convenio Europeo de Derechos Humanos (englobadas bajo un derecho

único de libertad de expresión) apunta a este mismo mecanismo de ponderación. En concreto, el artículo 10.2 de dicho convenio establece lo siguiente:

“El ejercicio de estas libertades, que entrañen 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 o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

Es decir, cualquier restricción que pretenda imponerse a la libertad de expresión (y por ende a la libertad de información que, por lo que respecta convenio europeo de derechos humanos, no es sino una expresión de aquella) deberá cumplir un triple requisito:

Por un lado, la restricción deberá estar prevista en una ley. Con este requisito se garantiza la seguridad jurídica, particularmente importante por lo que respecta a la libertad de expresión. Y es que, tal y como vienen defendiendo los tribunales norteamericanos, la inseguridad jurídica en este campo no viene sino a causar una restricción a la libertad de expresión mayor de la que pudiere justificarse de otra manera (“*chilling effect*”). Es decir, que cuando la restricción nuestra claramente delimitada, la prudencia de quienes emiten expresiones tenderá a buscar un margen de seguridad que excluirá la utilización de expresiones que en realidad son potencial o, incluso, seguramente, lícitas. Con ello la restricción irá más allá lo deseable y en vez de optimizarse la libertad de expresión, se estaba optimizando su restricción.

En segundo lugar, la restricción deberá estar justificada por un derecho o un bien o interés constitucionalmente relevantes. A estos efectos el artículo transcrito enumera que bienes o derechos pueden justificar una restricción a la libertad de expresión. También aquí la intención de optimizar la libertad es patente: si bajo cualquier pretexto se pudiera restringir la libertad, su valor como derecho prevalente y garantía institucional quedaría reducido prácticamente a la nada.

Y en tercer y último lugar, el artículo transcrito requiere que la restricción sea necesaria para alcanzar la protección de alguno de los anteriormente mencionados derechos o intereses relevantes. Es más, según este requisito no sólo ha de ser la restricción “necesaria”, sino que deberán constituir una “*medida necesaria en una sociedad democrática*”. Mediante esta expresión, el Convenio no hace sino referirse al mecanismo de ponderación que se ha apuntado en los anteriores párrafos.

¿Y cómo se aplica tal mecanismo de ponderación en concreto? En particular, y por lo que respecta a las libertades de información y expresión, tiene gran relevancia el ejercicio de ponderación que se realiza cuando estos pueden re-

sultar en injerencias en los derechos a la intimidad, al honor o a la propia imagen de las personas. Tal ejercicio de ponderación suele centrarse en el interés público de la opinión o información que se pretenda manifestar o difundir.

En particular, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que, cuando las libertades de expresión e información entren en conflicto con otros derechos reconocidos por la Constitución Española, habrán de ponderarse ambos derechos caso por caso, pero partiendo de una posición de prevalencia de las libertades de expresión e información siempre que se cumplan determinados requisitos que justifican esta prevalencia. Estos requisitos son: (i) que el asunto del que se esté informando o respecto del que se esté expresando una opinión sea un asunto de interés público, (ii) que en el ejercicio de la libertad de expresión o de información no se estén empleando expresiones innecesaria o formalmente injuriosas y (iii) que, cuando la libertad que se está ejerciendo sea la libertad de información (i.e.- se estén exponiendo hechos y no opiniones), todas las informaciones difundidas sean veraces, en el sentido de que hayan sido contrastadas diligentemente por el periodista o medio que las difunde. Así lo recogen, entre otras, las SSTC 21-11-1995 (RTC 1995/173), 3-12-1992 (RTC 1992/219), 14-2-1994 (RTC 1994/41), 8-6-1988 (RTC 1988/107), 12-11-1990 (RTC 1990/171), 11-11-1991 (RTC 1991/214), 30-3-1992 (RTC 1992/40), 8-6-1992 (RTC 1992/85), 18-1-1993 (RTC 1993/15), 31-5-1993 (RTC 1993/178), 12-11-1990 (RTC 1990/172) 16-11-1992 (RTC 1992/190).

