

# PUBLICIDAD TELEVISIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES (\*)

LUIS MARIA DIEZ-PICAZO

*SUMARIO:* I. LA PLURALIDAD DE REGULACIONES DE LA PUBLICIDAD TELEVISIVA.—II. PUBLICIDAD TELEVISIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: CORRIENTES JURISPRUDENCIALES.—III. PUBLICIDAD TELEVISIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: PROBLEMAS TEÓRICOS.—IV. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

## I. LA PLURALIDAD DE REGULACIONES DE LA PUBLICIDAD TELEVISIVA

La regulación de la publicidad televisiva es particularmente compleja no sólo porque se basa en normas especiales, que modulan la legislación general en materia publicitaria, sino también porque dichas normas especiales proceden de una variedad de fuentes (nacionales, comunitarias, internacionales). A este respecto, dos instrumentos resultan cruciales en la esfera europea: el Convenio Europeo de Televisión Transfronteriza, celebrado en 1989 bajo los auspicios del Consejo de Europa; y la Directiva 89/552 de la Comunidad Europea, conocida como «Televisión sin Fronteras», que fue aprobada el mismo año en gran medida para no perder el paso con respecto a la iniciativa del Consejo de Europa. Conviene señalar que, mientras el Convenio nunca ha sido ratificado por España, la Directiva ha sido transpuesta en el ordenamiento español mediante la Ley 25/1994.

Frente a avances técnicos que hacen cada día más fácil la recepción de transmisiones televisivas originadas fuera de las propias fronteras, ambos instrumentos se proponen un parecido objetivo: proclamar el principio de la lla-

---

(\*) El presente escrito recoge el texto de una ponencia presentada en el Congreso Europeo de Derecho Audiovisual, celebrado en Sevilla en octubre de 1996 bajo la dirección del profesor Santiago Muñoz Machado, que ha autorizado su publicación separadamente.

mada «libertad de recepción». Este se opone a la pretensión —invocada durante décadas por bastantes países, especialmente del área socialista— de la existencia de una regla internacional de «consentimiento previo» del Estado receptor a las transmisiones procedentes del extranjero. El principio de libertad de recepción se basa en la común aceptación por los países miembros del Consejo de Europa del derecho fundamental a la libertad de expresión e información y, por lo que se refiere específicamente a la Directiva, también en una de las cuatro libertades comunitarias: la libertad de prestación de servicios.

A fin de implantar la libertad de recepción, ambos instrumentos siguen un método similar, consistente en limar algunas de las más notables diferencias preexistentes entre las regulaciones nacionales del sector de la televisión. En particular, tanto el Convenio como la Directiva establecen ciertas reglas mínimas comunes en dos materias: la transmisión de programas de producción europea y la publicidad. Conviene destacar que estas reglas comunes son mínimas; es decir, los Estados quedan en libertad de imponer condiciones más estrictas.

A pesar de esta similitud de objetivos y contenidos, el Convenio y la Directiva presentan relevantes divergencias en tres puntos: primero, mientras el Convenio es un tratado internacional y sólo vincula a aquellos países que lo hayan firmado y ratificado, la Directiva es derecho comunitario derivado vinculante para todos los Estados miembros; segundo, mientras el Convenio excluye de su ámbito de aplicación las transmisiones televisivas puramente internas —esto es, aquéllas que no pueden ser recibidas en otros países—, la Directiva sólo excluye las transmisiones destinadas a terceros Estados, si bien es cierto que permite la relajación de algunas normas en materia de publicidad cuando la transmisión es puramente interna; tercero, el Convenio y la Directiva hacen definiciones diferentes de la publicidad. Así, mientras la Directiva se refiere sólo a la publicidad con fines comerciales, el Convenio incluye también la publicidad destinada a otros fines (políticos, culturales, etc.). La explicación de esta divergencia ha de buscarse en la particular relevancia, incluso como título competencial comunitario, que para la Directiva reviste la libertad de prestación de servicios. El Convenio, en cambio, está libre de limitaciones competenciales y puede orientarse directamente a incentivar la libertad de información. Esta diferencia es de crucial importancia, porque las actividades sujetas al Convenio son más amplias que las sujetas a la Directiva.

A la vista de todo lo anterior, no parece excesivo concluir que las regulaciones nacionales de la publicidad televisiva están quedando progresivamente relegadas a un papel residual. En España, se trataría de un fragmentario y disperso conjunto de normas recogidas en varios textos legales: la Ley General de Publicidad (1988), la Ley de Televisión Privada (1988), etc. Las mencionadas diferencias entre el Convenio y la Directiva no deben hacer perder de vista que

ambos instrumentos se basan en criterios sustancialmente similares, de modo que puede hablarse de un emergente «modelo europeo de publicidad televisiva». Este modelo posee, además, una no desdeñable fuerza expansiva. Así, por ejemplo, es cierto que los legisladores nacionales gozan aún de cierta libertad para establecer regulaciones diferenciadas para la publicidad televisiva puramente interna y para la publicidad no comercial; pero no parece que la existencia de diferentes tipos de regulaciones de la publicidad televisiva (interna y externa, comercial y no comercial) tenga mucho sentido en términos de intereses dignos de protección por el legislador, salvo en ciertos supuestos específicos como, por ejemplo, la propaganda electoral. Es cierto, asimismo, que los legisladores nacionales pueden imponer, en todo caso, normas más estrictas que las previstas por el Convenio y la Directiva; pero, salvo que exista un amplio consenso y una fuerte determinación, esta eventualidad es bastanté improbable, pues comporta serias consecuencias económicas para las redes de televisión. En otras palabras, la concurrencia entre regulaciones tiende a primar a la menos exigente (*race to the bottom*). Por todo ello, a efectos de analizar la conformidad con los derechos fundamentales de los límites impuestos a la publicidad televisiva, cabe tomar como referencia las dos mencionadas regulaciones europeas. Estas son, sin duda, suficientemente representativas.

