

Las funciones de la publicidad y el derecho a anunciar.

Consideración especial de los productos que generan dependencia.

Juan Camilo Pérez Fernández

TESIS DOCTORAL UPF / 2013

DIRECTORA DE LA TESIS

Dra. Montserrat Cuchillo Foix

DEPARTAMENTO DE DERECHO



Ignacio



## **Agradecimientos**

Ana, María, Isaac, Raquel, doctora Cuchillo, Xavi, Fede, Papá, Mamá, Federico, Natalia,

¡Gracias!

Saben perfectamente que de no ser por ustedes, este trabajo no existiría.



## **Resumen**

Esta investigación aborda el estudio de la regulación de la publicidad en España, y particularmente de la publicidad de productos que generan dependencia. Aporta una visión multidisciplinar de la publicidad que sirve para delimitar diferencias entre conceptos jurídicos tales como “publicidad”, “comunicaciones comerciales” y/o “prácticas comerciales”. Se argumenta que el derecho a anunciar se erige como manifestación del derecho de libertad de empresa de los anunciantes, y del derecho a recibir información veraz en cabeza de los destinatarios de la publicidad. Se concluye que una regulación de la publicidad centrada en la prohibición no es la mejor alternativa para garantizar los derechos de consumidores y anunciantes. Se sugiere que un enfoque atento a las diversas funciones de la publicidad permitiría articular una regulación que serviría para garantizar los derechos de los consumidores, sin sacrificar por completo el derecho de los anunciantes a proporcionar información acerca de sus productos.

## **Abstract**

This investigation deals with Spanish advertising regulation. Special consideration is given to the regulation of advertising of addictive substances. A multidisciplinary concept of advertising is presented which allows for certain distinctions to be drawn between “advertising”, “commercial communications” and “commercial practices”. The right to advertise is understood as a direct manifestation of advertiser’s constitutionally protected entrepreneurial freedom, and it is purported that said right also guarantees the public’s constitutional right to receive truthful information. Advertising regulation based upon prohibitive measures is considered not to be the best alternative for guarantying the rights of advertisers and consumers. In order to put in place a regulatory scheme that protects consumer’s rights, and that does not completely thwart the right of advertisers to communicate information regarding their products, a new approach which comprehends advertising’s different functions is required.





## Prólogo

La complejidad ética y técnica del fenómeno publicitario ha dado lugar, no sólo a que se apueste por la autorregulación en este ámbito, sino a que desde el Derecho se considere que debe ser estudiado desde una triple perspectiva científica: como parte del Derecho a la información; como parte del Derecho mercantil; y como disciplina específica, derivada del Derecho a la información.<sup>1</sup> Llama la atención, no obstante, que una característica que tienen en común las aportaciones que se hacen desde estas tres perspectivas es la escasa consideración al funcionamiento real de la publicidad tal y como se estudia y explica desde la mercadotecnia. Para poder estudiar cabalmente el significado legal de “publicidad” resulta imprescindible aproximarse previamente a los significados técnicos de esta voz, y, en general, a la forma en que dicho fenómeno se concibe y opera desde la perspectiva de la mercadotecnia, que es la disciplina que estudia su naturaleza e implementación en el mercado.<sup>2</sup> Ignorar estos significados, desconocer la perspectiva mercadotécnica, a la hora de interpretar las normas que regulan este tipo de comunicación constituiría un error metodológico craso que dificultaría enormemente, por no decir que haría imposible, identificar y comprender el régimen jurídico aplicable a este tipo de comunicación. Tal y como afirma el profesor NIETO:

[A]l jurista no le interesan directamente las cuestiones de la naturaleza jurídica (y menos aún de la no jurídica) de las figuras que maneja sino su régimen jurídico puesto que su trabajo consiste en precisar el régimen legal aplicable a los conflictos sociales que se someten a su consideración. Lo que le importa, en otras palabras, es resolver conflictos por medio de normas jurídicas, sin necesidad, por tanto, de profundizar en la naturaleza ni del conflicto ni de sus elementos<sup>3</sup>