Nótese que aunque las libertades de expresión e información suelen sobre todo entrar en conflicto con los derechos fundamentales al honor, la intimidad o a la propia imagen, no son estos los únicos conflictos que se plantan con tales libertades; y ello a pesar de que, dado la abundancia de jurisprudencia en este sentido, así lo parezca a veces. También se dan conflictos con la seguridad del Estado (secretos oficiales), con la protección de menores (procedimientos judiciales en los que estén involucrados, contenidos perjudiciales para su sano desarrollo mental), derechos de los consumidores (acciones contra el engaño comercial) o al propio sistema de mercado (acciones contra actos de competencia desleal denigratorios o que causen confusión) Supuestos como el que nos ocupa, en el que la restricción a la libertad de expresión se enmarca la regulación del mensaje publicitario o promocional. Pues bien, en todos estos conflictos es relevante el mecanismo de ponderación.

3. La protección constitucional del discurso publicitario

El breve repaso hecho en las anteriores líneas al mecanismo de ponderación utilizado para determinar la protección que el ordenamiento jurídico concede (en puridad, debería decirse, “reconoce”) a los derechos fundamentales será de utilidad a la hora de valorar la declaración que en esta sentencia se realiza reconociendo la protección constitucional del mensaje publicitario.

Pero, en definitiva, el nudo gordiano que había resuelto la sentencia que es objeto de comentario (es decir, si no existiese el precedente que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), no sería el haber determinado el mecanismo de protección del mensaje publicitario, sino el propio reconocimiento de que dicho mensaje publicitario tiene relevancia constitucional desde el prisma de la libertad de expresión.

Este reconocimiento parece obvio. Sin embargo, es sólo más de treinta años después de haberse promulgado nuestra constitución, más de veinte años desde que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se haya pronunciado en igual sentido, que al fin ha llegado una declaración expresa desde la jurisdicción española reconociendo la protección constitucional del mensaje publicitario. Parece, pues, procedente, preguntarse por qué ha tardado tanto tal declaración. Y para averiguar estas razones nada mejor que, una vez determinados los fundamentos de la posible protección constitucional de este tipo de mensajes, repasar brevemente cuál ha sido la historia del reconocimiento de dicha protección tanto desde el punto de vista europeo como desde el punto de vista del derecho comparado (o, más particularmente, del derecho norteamericano, que en estas cuestiones suele anticiparse en el tiempo a lo que, más tardíamente, sucede en nuestro entorno jurídico).

3.1. Fundamentos

El discurso publicitario no deja de ser precisamente eso: un discurso. Es decir, que sin perjuicio de ulteriores consideraciones, en todo caso el mensaje publicitario es un mensaje o, si se prefiere, una manifestación expresiva. Y por tanto, de ello cabe poca duda, está protegido por la libertad de expresión. Para llegar a esta conclusión no hace falta entrar en complicadas consideraciones jurídicas o filosóficas: ni en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en el artículo 20 de la Constitución Española se hace diferencia alguna respecto del tipo de contenido expresivo protegible. Toda expresión es, en principio, constitucionalmente protegible.

Y por tanto, independientemente de si la difusión de este tipo de expresiones implica no el ejercicio de una facultad correspondiente al núcleo la libertad de expresión (podemos anticipar ya que no es así) e independientemente de si tal difusión se corresponde con las facultades que configuran la libertad de expresión como garantía institucional (y tampoco es éste el caso); uno de los fundamentos de la protección de la protección constitucional del mensaje publicitario es precisamente éste: que se trata de un mensaje.

Pero no es ésta la única razón por la que el mensaje publicitario merece protección constitucional. Porque, en ocasiones, el mensaje publicitario también transmite información. No debe olvidarse que, aunque la principal finalidad mensaje publicitario sea la de atraer el consumo de los bienes o servicios

publicados, también cumple una finalidad informativa, y bastantes veces de relevancia. Y es que, cuando menos, el mensaje publicitario transmite al mercado información sobre la disponibilidad de bienes y servicios, sus características e incluso, aunque no necesariamente, sobre su precio. Pero, más allá, en ocasiones el mensaje publicitario se imbrica con informaciones sobre el mercado o incluso con realidades sociales a las que otorga cierta relevancia. Esta última afirmación pudiese sonar extraña si no fuese porque cualquier lector que haya estado medianamente atento a las vallas publicitarias los últimos años podrá recordar con facilidad las polémicas campañas de la compañía Benetton. A través de ellas, la mencionada compañía no sólo ha pretendido reforzar su imagen de marca, sino también llamar la atención sobre cuestiones de gran relevancia social como el SIDA, la homosexualidad o el racismo. En estas ocasiones la difusión del mensaje publicitario no sólo representa un supuesto ejercicio de la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1.a) de la Constitución Española, sino que también constituye una comunicación de información que, si es verdad, está protegida por la libertad de información objeto del apartado d) de dicho artículo 20.1.