Los límites que el Convenio y la Directiva imponen a la publicidad televisiva son bastante parecidos, incluso a veces en su concreta formulación literal. En sentido ascendente de intensidad, dichos límites pueden ser clasificados en tres grandes grupos, según se refieran al modo, el tiempo o el contenido de la actividad publicitaria.

En cuanto al modo, el principio general es que la publicidad televisiva debe ser identificable. Ello significa, ante todo, que la publicidad debe estar claramente separada del resto de la programación. De aquí, que sea ilícita la publicidad clandestina —esto es, la publicidad subrepticamente mostrada en el curso de un programa—, así como la publicidad subliminal. La identificabilidad determina, asimismo, las reglas relativas a esa específica manifestación de actividad promocional que es el patrocinio de programas (*sponsorship*): las empresas cuyos principales productos no pueden ser objeto de publicidad televisiva no pueden patrocinar programas, pues ello equivaldría a admitir una forma de publicidad indirecta; los programas patrocinados no deben invitar a adquirir productos del patrocinador; el patrocinador no debe ejercer influencia sobre el contenido o la línea editorial del programa patrocinado.

Siempre con respecto al modo de la publicidad televisiva, el Convenio establece otros dos principios: ha de ser leal y veraz. En todo caso, la omisión de estos principios en la Directiva no significa que no sean también de aplicación en el ámbito regulado por aquélla: el primero, por obra de las normas comuni-

tarias generales sobre competencia desleal; el segundo, en virtud de otra directiva, aprobada en 1984, tendente a reprimir la publicidad engañosa en cualquier medio.

Por lo que se refiere al tiempo, ambos instrumentos imponen límites particularmente complejos. Sin entrar en detalles, cabe señalar que se trata de normas relativas a la inserción de la publicidad, a su duración y a su periodicidad. Así, queda regulado en qué momentos cabe insertar la publicidad —ciertos programas no pueden ser interrumpidos, o pueden serlo sólo en determinados momentos—, cuál puede ser la duración máxima diaria del tiempo dedicado a la publicidad, etc. Conviene mencionar, incidentalmente, que es aquí donde la Directiva deja cierto margen a los Estados miembros para fijar reglas menos estrictas para las transmisiones puramente internas.

Con respecto al contenido de la publicidad televisiva, tanto el Convenio como la Directiva establecen tres tipos de límites: primero, la publicidad televisiva no debe atentar contra determinados valores (respeto a la dignidad humana; no discriminación por raza, sexo o nacionalidad; respeto a las creencias religiosas o políticas, etc.); segundo; la publicidad televisiva de determinados productos está prohibida (tabaco) o restringida (alcohol y medicamentos); tercero, la publicidad televisiva destinada a la infancia está fuertemente condicionada (prohibición de explotar la inexperiencia o credulidad infantil, de incitar directamente a la adquisición, etc.).

Es importante indicar, en fin, que con fecha 31 de mayo de 1995 la Comisión de la Comunidad Europea ha presentado una propuesta de revisión de la Directiva «Televisión sin Fronteras». Dos aspectos de esta propuesta son de interés en esta sede. Por una parte, se prevé una regulación autónoma del llamado *teleshopping*. A esta actividad promocional, intermedia entre la publicidad y la venta, le serían aplicables tanto las reglas que garantizan la identificabilidad de la publicidad televisiva como las normas comunitarias en materia de venta a distancia. Por otra parte, se prevé la posibilidad de que los Estados miembros impongan normas más estrictas a fin de lograr objetivos de política lingüística y de pluralismo cultural. Si bien esta posibilidad se refiere a las transmisiones de televisión en su conjunto, no podría dejar de tener influencia sobre la actividad publicitaria.

## II. PUBLICIDAD TELEVISIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: CORRIENTES JURISPRUDENCIALES

¿Qué derechos fundamentales cabe invocar frente a la regulación de la publicidad televisiva? ¿Cuáles son, dicho de otro modo, los derechos que el legislador (nacional, comunitario, internacional) de la publicidad televisiva debe

respetar en todo caso? En un plano meramente hipotético —esto es, sin hacer referencia a un ordenamiento concreto—, varios derechos fundamentales podrían llegar a ser operativos en esta materia. Así, cabe pensar, sobre todo, en dos derechos: la libertad de expresión e información y la libertad de iniciativa económica. Como complemento de ésta última, se podría añadir la garantía de la propiedad privada.