No obstante, tal y como aclara el mismo autor, si el jurista “de hecho, se detiene (al menos en las culturas herederas del Derecho justiniano) a analizar conceptos y naturalezas, lo hace con un criterio estrictamente metodológico, en cuanto que sabe que gracias a los conceptos y naturalezas podrá llegar con frecuencia a averiguar el régimen jurídico aplicable, que es lo que le importa”<sup>4</sup>. Por estas razones, en la primera de las tres Partes en la que se divide el presente estudio se presenta una aproximación a los conceptos y naturalezas de la publicidad desde la perspectiva mercadotécnica. Con ello, se enriquece la interpretación de las normas que regulan esta importante forma de comunicación social, y sirve para dilucidar con precisión el régimen jurídico de la publicidad. Como se verá, una interpretación de la regulación de la publicidad, de la

---

<sup>1</sup> Cfr. MÉNDIZ NOGUERO, A., “La publicidad (1)”, en BEL MALLÉN, I, & CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (coords.), “Derecho de la Información”, Barcelona: Ariel, 2003, pp. 460 ss.

<sup>2</sup> El marketing, o mercadotecnia se define en el DRAE como el “conjunto de principios y prácticas que buscan el aumento del comercio, especialmente de la demanda”, o como el “estudio de los procedimientos y recursos tendentes a este fin”.

<sup>3</sup> NIETO GARCÍA, A., “Derecho Administrativo Sancionador”, Madrid: Tecnos, 2005, pp. 153, 154.

<sup>4</sup> Nieto García, (2005) *Ibidem*.

definición legal de este tipo de comunicación, atenta a las fundamentales aportaciones de esta disciplina, permitirá distinguir la publicidad que se regula en España de otros mecanismos de comunicación mercantil.

Definida la publicidad, se podrá comprobar que la misma es el resultado del ejercicio del derecho subjetivo a anunciar. Este derecho a anunciar, que lejos de ser un derecho erga omnes es exclusivo de quienes ocupan un lugar determinado en el mercado como anunciantes, es sin duda la clave de bóveda de la actividad publicitaria entendida desde una perspectiva jurídica. Establecido lo anterior, en el Capítulo II, se aborda el estudio de la doble faz informativa y persuasiva de la publicidad. Se introducen nuevamente elementos y conceptos propios de la publicidad entendida como disciplina mercadotécnica, tales como las apelaciones publicitarias, que permiten juzgar lo acertado que resulta hablar de una tal doble faz de la publicidad. Con base en diferentes estudios científicos, se pone de relieve el creciente y deliberado abandono de las apelaciones racionales o informativas en la publicidad y se resalta que la dimensión persuasiva de la publicidad prima en este tipo de comunicación, incluso en detrimento de la función informativa, la cual en gran medida justifica económicamente su existencia—con todo y que los mismos supuestos económicos sobre los que se construye esta justificación son criticables. El creciente descuido de la función informativa, tal y como se entiende tradicionalmente, su consciente abandono, responde a exigencias de eficacia de la persuasión, tal y como se han ido descubriendo a lo largo de las últimas tres o cuatro décadas. Este movimiento ha desplazado cada vez más el esfuerzo creativo de la publicidad hacia la construcción y comunicación de apelaciones emocionales, sobre todo transmitidas a través de las llamadas rutas periféricas.

La primera Parte de la investigación se cierra con un análisis de la forma en que la publicidad y las marcas interactúan y se configuran mutuamente. Se retoma la teoría de la función publicitaria de las marcas, que se plantea desde el Derecho de marcas, para explicitar que estos signos distintivos son en verdad conjuntos de relaciones semióticas de referencia de tipo diádico que no presentan solución de continuidad con la publicidad. Así entendida la función publicitaria de las marcas, se verá cómo es que éstas y la publicidad sirven simultáneamente a anunciantes y a consumidores, los cuales comparten a través del uso y consumo de las marcas y de su publicidad, un tipo de capital simbólico que aumenta en la medida en que es consumido. Este análisis servirá, fundamentalmente para completar un marco teórico útil para valorar la relación entre el régimen jurídico de la publicidad y los derechos de libertad del artículo 20.1 de la CE.