Es además esta función informadora la que lleva a considerar la existencia de otro derecho fundamental afectado por la realidad publicitaria. Porque, en definitiva, el mensaje publicitario transmite información a través del mercado entre quienes ofrecen y demanda de productos y servicios. Información, ya se ha dicho, relativa a la disponibilidad de dichos bienes o servicios, pero también en ocasiones sus características y precio o incluso determinadas ofertas especiales que les puedan afectar. Al transmitir esta información, se facilita la transparencia del mercado y el propio mecanismo de competencia en el que se basa la economía de mercado (aunque también caben opiniones contrarias y muy autorizadas que entienden que el mensaje publicitario, precisamente por tener una función adicional a la transmisión información, que es la de convencer a los potenciales consumidores, distorsiona el funcionamiento del libre mercado [KENNETH GALBRAITH, J. (2005)]).

Es decir, el mensaje publicitario, amén de ser expresión protegible constitucionalmente, garantiza la economía de mercado y supone una manifestación del principio de libre empresa, reconocido como los demandados por el artículo 38 de la Constitución Española a cuyo tenor *“se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*. No obstante, habría que señalar que la libertad de empresa no se encuentra entre los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo segundo, merecedores de la protección establecida en el artículo 53.2 de la Constitución Española. Y la verdad es que la efectividad real de este derecho constitucional la pone en duda en el día a día la práctica legislativa y super-motorizada a la que, hoy en día, se somete el mundo empresarial (a pesar de normas como la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Libre Prestación

de Servicios, que representan excepciones). Merece la pena, para valorar el auténtico valor de esta libertad, consultar trabajos como el firmado por CIDONCHA [CIDONCHA, A. (2006)].

Por tanto, parece en principio que el discurso publicitario está más protegido que otro tipo de discurso, puesto que la difusión de mensajes publicitarios no sólo está amparada por la libertad de expresión, sino que también lo está, en ocasiones, por la libertad de información e, incluso, por la libertad de empresa. Pero la realidad histórica ha venido siendo otra bien distinta y, a pesar del importante hito que supone la sentencia del Tribunal Supremo que nos ocupa, no parece excesivamente probable que a partir de la misma las restricciones al discurso publicitario se vean mermadas sustancialmente. Todo lo más, como se ha comentado, parece que esta sentencia, si acaso, ralentizará la progresión que ha tenido esta regulación, hoy por hoy mastodónica.

3.2. Breve referencia al Derecho Comparado

Como es usual en esta materia, por lo que parece fueron los norteamericanos los primeros que se plantearon la posible con protección del discurso publicitario a través de la libertad de expresión (“freedom of speech”, según queda la misma protegida por la primera enmienda a la Constitución Norteamericana).

En efecto, ya en 1976 reconoció el Tribunal Supremo norteamericano, en su famosa sentencia *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748 [1976]) que el discurso comercial o publicitario también se encuentra, como otro tipo de discursos, protegido por la libertad de expresión consagrada en la primera enmienda a la constitución norteamericana.

A partir de dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo norteamericano ha ido elaborando una doctrina a partir de la cual puede afirmarse que, aunque el discurso publicitario recibe protección constitucional, ésta es inferior a la que recibe el discurso público. Así, mientras que éste sólo puede ser limitado por restricciones que superen un estándar de revisión riguroso o calificado (*strict scrutiny*), el discurso publicitario puede limitarse mediante cuantas restricciones superen el llamado test del caso *Central Hudson*. Conforme a este test, elaborado a partir del caso *Central Hudson Gas & Electricity Corp v. Public Service Commission* (447 U.S. 557 [1980]), para que un discurso comercial quede protegido por la primera enmienda frente a una restricción legal, han de darse cuatro condiciones: En primer lugar, el discurso de referirse a una actividad lícita y no ser de carácter engañoso. En segundo lugar, el interés perseguido por el estado al regular ese discurso ha de ser un interés sustancial. En tercer lugar, la restricción que pretenda establecer el estado debe ser idónea para satisfacer el mencionado interés y, por último, la restricción tiene que ser estrictamente la esencial para la consecución del interés protegido (es decir, que no deberá

ser concebible la satisfacción de ese interés mediante una medida menos restrictiva para con la libertad de expresión).