Antes de examinar la concreta aplicabilidad de estos derechos fundamentales a la publicidad televisiva, sin embargo, es preciso dejar constancia de dos dificultades. Por un lado, la relación entre derechos fundamentales y publicidad televisiva no es sino una manifestación del problema más general de si la actividad publicitaria, en cualquier medio, está cubierta por los derechos fundamentales. Ello dista de ser evidente y generalmente admitido y, en todo caso, suscita graves cuestiones teóricas. Por otro lado, no es fácil hallar en la jurisprudencia (nacional, comunitaria, internacional) muchas decisiones relativas a la aplicabilidad de los derechos fundamentales a la publicidad televisiva; y ello, a diferencia de lo que ocurre con la publicidad en general, donde las resoluciones judiciales son más abundantes.

Por estos dos motivos, parece preferible examinar primero las principales líneas jurisprudenciales relativas a la publicidad en general y sus implicaciones teóricas, dejando para un segundo momento el análisis de las especificidades de la publicidad en el medio televisivo. Conviene añadir que, en este terreno, existe una notable divergencia entre el enfoque norteamericano y las actitudes prevalentes en Europa. De aquí, que la comparación pueda resultar particularmente ilustrativa y fructífera.

La primera ocasión en que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se enfrentó al problema de la relación entre publicidad y derechos fundamentales fue la sentencia *Valentine v. Chrestensen* (1942); y lo hizo para negar que la actividad publicitaria estuviera en modo alguno cubierta por la libertad de expresión e información, proclamada por la 1ª enmienda de la Constitución. Aunque el Tribunal hizo esta afirmación de manera apodíctica, los comentaristas identificaron la razón de fondo: la atribución a la publicidad de un escaso valor para la formación de la conciencia crítica de los ciudadanos y, por tanto, para el correcto funcionamiento del proceso político democrático. Téngase presente que la libertad de expresión era tradicionalmente concebida como un instrumento imprescindible de la democracia.

Hubieron de pasar más de treinta años antes de que la jurisprudencia norteamericana cambiara de actitud e inaugurara su doctrina conocida como *commercial speech*. Con la sentencia *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council* (1976), en efecto, el Tribunal Supremo sostuvo por vez primera que la publicidad, entendida como invitación o propuesta de una

transacción comercial, está incluida dentro de la libertad de expresión; y ello, porque en una economía de mercado existe un interés constitucionalmente digno de protección en que los ciudadanos estén bien informados sobre los bienes y servicios que se ofrecen. El Tribunal señaló, asimismo, que el mensaje publicitario tiende a ser objetivamente verificable, de modo que goza de menor protección que otras formas de expresión (política, artística, etc.). En algunas resoluciones posteriores, se ha dado concreción a esta idea. Así, por ejemplo, la publicidad engañosa no está constitucionalmente protegida —recuérdese que, en sede de expresión política, el criterio de exclusión es la falsedad maliciosa— y lo mismo sucede con la publicidad sobre transacciones ilegales.

Con todo, la principal articulación de la idea de que la publicidad merece un menor grado de protección que otras formas de expresión vino dada por la sentencia *Central Hudson Gas & Electric Co. v. Public Service Commission* (1980), que aún hoy encarna el criterio básico en esta materia. El Tribunal Supremo afirmó que, para la consecución de un interés público legítimo (*substantial government interest*), el legislador puede imponer límites a la publicidad siempre que los medios sean adecuados al fin y la restricción no vaya más allá de lo necesario; es decir, la aplicabilidad de la libertad de expresión a la publicidad consiste simplemente en que la ley respete el principio de proporcionalidad. De aquí, además, que la garantía constitucional contra la censura previa no cubra la actividad publicitaria. Esta tendencia a dotar a la publicidad de un bajo nivel de protección constitucional culmina con la sentencia *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico* (1986), en la que el Tribunal Supremo indica que el legislador debe disfrutar de un cierto margen de apreciación en cuanto a la selección del medio más adecuado para lograr el interés público; y, en particular, resulta constitucionalmente admisible que, si el legislador puede prohibir o restringir determinadas transacciones —en este caso, se trataba del juego en los casinos—, pueda también prohibir o restringir la publicidad sobre las mismas. Esta doctrina ha sido confirmada en sentencias más recientes, como *Board of Trustees v. Fox* (1989) y *Peel v. Attorney Registration and Disciplinary Committee of Illinois* (1990).

Es interesante observar cómo la doctrina del *commercial speech* ha sido recibida en Canadá a partir de la reforma constitucional de 1982, la cual, separándose por primera vez de la tradición inglesa, introdujo una Carta de Derechos. La experiencia canadiense es ilustrativa no sólo porque acepta sin reservas que el mensaje publicitario es una forma de expresión, sino también por otros dos motivos: primero, porque la sección 1 de la Carta recoge una cláusula general sobre la incidencia del legislador en los derechos fundamentales, similar a la que puede hallarse en varios preceptos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en virtud de la cual los derechos por ella reconocidos están «sujetos sólo

a aquellos límites razonables, prescritos por ley, que se puedan demostrar como justificados en una sociedad libre y democrática»; segundo, porque la jurisprudencia canadiense ha debido enfrentarse a algunas de las más espinosas cuestiones que la relación entre publicidad y derechos fundamentales puede suscitar, en especial, sobre el modo y el contenido de aquélla.