En la Segunda Parte de la investigación, tras analizar de forma crítica la doctrina del discurso comercial desarrollada por el Tribunal Supremo norteamericano, se presenta una relectura de la fundamentación constitucional de la publicidad en España, entendida como derecho a anunciar, en la que se evidencian algunas de las flaquezas más sobresalientes de las posturas que argumentan que los mensajes publicitarios deben entenderse a priori en España como manifestaciones del derecho de libertad de expresión que asistiría a los anunciantes. Partiendo de la definición de publicidad del artículo 2 de la LGP, del funcionamiento real en el mercado de la publicidad, y del tenor de las normas constitucionales españolas contenidas en los artículos 20.1.d) y 38 se concluye que en España la mejor recepción de la jurisprudencia europea que interpreta la relación entre la publicidad y el artículo 10 del CEDH pasa por reconocer que esta vinculación se fundamenta en el derecho que asiste a los consumidores y usuarios a recibir información veraz, que les puede ser útil para determinar decisiones de consumo. Se sostiene que la regulación y la reglamentación del derecho a anunciar conllevan

siempre, a priori, una limitación del derecho de libertad de empresa, y sólo en algunos casos del derecho a recibir información veraz.

Finalmente, a lo largo de los dos Capítulos que componen la Tercera Parte, se analiza la regulación de la publicidad de productos que generan dependencia en tanto en cuanto mecanismo de salvaguarda de la salud. Se analiza el alcance de las normas estatales y autonómicas que regulan este tipo de publicidad para hacer ver que los mecanismos que implementan resultan insuficientes para proteger la salud de los consumidores y usuarios. La opción política que hasta ahora ha orientado la regulación de la publicidad de sustancias que generan dependencia, en aras de proteger la salud de los consumidores y usuarios, ha consistido en articular un esquema basado en la limitación del contenido, de la forma o modo y de los medios a través de los cuales un anunciante puede ejercer su derecho a anunciar, a realizar publicidad de este tipo de productos. En esta medida, la estrategia regulatoria de la publicidad de bebidas alcohólicas no ha sido diferente, en lo sustancial, mas si en cuanto a su alcance, al esquema cada vez más restrictivo que se emplea para regular la publicidad de los productos del tabaco. Baste por ahora con recordar que el inciso 3º del artículo 5.5. de la LGP establece que la forma, el contenido y las condiciones de la publicidad de bebidas alcohólicas “serán limitados reglamentariamente en orden a la protección de la salud y seguridad de las personas, teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos”. Esta opción regulatoria, centrada en restringir o limitar la publicidad, y por ello la información de la que dispone el público sobre este tipo de productos, se reproduce en todas las normas comunitarias, estatales y autonómicas que tocan la cuestión de la publicidad de bebidas alcohólicas.

Ahora bien, lo que aquí se sostiene es que un análisis detenido y desinteresado, fundamentado en una comprensión técnica de la naturaleza de la publicidad y de los mecanismos mediante los que esta opera en la realidad, y anclado en una interpretación sistemática del régimen jurídico español en materia de comunicación publicitaria, y de normas constitucionales tales como las contenidas en los artículos 20.1.d), 38, 51.1 y 51.2, sugiere que esta opción es insuficiente e inadecuada para promover y facilitar el consumo informado y saludable de este tipo de productos. El objetivo de esta investigación es demostrar que en España la Administración Pública puede y debe implementar una reglamentación de la publicidad y/o de la autorregulación de la publicidad de productos que generan dependencia que no se centre exclusivamente en restringir la cantidad y los contenidos de dicha publicidad, tal y como se ha venido haciendo hasta el momento, sino que los particulares riesgos que conlleva el consumo de este tipo de sustancias para la salud de las personas, y la forma en que funciona la publicidad en la realidad actual, hace imperativo que se incorporen dentro del esquema regulatorio medidas que garanticen y promuevan la comunicación de mensajes que informen a los consumidores sobre los riesgos derivados de su para así promover un consumo saludable.