El paralelismo con los mecanismos utilizados entre nosotros para la protección de los derechos fundamentales es indudable. De esta manera, la protección del discurso público político, protegido en la doctrina constitucional norteamericana bajo el *strict scrutiny test*, equivaldría a la que, en la doctrina constitucional española, ha de darse al discurso público o político mediante que se están ejerciendo facultades que conforman el núcleo de la libertad de expresión (en cuanto a que garantía institucional que asegura el funcionamiento del sistema democrático). Por otra parte, la protección del discurso comercial mediante el uso del test del caso Central Hudson viene a equivaler a la protección que habría de otorgarse en España a un ejercicio de la libertad de expresión que no pudiese calificarse como “núcleo” de tal derecho fundamental y que, por tanto, debiera protegerse mediante la ponderación de las circunstancias, aplicando el principio de proporcionalidad (principio del que sería un buen exponente el citado test del caso Central Hudson).

No obstante, y como bien señala RUBÍ PUIG, “*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 recibirían mayor protección cuando fuera proporcionada por un médico que cuando fuera por su fabricante. Ello puede parecer entrada razonable, pero también los cursos sobre anticonceptivos realizados por un fanático religioso o un charlatán recibirían mayor protección*” [RUBÍ PUIG, A. (2008) pp.114]. Esta crítica, enmarcada en uno de los mejores estudios realizados sobre publicidad y libertad de expresión, no puede ser más acertada. Y es que diferenciar entre ambos tipos de discurso, en especial en el mercado en el que los límites de ambos se han difuminado profundamente, es en extremo complicado. Porque, en efecto, y a pesar de que la Ley 34/1988 General de la Publicidad, en su artículo 9, obliga a los medios a deslindar los contenidos publicitarios de los que no lo son, la realidad ha sobrepasado dicho principio con fenómenos como el *product placement* o emplazamiento publicitario de productos (fenómeno consistente en introducir productos o marcas en producciones audiovisuales con el objeto de promocionarlos) o, por poner otro ejemplo, los llamados “informerciales” (programas de televenta que, en su estructura, mezclan elementos publicitarios con otros aparentemente informativos o demostrativos de las características del producto vendido). Y también porque, en la realidad, se dan ejemplos de mensajes publicitarios que entremezclan el mensaje comercial con contenido informativo o, incluso, formativo, como puede ser el caso de anuncios de preservativos que intenten fomentar conductas sexuales responsables.

3.3. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La problemática y *excursus* del razonamiento seguido por el Tribunal Supremo norteamericana ha sido reproducido, casi sin matices, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en el archiconocido caso *Casado Coca c. España* [STEDH 24-2-1994 (TEDH\1994\1)], el tribunal resolvió expresamente y en sentido favorable la cuestión sobre si protección que el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce a libertad de expresión alcanza al mensaje publicitario. En el caso en cuestión, el señor Casado Coca, abogado ejerciente, fue sancionado por el colegio de abogados de Barcelona por promover la publicación de anuncios publicitarios en diversos medios a través de los que se ofrecían sus servicios profesionales. El letrado fue recurriendo la sanción, instancia tras instancia, hasta encontrarse con una sentencia del Tribunal Supremo que confirmaba las anteriores instancias [STS 23-9-1988 (RJ\1988\7252)] y con una providencia del Tribunal Constitucional que inadmitió el amparo entonces pretendido. Llevada la cuestión ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el mismo reconoció (entonces por primera vez) que en efecto el mensaje publicitario está protegido por la libertad de expresión. No obstante, y sobre la base de la posibilidad, reconocida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de establecer determinadas restricciones a dicha libertad, admitió que las mismas resultaban, en este caso, proporcionadas y por tanto conformes con lo previsto en el artículo 10.2. En palabras del Tribunal, “*Según la jurisprudencia del Tribunal, los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para juzgar la necesidad de una injerencia, pero este margen va a la par de un control europeo que afecta tanto a las normas pertinentes como a las decisiones que las aplican [...]. Lo mismo ocurre con la publicidad. La tarea del Tribunal se limita, pues, en el presente caso, a averiguar si las medidas adoptadas a nivel nacional se justifican en su origen y son proporcionadas [...]. El Tribunal hace notar que dichas normas autorizaban la publicidad en determinados casos –en el momento de la instalación de un despacho o con motivo de un cambio de composición, de dirección o de número de teléfono–, y en determinadas condiciones. La prohibición no era, por tanto, absoluta. [...] la 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, [...] Este amplio abanico de normas 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 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. Teniendo en cuenta lo que precede, el Tribunal estima que la reacción de las autoridades competen-*