Tres sentencias del Tribunal Supremo federal merecen ser aquí recordadas. En *Ford v. Quebec* (1988), tras afirmar por primera vez que el mensaje publicitario constituye una forma de expresión, se examinó si la ley provincial de Quebec que prescribía la exclusiva utilización de la lengua francesa en la publicidad respetaba los mencionados requisitos generales de razonabilidad y proporcionalidad. El Tribunal sostuvo que, si bien la promoción del francés es un objetivo legislativo legítimo, el medio seleccionado era desproporcionado: eran concebibles otros medios —por ejemplo, la exigencia de que todo mensaje publicitario sea expresado en francés, sin perjuicio del uso de otras lenguas— menos onerosos para los ciudadanos anglófonos. En *Irwin Toy v. Quebec* (1989), en cambio, el Tribunal admitió la constitucionalidad de una ley provincial de Quebec que prohíbe cualquier forma de publicidad dirigida a los menores de trece años; y ello, porque este fin justifica una amplia discrecionalidad del legislador en cuanto a la selección del medio. En *RJR-MacDonald v. Attorney General of Canada* (1995), por último, el Tribunal hubo de enfrentarse a una ley provincial de Quebec que establecía una prohibición absoluta de publicidad del tabaco. Aun admitiendo que la protección de la salud es un fin legislativo legítimo, la ley fue declarada inconstitucional, ya que tan drástica medida no estaría justificada en una sociedad libre y democrática, especialmente habida cuenta de que el consumo y comercio de tabaco son lícitos.

En Europa, la idea de que la publicidad pueda estar cubierta por la libertad de expresión e información ha sido tradicionalmente rechazada. La razón es similar a la prevalente en Norteamérica antes de 1974: se trataría de un derecho fundamental destinado a hacer posible la democracia, no los negocios. Sólo en Alemania es posible hallar algún atisbo de que la libertad de expresión podría llegar a incluir la actividad publicitaria; y aun así, no por su valor intrínseco, sino sólo en la medida en que pueda constituir un soporte económico necesario para la autonomía de los medios de comunicación.

Sin entrar en un análisis pormenorizado de las distintas jurisprudencias nacionales, baste señalar la tendencia de fondo: en Europa, la posibilidad de otorgar cierta protección constitucional a la publicidad se ha canalizado, más que mediante la libertad de expresión e información, a través de los derechos fundamentales de libertad de empresa y propiedad privada. Ello ha conducido, en sustancia, a tratar los límites legislativos a la publicidad mediante la técnica de la ponderación de los intereses en juego. Es cierto, sin embargo, que esta común ac-

titud de fondo no excluye la posibilidad de detectar ciertas diferencias, que derivan de las distintas visiones de la garantía constitucional de la propiedad privada. Así, mientras en Francia se considera que si no hay transferencia de titularidad no hay expropiación —es decir, las limitaciones generales al contenido de la propiedad carecen de protección constitucional—, en Alemania prevalece la postura opuesta. De aquí, que en este último país la técnica de la ponderación adopte la forma, más compleja y exigente, del principio de proporcionalidad.

España no representa una excepción a esta tendencia general. En la única ocasión en que una invocación de la libertad de expresión e información frente a límites a la actividad publicitaria ha llegado al Tribunal Constitucional, éste la inadmitió mediante auto de 17 de abril de 1989, por entender que aquélla es un derecho fundamental que protege la formación de opiniones y el debate público, no la promoción de transacciones comerciales. Esta decisión del Tribunal Constitucional español es importante porque ha dado lugar a que, por primera vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declare expresamente y sin matices que la publicidad es una variedad de la expresión e información. Es cierto que la Comisión Europea de Derechos Humanos se había mostrado desde tiempo atrás favorable a esta solución; y es igualmente claro que este pronunciamiento había sido, de algún modo, preanunciado por otras sentencias, tales como *Barthold c. Alemania* (1985), *Markt Intern Verlag & Klaus Beerman c. Alemania* (1989) y *Gropper Radio c. Suiza* (1990).

No obstante, a diferencia esos precedentes, la sentencia *Casado Coca c. España* (1994) resuelve un caso de publicidad comercial en estado puro: la publicidad que un abogado hace de sus servicios. El Tribunal hace una afirmación de principio llamada a tener una enorme repercusión en Europa: al proclamar la libertad de expresión e información, el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no hace distinción alguna sobre los fines o motivaciones perseguidas y, por ello, no excluye el ánimo de lucro. A ello añade una consideración de índole teleológica: la publicidad puede proporcionar información útil a los consumidores. Es cierto que, al aplicar la cláusula de «medidas necesarias en una sociedad democrática», el Tribunal falló contra el recurrente y estimó que la limitación de ese tipo de publicidad está, hoy por hoy, justificado; y algo similar decidió, poco más tarde, en la sentencia *Jacobowski c. Alemania* (1994). Ello no obsta a que esta nueva orientación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos esté llamada a transformar la actitud europea sobre las relaciones entre publicidad y derechos fundamentales.

Mención aparte merece la jurisprudencia comunitaria en materia de publicidad. La principal preocupación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha sido asegurar que la libertad de prestación de servicios fuera efectiva con respecto a las transmisiones televisivas; y no conviene olvidar que uno de

los mayores obstáculos para ello estribaba precisamente en la publicidad, ya que algunos países (Bélgica, Países Bajos, etc.) mantenían una política de severa restricción de la publicidad en televisión.