# Índice

Resumen .....	vii
Prólogo .....	ix
<b>PRIMERA PARTE: EL DERECHO A ANUNCIAR Y LAS FUNCIONES DE LA PUBLICIDAD.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I. TIPOLOGÍA DE LA PUBLICIDAD.....</b>	<b>1</b>
1. <i>Precisiones preliminares sobre los diversos significados de la voz “publicidad”</i> .....	2
1.1. La publicidad como conjunto de medios de comunicación pública.....	3
a) La publicidad y la divulgación de noticias: la publicidad-comunicación ....	3
b) La publicidad-comunicación desde la perspectiva del marketing .....	5
1.2. La publicidad como comunicación comercial .....	7
a) La publicidad como comunicación comercial persuasiva .....	7
b) La publicidad como mezcla promocional .....	8
2. <i>La publicidad desde una perspectiva legal</i> .....	12
2.1. La publicidad como actividad.....	12
2.2. La publicidad como derecho.....	15
a) La publicidad es comunicación. ....	16
b) La publicidad es comunicación persuasiva .....	17
c) La publicidad es comunicación persuasiva realizada por un anunciante. ...	23
d) La publicidad como especie de comunicación comercial. ....	25
3. <i>Recapitulación</i> .....	30
<b>CAPÍTULO II. LA DOBLE FAZ INFORMATIVA Y PERSUASIVA DE LA PUBLICIDAD.....</b>	<b>35</b>
1. <i>La relevancia económica de la información publicitaria.</i> .....	36
1.1. La publicidad como oferta de mercado. ....	39
1.2. La función informativa de la publicidad.....	41
a) La elección racional de los consumidores .....	41
b) Publicidad y competencia.....	44
1.3. El creciente abandono de la publicidad cognitiva. ....	52
2. <i>La persuasividad de la publicidad</i> .....	53
2.1. Las apelaciones publicitarias.....	54
2.2. El uso de indicios periféricos y el procesamiento de la información .....	56
3. <i>Recapitulación</i> .....	65
<b>CAPÍTULO III. LA FUNCIÓN PUBLICITARIA DE LAS MARCAS Y LA CREACIÓN Y GESTIÓN DE CAPITAL SIMBÓLICO.....</b>	<b>69</b>
1. <i>Las marcas: de trademarks y brands</i> .....	71
1.1. La teoría de las funciones de la marca.....	77
a) La función indicadora de procedencia empresarial .....	77
b) La función de garantía o de calidad .....	78
c) La función condensadora de good will.....	79

1.2. La marca como conjunto de relaciones semióticas de referencia.....	80
a) La marca como signo triádico .....	81
b) La marca como signo diádico .....	82
2. <i>La función publicitaria de la marca desde la perspectiva del anunciante</i> .....	85
2.1. Manifestaciones no reguladas en la LM .....	86
2.2. Manifestaciones reguladas en la LM .....	87
a) La función publicitaria de las marcas y el principio de especialidad .....	88
b) La función publicitaria de las marcas y la distintividad sobrevenida .....	93
3. <i>La función publicitaria de las marcas desde la perspectiva del consumidor</i> ....	95
3.1. La función simbólica del consumo .....	97
3.2. El Valor Social de las Marcas.....	100
4. <i>La publicidad como creación y gestión de capital simbólico</i> .....	102