tes no podía, en aquella época (1982-1983), ser considerada desproporcionada con el fin perseguido”.

Esta decisión fue seguida de otras de similar contenido, en las que se matizaba la aplicación del principio de proporcionalidad y, asimismo, en las que se profundizaba en la dificultad relativa a la extinción entre el discurso público y el discurso meramente comercial, como puede ser el ejemplo de la STEDH dictada en el caso *Barthold c. República Federal de Alemania* (TEDH 1286/1). En definitiva, el tribunal europeo de derechos humanos ha ido persiguiendo el equilibrio justo ante el principio de proporcionalidad y el margen de apreciación concedido a los estados para proteger intereses jurídicamente relevantes conforme a lo previsto en el artículo 10.2 de Convenio Europeo de Derechos Humanos, profundizando para ello en el sentido de la expresión “*medidas necesarias en una sociedad democrática*”. De nuevo, para un estudio en profundidad sobre la cuestión, puede consultarse RUBÍ PUIG [RUBÍ PUIG, A. (2008) pp.120 yss].

3.4 *La postura doctrinal existente desde el caso Casado Coca*

Por supuesto, y como no puede ser de otra manera, a partir del caso *Casado Coca* la doctrina constitucionalista española ha venido entendiendo, de hecho dando por sentado, que, en efecto, el mensaje publicitario se encuentra protegido por la libertad de expresión reconocido en el artículo 20 de la Constitución Española. Por supuesto, una vez que Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya se había pronunciado en este sentido, y dado el valor que tal pronunciamiento tiene en el Derecho Español, no cabían muchas dudas al respecto. En este sentido se han pronunciado, entre otros, LEIÑENA MENDIZÁBAL e IRAKULIS ARREGI [LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. e IRAKULIS ARREGI, N. (2005)], PARDO LÓPEZ [PARDO LÓPEZ, MM. (2009) pp. 56 y ss], DE LA CUESTA RUTE [DE LA CUESTA RUTE, JM. (2002) pp. 45 y ss], DIEZ-PICAZO [DIEZ-PICAZO, LM (2003), pp 285-287] o RUBÍ PUIG [RUBÍ PUIG, A. (2005) *Competencia Desleal...*, (2005) *Publicidad y Libertad de Expresión*, y (2008)].

En definitiva, la incertidumbre doctrinal al respecto de la protección constitucional del mensaje publicitario ha venido siendo inexistente. No se trataba, en absoluto, de una cuestión debatida. No obstante, la certidumbre de la doctrina no había venido siendo acompañada de jurisprudencia alguna que confirmarse esta posición.

3.5 *El silencio del Tribunal Supremo*

“La publicidad como medio de captación de clientela no comporta el ejercicio de una actividad comprendida como derecho fundamental en el artículo 20 de la Constitución, ya que no se traduce en la mera expresión de un pensamiento, ideas, u opiniones mediante

palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, como indica ese precepto, sino la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad que altera la libre competencia que debe regirla y la defensa de los intereses de los posibles clientes [...], por lo cual cuando se trate de publicidad la norma constitucional invocada debe ser restringida en aras de los principios aludidos que enmarcan el ejercicio de una actividad profesional colegiada". Estas son, en la práctica, las únicas palabras que sobre la cuestión que nos ocupa había pronunciado el Tribunal Supremo hasta dictar la sentencia que es objeto de este comentario. Se trata, como puede fácilmente deducirse, del razonamiento contenido en la STS 23-9-1988 (RJ\1988\7252) que dio origen, cuando la cuestión fue elevada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la sentencia que el mismo dictó en el asunto *Casado Coca*.