En una primera fase, encarnada por las sentencias *Procureur du Roi c. Marc Debauxe* (1980) y *Bond van Adverteerders c. Países Bajos* (1988), el Tribunal afirmó la aplicabilidad a las transmisiones televisivas, incluida la publicidad, de la libertad de prestación de servicios y sentó algunas de las reglas que habrían de ser luego recogidas en la Directiva «Televisión sin Fronteras»: la libre prestación de servicios no es aplicable a las transmisiones puramente internas; las restricciones nacionales a la publicidad televisiva son válidas siempre que no discriminen por razón del lugar de origen de los mensajes o la nacionalidad del anunciante; la excepción del orden público nacional a la libre prestación de servicios no es utilizable para la consecución de fines económicos. Incluso después de la aprobación de la Directiva en 1989, es posible hallar algún caso, como la sentencia *Comisión c. Países Bajos* (1991), en que el objetivo sigue siendo imponer la libertad de prestación de servicios en el sector de la publicidad televisiva frente a actitudes recalcitrantes.

En una segunda fase, no obstante, el Tribunal ha debido ocuparse de problemas que tocan más directamente el núcleo de la relación entre publicidad y derechos fundamentales. Así, en la sentencia *Aragonesa de Publicidad c. Departamento de Sanidad de la Generalidad de Cataluña* (1991), se estima que la excepción de orden público justifica la prohibición impuesta por la Comunidad Autónoma de Cataluña a la publicidad de bebidas alcohólicas a partir de una determinada graduación. Más problemático era el caso resuelto por la sentencia *Leclerc Siplec c. TF1 y M6* (1995): la legislación francesa excluía de la publicidad televisiva, entre otros (prensa diaria, libros, etc.), el sector del comercio minorista. Lo más interesante aquí no es que el Tribunal declarara la conformidad de esta medida con el derecho comunitario, sino la motivación adoptada. Por una parte, el Tribunal afirma que la introducción de normas nacionales más estrictas en materia de publicidad televisiva no ha de basarse necesariamente en el específico art. 19 de la Directiva —que prevé esta posibilidad para la consecución de objetivos relacionados con el pluralismo informativo, la cultura, etc.—, sino que puede hallar también fundamento en el genérico art. 3, el cual no se refiere únicamente a la publicidad. De aquí, que el Tribunal sostenga que el fin perseguido al establecer normas más estrictas no deba ser forzosamente la protección de los consumidores o, en este supuesto, los espectadores. El fin perseguido, en este caso, era claramente de política económica. Por otra parte, como complemento de lo anterior, el Tribunal recuerda que la finalidad de la Directiva consiste tan sólo en establecer la libertad de recepción de las transmisiones televisivas entre los Estados miembros.

He aquí, pues, la mayor limitación del derecho comunitario a la hora de resolver problemas que, cayendo dentro de su ámbito, inciden sobre la relación entre publicidad y derechos fundamentales: su único objetivo es asegurar la libre prestación de servicios. Ello puede conducir a verdaderos callejones sin salida, cuyo ejemplo más ilustrativo viene dado, probablemente, por la sentencia *SPUC c. Grogan* (1991). Este es el caso del aborto en Irlanda, cuyos hechos son bien conocidos: un grupo de estudiantes irlandeses había hecho una campaña de información, dentro de la universidad, de clínicas del Reino Unido habilitadas para practicar la interrupción voluntaria del embarazo; y, dado que el aborto es ilegal en Irlanda, esta campaña fue detenida por una orden judicial. Ante la invocación de la libertad comunitaria de prestación de servicios por parte de los estudiantes, el asunto llegó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en vía prejudicial. Este admitió que, allí donde es legal, la práctica médica del aborto constituye un servicio a efectos del derecho comunitario y, por tanto, es susceptible de ser cubierta por la libertad de prestación de servicios; pero inmediatamente el Tribunal señaló que, en este caso, no se había producido una violación de dicha libertad de prestación de servicios, porque la relación de los anunciantes con las clínicas que prestaban del servicio era «demasiado tenue». Los estudiantes, en otras palabras, no habían recibido encargo alguno de anunciar las clínicas, ni mantenían relaciones comerciales o profesionales con ellas. De aquí, que el Tribunal considerara que el caso no era relevante para el derecho comunitario y que, en consecuencia, se negara a examinar la aplicabilidad del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En resumen, el Tribunal no amparó la libertad de expresión e información de los estudiantes porque éstos carecían de ánimo de lucro y, en esa medida, el asunto no podía ser enfocado desde la perspectiva de la libertad de prestación de servicios.

### III. PUBLICIDAD TELEVISIVA Y DERECHOS FUNDAMENTALES: PROBLEMAS TEORICOS

La diferencia de los enfoques norteamericano y europeo a propósito de la relación entre publicidad y derechos fundamentales puede ser sometida ahora a una valoración crítica, comenzando por la generalizada reticencia tradicional a dotar a la publicidad de protección a través de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de la libertad de expresión e información, dicha reticencia es patente. Baste recordar las fechas de las primeras resoluciones favorables a esta posibilidad: 1974 en los Estados Unidos y 1994 en Europa, donde la primera inequívoca afirmación jurisprudencial en este sentido, además, pro-

cede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este ha abierto, así, una brecha en las jurisprudencias nacionales, que siguen apegadas a la actitud tradicional. Esta actitud tradicional se basa en una determinada visión de la libertad de expresión e información, según la cual ésta es un instrumento imprescindible para la participación política de los ciudadanos y, en definitiva, para el correcto funcionamiento de la democracia. Ocurre, sin embargo, que no es éste el único argumento axiológico que justifica la libertad de expresión e información, pues cabe identificar otros dos: la autorrealización personal y la libre circulación de ideas y opiniones como único medio de aproximarse a la verdad. Precisamente sobre la base de este último argumento el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y, más tarde, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han fundamentado la posibilidad de que la actividad publicitaria pueda ser considerada como una forma de expresión o información. Ambos insisten en que, en una economía de mercado, la existencia de consumidores bien informados es un valor digno de protección.