## **SEGUNDA PARTE: EL DERECHO A ANUNCIAR Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN ..... 111**

CAPÍTULO IV. LA DOCTRINA DEL DISCURSO COMERCIAL EN EL ORDENAMIENTO NORTEAMERICANO .....	111
1. <i>Origen y evolución de la doctrina</i> .....	113
1.1. El discurso comercial como discurso sin protección (1942-1975).....	115
a) <i>Valentine v Chrestensen</i> (1942) .....	115
b) <i>Thomas v Collins</i> (1945) & <i>Breard v City of Alexandria</i> (1951).....	116
c) <i>New York Times v Sullivan</i> , (1964) & <i>Pittsburgh Press Company v Pittsburgh Commission on Human Relations et al</i> (1973) .....	117
d) <i>Bigelow v Virginia</i> , (1975) .....	119
1.2. La protección constitucional del discurso comercial.....	120
a) <i>Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al</i> (1976).....	120
b) <i>Linmark Associates Inc. v Township of Willingboro</i> (1977) .....	123
c) <i>Bates v State Bar of Arizona</i> (1977); <i>Ohlarik v Ohio State Bar Association</i> (1978) & <i>In re Primus</i> (1978) .....	124
d) <i>Friedman et al v Rogers et al</i> (1978).....	126
1.3. El estándar de protección del discurso comercial.....	126
a) <i>Central Hudson Gas &amp; Electric Corporation vs Public Service Commission of New York</i> (1980) y el test de constitucionalidad del discurso o expresión comercial .....	127
b) El test de <i>Central Hudson</i> : Legalidad y veracidad, interés público gubernamental, proporcionalidad y efectividad e intervención mínima .....	130
2. <i>La publicidad de productos y servicios que generan dependencia</i> .....	133
2.1. Publicidad de juegos de azar .....	133
a) <i>Posada de Puerto Rico Associates v Tourism Company of Puerto Rico</i> , (1986); <i>United States v Edge Broadcasting Co.</i> (1993) & <i>Greater New Orleans Broadcasting Association v United States</i> (1999).....	133
b) La “publicidad de vicios” como una modalidad diferenciada de discurso o expresión comercial.....	137
2.2. Publicidad de bebidas alcohólicas: El rechazo de la “publicidad de vicios” como una subespecie .....	138
2.3. Publicidad de productos del tabaco: La protección generalizada y uniforme del discurso o expresión comercial.....	140

3. <i>Estado actual del debate</i> .....	143
3.1. La esquiiva definición de discurso comercial.....	143
a) Bolger v. Youngs Drug Products Corp. (1983).....	143
b) Kasky v. Nike (2002) .....	145
4. <i>Recapitulación</i> .....	149
CAPÍTULO V. LA PUBLICIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES .....	
FUNDAMENTALES .....	151
1. <i>Expresiones comerciales no protegidas</i> .....	152
1.1. La publicidad de profesiones liberales .....	156
1.2. Expresiones de interés público en un contexto comercial.....	160
2. <i>Expresiones comerciales protegidas</i> .....	164
2.1. La publicidad de profesionales liberales .....	164
2.2. Expresiones de interés público en un contexto comercial.....	168
2.3. La manifestación del precio en la publicidad .....	173
CAPÍTULO VI. LA PUBLICIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	
ESPAÑOLA.....	177
1. <i>Publicidad, libertad de empresa y libertad de información</i> .....	177
2. <i>A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010</i> ...	183
2.1. El derecho a anunciar como categoría discursiva y la delimitación de discursos mixtos .....	186
2.2. La publicidad y los derechos de libertad de expresión y de información..	197
a) El artículo 20 de la Constitución española y el derecho a anunciar .....	197
b) Fundamento y límites del derecho a anunciar: La veracidad como elemento esencial de la publicidad.....	200
c) La sorprendente interpretación de la STS de 15 de enero de 2.010. ....	202
2.3. Antecedentes doctrinales de la Sentencia.....	207
a) La consideración del derecho a anunciar como manifestación de la libertad de empresa .....	207
b) La consideración del derecho a anunciar como manifestación de la libertad de información.....	209
c) La consideración del derecho a anunciar como manifestación de la libertad de expresión.....	213
3. <i>La publicidad y los derechos a comunicar y a recibir libremente información veraz</i> .....	217
3.1. La creación de la publicidad .....	219
3.2. La difusión de la creación publicitaria .....	225
3.3. La publicidad y el arte .....	228
a) ¿Serían admisibles restricciones legislativas a imágenes publicitarias que ofenden la sensibilidad de algunos sectores de la población? .....	228
b) 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? .....	231