Desde entonces no había vuelto a pronunciarse el Tribunal Supremo, al no presentársele oportunidad (como tampoco había tenido ocasión de pronunciarse Tribunal Constitucional)... ¿o si había habido tal oportunidad?

En la STS 3-2-2005 (RJ 2005\1458) se enjuiciaba un caso originado por la publicación, en la revista corporativa de Eroski, de un artículo titulado "Queso fresco, con mucho cuidado". En dicho artículo se afirmaba que los análisis efectuados a los quesos de "Mantequerías Las Nieves, S.A." revelaban la existencia de elevados niveles del germen de la listeria. El citado fabricante de quesos demandó a la Cooperativa Eroski alegando que la misma había realizado un acto de competencia desleal y, concretamente, un acto de denigración de los prosritos por el entonces artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal. Tanto él juzgado de primera instancia como la Audiencia Provincial de Vizcaya desestimaron la demanda interpuesta. El Tribunal Supremo confirmó, en casación, el fallo de dichas instancias por entender que no era de aplicación la Ley de Competencia Desleal, con el argumento de que *"la publicación de un artículo informativo, que no denigratorio, por una sociedad o asociación o cooperativa de consumidores, sobre un bien de consumo, no estaría jamás en el ámbito de la competencia desleal, lo que deriva de la filosofía de la Ley, inspirada en el Derecho comunitario, como sistema de ordenación y control de los comportamientos desenvueltos en el mercado y relacionados con el intercambio de bienes y servicios, sin malas artes concurrentes; el bien jurídico protegido es la competencia y, en concreto, la competencia económica, siendo la libertad de competencia, contenido esencial de la libertad de empresa proclamada constitucionalmente. No se ha producido, pues, acto alguno de competencia desleal, con fines concurrentes; la sociedad demandada no es una empresa concurrente, su publicación no se incardina en la previsión de los artículos 1 y 2 de la Ley Competencia Desleal"*.

Pues bien, como ya ha puesto de manifiesto RUBÍ PUIG [RUBÍ PUIG, A. (2005) *Competencia Desleal...*, (2005)], la argumentación utilizada por el Tribunal Supremo en aquella ocasión es a todas luces incongruente con la correcta interpretación de los artículos 1 y 2 de la Ley de Competencia Desleal. Pero, sobre todo, y como el mismo autor destaca, porque con ello el Tribunal Supremo perdió una ocasión absolutamente idónea para pronunciarse sobre la protec-

ción constitucional del mensaje publicitario o comercial. En las palabras del autor “*es criticable que el tribunal no se refiera expresamente a la libertad de expresión, en cambio sí recurra al canon razonable de la veracidad –utilizado desde la STC 6/1998, de 21 enero, como instrumento estando para resolver las tensiones entre la libertad de información/expresión y los derechos de la personalidad [...] en definitiva, no se entiende la reticencia de los tribunales españoles a llevar la libertad de expresión más en el discurso público y reconocer algún grado de eficacia en el mercado de productos y servicios*”.

Desaprovechada esta oportunidad de establecer, siquiera mediante un *obiter dictum*, un claro precedente jurisprudencial sobre la protección del mensaje publicitario por la libertad de expresión (y en un caso en que, precisamente, esta era la clave para resolver correctamente el supuesto de hecho sometido enjuiciamiento), llega al Tribunal Supremo del recurso de casación que dio lugar a la sentencia objeto de comentario. Y en este caso, ahora sí, el Tribunal Supremo decidió aprovechar la ocasión.

4. El reconocimiento de la protección constitucional del discurso publicitario en la Sentencia

En efecto, en su recurso de casación, el recurrente, la mercantil Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, S.A. aducía, entre otros motivos, la infracción de los apartados a) y d) del artículo 20.1 de la Constitución Española. Entendía la recurrente en casación que la limitación que imponían las resoluciones judiciales impugnadas en su facultad de emitir el mensaje constituía una injerencia indebida en dichos derechos fundamentales.

El planteamiento de este motivo por el recurrente es fundamental, puesto que es precisamente tal planteamiento, el que ha permitido al Tribunal Supremo emitir por fin un pronunciamiento afirmando la protección del mensaje publicitario por el artículo 20 de la constitución española. Pero también es fundamental ese planteamiento realizado porque escoge invocar tanto la libertad de expresión (artículo 20.1.a) de la Constitución Española) como la libertad de información (artículo 20.1.d) de la Constitución Española). Y ello a pesar de existir alguna tendencia doctrina significativa que entendía que sólo la libertad que él de información protegía el discurso publicitario [DIEZ-PICAZO, LM (2003), p. 287].