Este cambio de orientación jurisprudencial merece una ulterior reflexión. Al abandonar la visión unidireccional de la libertad de expresión como instrumento del debate político, se adopta una concepción más compleja: la libertad de expresión puede estar al servicio de fines distintos y, entre ellos, hay algunos que se sitúan más allá del Estado para estar dentro del ámbito de la sociedad civil. En esta perspectiva, la tradicional reticencia a admitir una relación entre publicidad y libertad de expresión puede ser vista como una reserva frente a ciertos móviles de quien se expresa y, en particular, frente al ánimo de lucro. Dado que es algo demasiado serio e importante para ser puesta al servicio de insondables intereses privados, la libertad de expresión sólo podría ser invocada cuando se persigue directamente el interés público. Retomando una célebre dicotomía de Benjamin Constant, cabría decir que la libertad de expresión, al igual que la mayor parte de los derechos fundamentales, pertenecería más al ámbito de la «libertad de los antiguos» (participación en los asuntos públicos) que al de la «libertad de los modernos» (autonomía individual). Por tanto, siempre según una visión tradicional, la publicidad sólo merecería ser protegida mediante aquellos derechos fundamentales cuyo objeto es específicamente económico: la libertad de empresa y la propiedad privada.

No parece que sea indiferente, sin embargo, que el título de protección de la publicidad sea la libertad de empresa en lugar de la libertad de expresión. En principio, la libertad de empresa concede al legislador un margen de apreciación discrecional más amplio: mientras la libertad de expresión hace que las restricciones por razón del contenido de la opinión o mensaje —y, en alguna medida, también las relativas al modo de comunicarlo— sean sospechosas y de difícil justificación, la libertad de empresa sólo suele comportar un juicio de

proporcionalidad sobre las medidas restrictivas adoptadas por el legislador. Además, desde el punto de vista de los sujetos protegidos, mientras la libertad de expresión ampara a todos, la libertad de empresa sólo cubre a quienes sean titulares de una iniciativa económica.

Los problemas comienzan cuando se intenta verificar esta divergencia de consecuencias prácticas. Así, por lo que se refiere al contenido del mensaje publicitario, es cierto que algunas jurisprudencias europeas, incluida la comunitaria, no han encontrado graves dificultades para admitir que la prohibición o restricción de la publicidad de determinados productos cuyo consumo y comercialización son legales (tabaco, alcohol, medicamentos) no vulnera las libertades económicas (libertad de empresa, propiedad privada, libertad de prestación de servicios), porque se trata de límites razonables y proporcionados a la consecución de un interés público legítimo (tutela de la salud); pero es, asimismo, claro que en Canadá una prohibición similar ha sido rechazada, mientras la absoluta prohibición de publicidad sobre otro tipo de producto perfectamente legal (juguetes infantiles) no ha sido declarada contraria a la libertad de expresión e información.

Si se pasa del contenido del mensaje publicitario al modo de comunicarlo, las diferencias prácticas tampoco resultan nítidas. Tómese el caso canadiense de imposición exclusiva de la lengua francesa: se trataba de una flagrante violación de la libertad de expresión; pero es evidente que, en una sociedad plurilingüística, el aspecto crucial del caso no era la publicidad, sino la política de asimilación cultural. ¿Cuál sería la solución de un supuesto similar en Europa, desde la perspectiva de las libertades económicas? Este interrogante dista de ser retórico a la vista de la arriba mencionada propuesta de revisión de la Directiva «Televisión sin Fronteras». En todo caso, conviene destacar que, salvo supuestos extremos de imposibilidad de acceso a un conspicuo sector de potenciales consumidores, los principales interesados en esta clase de conflictos no son las empresas de publicidad ni quienes las contratan para promocionar sus productos, sino los distintos grupos lingüísticos que componen una sociedad y, en definitiva, los destinatarios de la publicidad; y, si éste es el núcleo del problema, la relación entre publicidad y derechos fundamentales adquiere un sentido diverso: ya no se trata de examinar los derechos de los emitentes de publicidad, sino los derechos de los receptores de la misma.

A idénticas dificultades conduce, en fin, el análisis de la identidad de los anunciantes, como demuestra el caso del aborto en Irlanda. Ciertamente, la solución adoptada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea resulta poco satisfactoria, porque adopta como criterio para enjuiciar la validez de las restricciones a la publicidad la vinculación de los anunciantes con quienes

prestan el servicio anunciado; pero, por más que el supuesto fuera extremadamente delicado, es dudoso que valiera la pena esta tortuosa operación lógica encaminada a evitar pronunciarse sobre la aplicabilidad de la libertad de expresión. En otras palabras, no es evidente que, si se hubiera enfocado como una cuestión de libertad de expresión e información, este caso habría tenido necesariamente una solución distinta. Baste pensar que, más allá de su carga emotiva, es estructuralmente similar al caso norteamericano sobre la publicidad del juego en los casinos, que fue decidido de manera más simple y convincente: si el Estado puede prohibir o restringir una actividad, puede también prohibir o restringir la publicidad sobre la misma.