<b>TERCERA PARTE: LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA REGULACIÓN DEL DERECHO A ANUNCIAR PRODUCTOS QUE GENERAN DEPENDENCIA.....</b>	<b>233</b>
CAPÍTULO VII. SALUD, INFORMACIÓN Y DEPENDENCIA.....	233
1. <i>La protección de la salud y la información de riesgos.....</i>	236
1.1. El Principio de Prevención .....	237
1.2. Proteger, cumplir y promover.....	239
1.3. El derecho de los consumidores a recibir información correcta sobre el adecuado uso, consumo o disfrute de los productos.....	241
2. <i>Consumo de sustancias psicoactivas y dependencia.....</i>	245
2.1. Las drogas psicotrópicas y la dependencia.....	246
2.2. La dependencia como enfermedad de consumo .....	248
2.3. Publicidad y dependencia .....	251
CAPÍTULO VIII. LA REGULACIÓN DEL DERECHO A ANUNCIAR PRODUCTOS QUE GENERAN DEPENDENCIA .....	255
1. <i>La publicidad no regulada: La cafeína.....</i>	258
2. <i>La limitación de la publicidad: Tabaco, alcohol e inhalantes.....</i>	263
2.1. La publicidad de los productos del tabaco.....	263
2.2. La publicidad de bebidas alcohólicas .....	268
2.3. La regulación de la publicidad de inhalantes.....	278
3. <i>La prohibición de la publicidad: El caso de los medicamentos psicoactivos..</i>	281
4. <i>Consideraciones sobre las medidas establecidas y fórmulas complementarias y alternativas.....</i>	283
CONCLUSIONES .....	291
BIBLIOGRAFÍA .....	295



# PRIMERA PARTE: EL DERECHO A ANUNCIAR Y LAS FUNCIONES DE LA PUBLICIDAD

## CAPÍTULO I. TIPOLOGÍA DE LA PUBLICIDAD

Definir “publicidad” es tarea compleja. Prueba de ello es el trabajo de FERRER en el que se recogen más de doscientas treinta definiciones diferentes de “publicidad” aportadas por profesionales dedicados a la gestión y a la creación publicitaria.<sup>5</sup> No obstante lo complejo que pueda resultar, y puesto que al tenor del artículo 3.1 del Código Civil español, las normas “se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, en la primera parte de este capítulo se estudia precisamente eso: el sentido propio de la voz “publicidad”, en el contexto del marketing actual, que es el entorno desde el que se estudia y construye como fenómeno comunicativo y de mercado. Es importante desvelar en qué medida las definiciones de “publicidad” del Diccionario de la Real Academia Española (en adelante DRAE) se corresponden con la realidad material del fenómeno, hasta qué punto los usos de la voz recogidos en el diccionario reflejan las características de la comunicación publicitaria desde la perspectiva de la disciplina dentro de la que se incardina: el marketing. Se puede decir que el marketing dirige y fundamenta la publicidad entendida como actividad y mensaje, como acción y efecto de comunicar información comercial, política, social, institucional, etc., con el fin de, respectivamente, persuadir o incitar el consumo, el voto, o informar sobre causas sociales, o de interés general, etc..

Como es bien sabido, el marketing es mucho más que publicidad. A este respecto merece quizás la pena recordar que autores como BELCH & BELCH afirman:

El marketing facilita el proceso de intercambio y el desarrollo de relaciones al examinar con cuidado las necesidades y deseos de los clientes, elaborar un producto o servicio que satisfaga esas necesidades, ofrecerlo a un precio determinado, ponerlo a disponibilidad en sitios o canales de distribución particulares y desarrollar un programa de promoción o comunicación que genere conciencia e interés. Estos cuatro factores— producto, precio, lugar (distribución) y promoción—son los elementos de la mezcla de marketing. La función básica del marketing es combinar esos cuatro elementos para facilitar el posible intercambio con los consumidores en el mercado<sup>6</sup>

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el marketing contempla y define la publicidad de formas muy diversas, tal y como se acaba de comentar, y como lo rege en su libro FERRER.<sup>7</sup> Ignorar las aportaciones del marketing impide contextualizar las

---

<sup>5</sup> Cfr. FERRER ROSELLÓ, C., “¿Qué es la publicidad?”, Madrid: Edimarco, 1997.