El tribunal recoge este planteamiento y lo hace suyo de manera expresa, rotunda y clara: tanto la libertad de expresión como la de información protegen la difusión de mensajes publicitarios. En particular, y a tenor dispuesto en su Fundamento Quinto, la Sentencia, tras indicar que “*la posibilidad de adscribir el mensaje publicitario al marco de protección que las normas constitucionales de las sociedades democráticas reconocen a las libertades de información, opinión e, incluso, creación artística, ha sido admitida en fechas relativamente recientes*”, hacer un breve repaso del estado de la cuestión desde el punto de vista del Derecho Internacional y Comparado e inclu-

so dejar sentado que este tipo de comunicación “*puede tener un contenido informativo o integrado por ideas u opiniones o ambos a la vez, en todo caso con una relevancia cada vez mayor en el proceso de toma de decisiones en el mercado por parte de quienes son sus destinatarios*”, se pronuncia con rotundidad: “*El hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa no justifica, como se había entendido por algunos, negar a los mensajes comerciales acceso al ámbito de regulación cuyo núcleo representa el artículo 20 de la Constitución Española [...] Una negativa en tal sentido no sólo sería contraria al efecto que hay que atribuir a Tratados que forman parte de nuestro ordenamiento –artículos 10, apartado 2 y 96, apartado 1, de la Constitución Española–, sino que carecería de apoyo en el citado artículo 20, el cual no distingue entre contenidos merecedores del amparo especial que ofrece, mediante la tutela del ejercicio de la libertad en los ámbitos que contempla, a la dignidad de los ciudadanos*”.

Esta última reflexión no es baladí y debería de conducir, en principio, a un tratamiento idéntico la protección constitucional de todo tipo de expresiones, evitando así los problemas que aquejan a la doctrina del TEDH en relación con la existencia de mensajes mixtos o híbridos en los que se combinan diferentes finalidades (publicitarias, políticas, sociales).

Con este pronunciamiento, nuestro más Alto Tribunal cierra la cuestión desde todos frentes posibles: no sólo afirma la protección del mensaje publicitario por las dos libertades referidas, sino que, más aún, apunta que la actividad publicitaria es “*una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa*”.

Pero, evidentemente, éste sólo pronunciamiento no es suficiente, salvo que se entendiese que la difusión publicitaria constituye una manifestación de una facultad integrante del núcleo de las libertades de expresión e información referidas. No siendo este caso, procede que el Tribunal realice un ejercicio de ponderación, aplicando el principio de proporcionalidad. Y ello con el fin de determinar si la restricción en dichas libertades derivadas de la aplicación pretendida por la asociación demandante de los artículos de la Ley General de Publicidad y de La Ley de Televisión sin Fronteras invocados por la misma es admisible desde el prisma constitucional.

5. La ponderación de los derechos y valores enfrentados efectuada en la Sentencia

En definitiva, el juzgador de instancia, asumiendo como propia la tesis de la asociación demandante, entendía que esta publicidad incitaba a sus destinatarios a la violencia o, cuando menos, a llevar a cabo comportamientos antisociales (el pinchazo de las ruedas del automóvil de un tercero) y con ello se infringían las previsiones contenidas en los artículos tres, letras a) y e), de la Ley General de Publicidad y 8.1 de la Ley de Televisión sin Fronteras. La pretensión de la asociación demandante, se entiende (aunque no se comparta), es la de

que el spot televisivo de Mitsubishi incitaba a la comisión de comportamientos ilícitos.

Ahora bien, una vez que el Tribunal califica la publicidad con una expresión protegida constitucionalmente, corresponde al mismo determinar si la restricción resultante de aplicar tales normas es proporcionada conforme al test de constitucionalidad o no (o, al menos, si la restricción resúltale de aplicar tales normas en el caso concreto objeto de enjuiciamiento es proporcionada conforme a dicho test).