Cabe concluir, pues, que la opción por uno u otro de los derechos fundamentales tiene un impacto práctico menor de lo que parece a primera vista. Hay que destacar que, si en los Estados Unidos y Canadá se ha optado por proteger la publicidad mediante la libertad de expresión e información, a ello no es ajena la ausencia de un explícito reconocimiento constitucional de la libertad de empresa. Algo similar ocurre, asimismo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, la actitud norteamericana de fondo hacia la publicidad no es tan diferente a la prevalente en Europa: se reconoce que la publicidad es una forma de expresión e información y, en consecuencia, merece cierta protección frente al legislador; pero inmediatamente se añade que su nivel de protección no debe ser tan exigente como el de otras formas de expresión (política, artística, etc.), para acabar transformando esa protección en un juicio sobre la proporcionalidad de las medidas legislativas que restringen la publicidad. Sin negar que en algunos aspectos puede haber diferencias, éste es el mismo criterio de fondo que, sobre la base de la libertad de empresa y otras libertades económicas (propiedad privada, libertad de prestación de servicios), ha sido adoptado en Europa.

Esta tendencia a transformar la protección de la publicidad mediante los derechos fundamentales en un mero control de proporcionalidad presenta aún otro aspecto de interés: incluso cuando la publicidad es protegida como algo más que elemento de las libertades económicas, lo decisivo no es la libertad de expresión sino la libertad de información; y ello, porque el argumento axiológico relevante estriba precisamente en la utilidad de que los consumidores estén bien informados. De aquí, que sea aplicable a la publicidad el requisito de veracidad que se exige a cualquier otra manifestación de la libertad de información; y de aquí, asimismo, que sea razonable exigirle otros requisitos, tales como la identificabilidad y la lealtad. Así, la natural finalidad informativa de la publicidad determina que sea relativamente factible verificar el cumplimiento de tales requisitos mediante criterios objetivos y, por tanto, favorece la tendencia a un control de proporcionalidad; pero, al mismo tiempo, todo ello

contribuye a distanciar la publicidad del ámbito de la libertad de expresión en sentido propio. Permítase un ejemplo hipotético pero verosímil, inspirado en los famosos carteles publicitarios de la empresa Benetton: ¿serían admisibles restricciones legislativas a imágenes publicitarias que ofenden la sensibilidad de algunos sectores de la población? A la hora de decidir sobre la admisibilidad de medidas que imponen algún género de censura sobre su contenido, ¿debería prevalecer la faceta publicitaria o la faceta artística de esos carteles? Enfocando estos interrogantes desde la perspectiva de la libertad de información, la respuesta dista de ser clara y unívoca.

La aplicabilidad de ciertos derechos fundamentales a la publicidad no debería verse enervada, en principio, a causa del medio a través del cual se comunica el mensaje publicitario. El medio televisivo, no obstante, presenta algunos rasgos peculiares, que podrían llegar a justificar ciertas desviaciones con respecto al régimen general de la publicidad.

La principal peculiaridad de la televisión radica en ser, con mucho, el principal medio de comunicación de masas. Ello explica que cuanto afecta a la televisión suela ser visto como un problema directamente relacionado con la titularidad y el ejercicio del poder. Hoy en día, sin embargo, las razones tradicionalmente invocadas para someter la televisión a una regulación más incisiva y estricta que la de otros medios de comunicación han entrado en crisis. Cuando el éter era la única vía de transmisión televisiva, el Estado poseía un poderoso argumento en favor de una regulación rigurosa: la escasez de frecuencias disponibles. La revolución tecnológica inherente a la transmisión vía satélite y, sobre todo, vía cable ha despojado de solidez al viejo argumento. Con todo, la sujeción de la televisión a una regulación diferenciada y más estricta que la de otros medios sigue contando con algunas buenas razones, que podrían resumirse con la fórmula norteamericana de la extraordinaria *intrusiveness* de este medio de comunicación; es decir, la televisión posee una capacidad de introducirse en los hogares y, por consiguiente, de influir sobre las personas de la que carecen los demás medios de comunicación. De aquí surgen multitud de bien conocidos debates, que van desde la influencia de la televisión en los índices de criminalidad hasta su papel en la formación de los niños, pasando por su función en las campañas electorales. Así, no es de extrañar que, incluso desde posiciones inequívocamente liberales, se abogue por una más exigente regulación de la televisión.

La publicidad televisiva no es inmune a este argumento, que puede servir para justificar ciertas reglas más estrictas que las aplicables a la publicidad en otros medios. Sería difícil tachar de irrazonable o desproporcionada, por ejemplo, la sujeción de la publicidad televisiva a severas reglas que garanticen su identificabilidad. Algo similar cabría decir de las reglas especiales

en materia de publicidad televisiva de juguetes infantiles. Es más: una vez aceptada la admisibilidad de regulaciones que prohíban o restrinjan la publicidad de ciertos productos cuya comercialización y consumo son legales, sería difícil no admitir que su publicidad en televisión pueda estar sujeta a normas aun más severas; y ello, independientemente del interés público perseguido con la prohibición o restricción. En otras palabras, no hay que pensar necesariamente en la tutela de la salud (tabaco, alcohol, medicamentos). Baste recordar el caso comunitario relativo a la prohibición francesa de la publicidad televisiva en el sector del comercio minorista, en el que el interés público era de política económica. El juicio de proporcionalidad sobre las medidas legislativas restrictivas de la publicidad televisiva, en resumen, ha de adaptarse a la excepcional capacidad de incidencia de este medio; y, por ello, lo que puede ser desproporcionado para otros medios, a veces no lo será para la televisión.