<sup>6</sup> BELCH, G. E. & BELCH, M. A., “Publicidad y Promoción: Perspectiva de la Comunicación de Marketing Integral”, México D.F.: McGraw-Hill Interamericana, 2005, p. 8

<sup>7</sup> FERRER, ob. Cit.

diferencias entre los significados de publicidad recogidos en el DRAE, oscurece la especificidad del concepto legal de publicidad, y dificulta la identificación y comprensión del régimen jurídico de la comunicación publicitaria y sus fundamentos y límites constitucionales. Puesto que “no toda comunicación publicitaria es publicidad a efectos legales, ya que existen otras actividades publicitarias no comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley [34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante LGP)]”<sup>8</sup>, resulta imperativo aproximarse al concepto mercadotécnico de publicidad para poder comprender las especificidades del concepto legal de publicidad, qué manifestaciones publicitarias están reguladas y cuáles no, y hasta qué punto merecen las comunicaciones publicitarias reguladas cobertura bajo el artículo 20.1 de la Constitución española (en adelante CE). Desconocer las particularidades reales y las diferencias que existen entre la publicidad en tanto y en cuanto conjunto de medios de comunicación pública, tal y como se aborda en el apartado 1.1. de este Capítulo, y en tanto y en cuanto propaganda comercial, tal y como se analiza en el apartado 1.2., dificultaría estudiar la publicidad desde una perspectiva jurídica, tal y como se hace en la segunda parte de este Capítulo.

## **1. Precisiones preliminares sobre los diversos significados de la voz “publicidad”**

El estudio de los diversos significados de la voz “publicidad” que aquí se presenta, parte, como no podía ser de otro modo, del análisis del sentido propio de las palabras. No obstante, la indagación no se agota en el análisis de las tres acepciones de publicidad del DRAE, sino que utiliza esta primera fuente como base o andamiaje sobre el que se construye una definición de publicidad que matiza el significado propio de la palabra “publicidad” aportando precisiones desde la perspectiva del marketing que sirven para perfilar el concepto de forma mucho más precisa y técnica. Al consultar la voz “publicidad” en la vigésima segunda edición del DRAE se encuentran tres acepciones diferentes de esta palabra. Según el DRAE el sustantivo femenino “publicidad” se puede utilizar para denotar la cualidad o estado de público, lo que se denomina aquí “publicidad en sentido amplio”. También se puede utilizar para significar el “conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”, o bien para referirse a la “divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”.

Al atender a la primera acepción de la voz “publicidad” del DRAE, se tiene que ésta significa: “Calidad o estado de público. *La PUBLICIDAD de este caso avergonzó a su autor*”. Autores como CUESTA RUTE se refieren a esta acepción del término como “el sentido amplio de publicidad”, y afirman que la publicidad entendida como “hacer público algo [...] es ya relevante para el Derecho”<sup>9</sup>. Esta relevancia del “sentido amplio de publicidad” se deriva, en términos de Derecho público, del principio de seguridad jurídica y de la exigencia que el mismo conlleva de publicar las normas<sup>10</sup>, los actos

---

<sup>8</sup> CARBONELL MOREU, E., “La administración Anunciante: Régimen Jurídico de la Publicidad Institucional”, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 190.

<sup>9</sup> CUESTA RUTE, J. M. de la, “Curso de Derecho de la Publicidad”, Pamplona: Eunsa, 2002, p. 25.

<sup>10</sup> Ver artículos 9.3 y 91 CE

administrativos<sup>11</sup>, y las actuaciones judiciales<sup>12</sup>. Adicionalmente, la relevancia jurídica de la publicidad en “sentido amplio” también se manifiesta en el ámbito del Derecho privado a través del principio de publicidad, tal y como se concreta en la existencia de diversos Registros públicos, y de requisitos de documentación y de comunicación que diferentes normas civiles y mercantiles imponen a las partes en conexión con determinados negocios jurídicos.<sup>13</sup> Ahora bien, hecha esta salvedad, procede estudiar en mayor detalle la segunda acepción de “publicidad”: la publicidad en tanto y en cuanto “conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”, o lo que es lo mismo, como conjunto de medios de comunicación pública, o publicidad-comunicación. Y, posteriormente, en el apartado 1.2 de éste Capítulo, el concepto de publicidad entendida como “divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”, o lo que es lo mismo, como propaganda comercial o publicidad-promoción.