La sentencia, el mencionado Fundamento Jurídico Quinto, recoge la afirmación de que el mensaje publicitario está protegido por las libertades de expresión e información y, tras mencionar (como no puede ser de otra manera) que hasta los derechos fundamentales admiten restricciones, expone el funcionamiento del mecanismo de ponderación y del principio de proporcionalidad al advertir que cualquier restricción al derecho fundamental debe estar justificada en la consecución de fines legítimos de relevancia constitucional, ha de ser idónea o adecuada para la consecución de dichos fines y, finalmente, proporcionada a dicha consecución. En definitiva, un test que no deja de ser equivalente al del caso *Central Hudson*.

No obstante, finalizada esta exposición el mecanismo de proporcionalidad, la sentencia no llega a aplicarlo hasta el Fundamento Jurídico Séptimo. Y cuando lo hace, se despacha con un escueto pronunciamiento en el que se afirma que “*con razón sostiene la recurrente que la naturaleza ridícula de la situación, su contenido jocoso, el contraste y la incongruencia entre la aparente seriedad del personaje principal del anuncio y su absurda reacción, convierten al mismo en inocuo e intrascendente desde el punto de vista de los bienes que el Tribunal de apelación se decidió a proteger*” para constatar “*la realidad de una injerencia innecesaria en defensa de un bien –la dignidad de la persona– que no había sido lesionado ni amenazado*”. Es decir, que para el Tribunal Supremo, el *animus iocandi*, evidente en el spot enjuiciado, excluye la posibilidad de considerar afectado el bien jurídico constitucionalmente relevante que es objeto de regulación por los artículos invocados por la asociación demandante. Por ello, la restricción impuesta por las sentencias de instancia (conforme a los artículos enjuiciados y en el caso concreto) no supera el test de proporcionalidad (que requiere asistencia y la finalidad relevante que justifica la restricción) y ha de considerarse inconstitucional.

Nada que oponer a este razonamiento. Salvo, si acaso, que para este viaje no hacían falta tantas alforjas. A la misma conclusión, casando las sentencias de instancia, se podría haber llegado considerando que el *animus iocandi* existente en el spot, al excluir cualquier afección del bien jurídico protegido por las normas citadas de la Ley General de Publicidad la Ley de Televisión sin Fronteras, excluía cualquier posibilidad razonable de incitación a comportamientos violentos y con ello la propia aplicación de las mismas conforme a los criterios de aplicación del Derecho previstos en el artículo 3 del Código Civil, a cuyo tenor

las normas jurídicas se aplicarán “*atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”.

No obstante lo anterior, tal crítica al razonamiento efectuado por la resolución analizada no deja de pecar de un cierto fariseísmo. Se esperaba desde hace tiempo (desde hace mucho tiempo) un pronunciamiento que diera carta de naturaleza en la jurisprudencia española a los principios sentados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con esta sentencia se ha cumplido tan esperado acontecimiento y sólo ello merece ya un reconocimiento laudatorio.

6. Bibliografía

- CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, Navarra 2006, ed. Thomson Civitas.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M., *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, ed. Eunsa.
- DIEZ-PICAZO, L.M, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid 2003, ed. Thomson Civitas.
- KENNETH GALBRAITH, J., *The economics of innocent fraud*, London 2005, ed. Penguin.
- LARA GONZÁLEZ, R., *La denigración en el derecho de la competencia desleal*, Navarra 2007, ed. Cuadernos Civitas.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. e IRAKULIS ARREGI, N. (2005), “La publicidad contraria al orden constitucional y los derechos de la personalidad”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales num. 20/2004*, Pamplona 2005, ed Aranzadi.
- LLAMAZARES CALZADILLA, M.C., *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Madrid 1999, ed. Civitas.
- MADRENAS I BOADAS, C. *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal (la parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia)* Madrid, 1990, ed. Civitas.
- STUART MILL, J., *On Liberty* London 1982, ed. Penguin.
- PARDO LÓPEZ, MM. *Comentario artículo tres en comentario la ley general de publicidad (VVAA)*. Navarra, 2009, ed. Thomson Reuters.
- RUBÍ PUIG, A., (2005), “Competencia Desleal y libertad de expresión”, *Indret* (291), Barcelona, 2005.
- “Competencia Desleal y libertad de expresión (La doctrina del Commercial Speech en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU)”, *Indret* (311), Barcelona, 2005.
- *Publicidad y Libertad de Expresión*, Navarra, 2008. ed. Thomson Civitas.