La otra peculiaridad que presenta la televisión es su especial dependencia financiera de los ingresos derivados de la publicidad. Aunque esta característica es más visible en las cadenas privadas, también va siendo progresivamente apreciable en la televisión pública: incluso en aquellos países donde existe, la tasa de televisión resulta a todas luces insuficiente; y cada día es políticamente más difícil justificar el déficit de muchas televisiones públicas. Es incuestionable que la supervivencia de la televisión, al menos vía éter, depende de la publicidad. Por ello, no es aventurado sospechar que el principal agravio de las cadenas de televisión contra las regulaciones europeas de la publicidad televisiva (Convenio y Directiva) viene dado por los límites de tiempo y las normas de inserción de los mensajes publicitarios.

Pues bien, desde el punto de vista de la relación entre publicidad televisiva y derechos fundamentales, éste es un problema extremadamente insidioso: por un lado, ofrece pocas dudas que aquellas regulaciones que impidan a las cadenas de televisión obtener recursos suficientes para su subsistencia y su correcto funcionamiento habrán de ser tachadas de desproporcionadas; pero, por otro lado, si ello es así, forzoso es concluir que el núcleo de la cuestión ya no es si la publicidad puede ser objeto de protección a través de los derechos fundamentales. Lo que está verdaderamente en juego aquí no es la libertad de los anunciantes, sino la libertad del medio en que se anuncian: la televisión.

#### IV. NOTA BIBLIOGRAFICA

Sobre la regulación de la publicidad televisiva, en una perspectiva comparada, son útiles los estudios de J. MAXEINER Y P. SCHOTTHÖFER (eds.): *Advertising Law in Europe and America*, Kluwer, Deventer/Boston, 1992, y de S. ROBILLARD: *Television in Europe: Regulatory Bodies*, John Libbey & Co., Londres, 1995. Por lo que se refiere específicamente a la dimensión europea, cabe remitirse al excelente libro de E. BARENDT: *Broadcasting Law (A Comparative Study)*, 2.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1995.

Sobre la doctrina jurisprudencial norteamericana del *commercial speech*, véanse L. H. TRIBE: *American Constitutional Law*, 2.ª ed., Foundation Press, Mineola (N.Y.), 1988, págs. 946-947 y 1046-1047, y P. M. GARRY: «Commercial Speech», en K. L. HALL (ed.): *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, Nueva York/Oxford, 1992, págs. 169-170. Su recepción en Canadá está explicada en P. W. HOGG: *Constitutional Law of Canada*, 3.ª ed., Carswell, Scarborough (Ontario), 1992, págs. 969 y sigs.

Las jurisprudencias nacionales europeas en materia de publicidad y derechos fundamentales son analizadas en el libro de W. SKOURIS (ed.): *Advertising and Constitutional Rights in Europe*, Nomos, Baden-Baden, 1994, donde hay contribuciones, entre otros, de M. Fromont (Francia), U. Steiner (Alemania), A. Pace (Italia) y S. Muñoz Machado (España). Este último autor, además, hace referencia a algunas resoluciones del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional.

Sobre la jurisprudencia europea, tanto de Estrasburgo como de Luxemburgo, véase el estudio de G. COHEN-JONATHAN: «Libertés fondamentales et télévision européenne», en *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. I (1992), págs. 29 y sigs. En particular, sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cabe remitirse al trabajo de F. JONGEN: «Liberté d'expression et message publicitaire», en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, núm. 13 (1993), págs. 69 y sigs., y sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al escrito de J. P. JACQUÉ: «Liberté d'information», en A. CASSESE, A. CLAPHAM y J. WEILER (eds.): *Human Rights and the European Community*, vol. III, Nomos, Baden-Baden, 1991, págs. 309 y sigs., así como al entero volumen de A. CASSESE y A. CLAPHAM (eds.): *Transfrontier Television in Europe: The Human Rights Dimension*, Nomos, Baden-Baden, 1990.

Sobre la relación entre publicidad y derechos fundamentales como problema teórico, es útil la remisión a los trabajos de C. E. BAKER: «Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom», en *Iowa Law Review*, núm. 62 (1976), págs. 1 y sigs., y E. BARENDT: *Freedom of Speech*, 2.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1987, págs. 8 y sigs. y 54 y sigs. En fin, acerca de la posible justificación liberal a un régimen de rigurosa regulación de la televisión, es sumamente ilustrativo el escrito de un clásico como K. POPPER: «Una patente per fare tv», en G. BOSETTI (ed.): *Cattiva maestra televisione*, Donzelli, Milano, 1994, págs. 13 y sigs.

Con posterioridad a la elaboración del presente escrito ha aparecido el trabajo de J. L. GARCÍA GUERRERO: «Publicidad y libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español», en *Constitución y Derecho Privado*, núm. 10 (1996), cuya lectura es aconsejable para este tema.