## 1.1. La publicidad como conjunto de medios de comunicación pública

### *a) La publicidad y la divulgación de noticias: la publicidad-comunicación*

Si la publicidad “en sentido amplio” denota la calidad o estado de público, la publicidad, en cuanto “conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”, lo que aquí se denomina publicidad-comunicación, se refiere al conjunto de medios, modos, sistemas, actividades, procesos, soportes, etc., que sirven para hacer pública, divulgar o extender la noticia, el conocimiento de las cosas o de los hechos. Esta acepción no hace distinción con respecto al carácter o la naturaleza de la noticia o anuncio; la publicidad-comunicación no se refiere exclusivamente a la “divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”. Los anuncios, desde la perspectiva de la publicidad-comunicación, no sólo son aquellos que buscan atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, en definitiva consumidores, sino que, tal y como se define en la segunda acepción del DRAE, anuncio es el “conjunto de palabras o signos con que se anuncia algo”. Así pues, los anuncios de la publicidad-comunicación no son sólo los mensajes publicitarios que promueven consumo, sino que abarcan todo medio que se utilice para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos, todo conjunto de palabras o signos mediante el que se comunica el trasfondo o sentido de la noticia de las cosas o de los hechos. Los anuncios son, en definitiva, el

---

<sup>11</sup> Ver artículo 52 LRJAP.

<sup>12</sup> Ver artículos 120.3 y 164 de la CE; y 229, 232 y 236 LOPJ.

<sup>13</sup> No parece oportuno entrar a detallar los diferentes requisitos de publicación que impone el Derecho privado, cosa esta que excede el objeto de la presente investigación, y distraería del objetivo concreto de este apartado, a saber, identificar el sentido de la voz “publicidad” tal y como se utilizará en esta investigación. No obstante, no está de más citar a SANTAELLA, quien, desde una perspectiva histórica y de Derecho comparado, afirma que: “Se pueden considerar como medios de publicidad: - La tradición: la entrega de la cosa lleva aparejada una indudable publicidad tanto en el Derecho romano como en el Derecho germánico. - La documentación: como una de las modalidades de la forma del negocio jurídico. - La comunicación: supone el poner en conocimiento de determinadas personas la existencia de un acto, mediante notificaciones, exhibiciones o manifestaciones. - La publicación: constituye la publicidad propiamente dicha. Un acto jurídico, generalmente documentado, se da a conocer a la comunidad, es decir, a personas indeterminadas. Su principal manifestación es la publicidad realizada a través de los distintos Registros” (SANTAELLA LÓPEZ, M., “Derecho de la Publicidad”, Madrid: Civitas, 2003, p. 43-44).

soporte semiológico de la información que comunican, tal y como se definen en la tercera acepción del DRAE, son el “soporte visual o auditivo en que se transmite un mensaje publicitario”.

La publicidad entendida en este sentido es un tipo de comunicación en la que no se distingue en función de la naturaleza del contenido ni del propósito o fin que persiguen los anuncios o mensajes que la conforman, por lo que resultaría perfectamente correcto adjetivar el sustantivo en este caso, y por ejemplo hablar de publicidad comercial, política, cultural, religiosa, institucional, etc. Igualmente, podría describirse la publicidad, entendida en este sentido, y dependiendo del caso, como informativa, persuasiva, tendenciosa, etc., sin que ello desnaturalizara su significado. Tal y como recuerda MÉNDIZ NOGUERO, “[h]ay mensajes publicitarios de alcance social, provenientes de ONGs, de instituciones públicas y de partidos políticos, que tratan de fomentar—respectivamente—la solidaridad, la responsabilidad cívica o la adhesión a una causa”<sup>14</sup>. Así pues, definir el régimen jurídico de la publicidad, de la comunicación publicitaria entendida en este sentido, identificar el régimen jurídico de la publicidad-comunicación en España implica sistematizar todas las normas estatales, autonómicas y municipales que regulan este tipo de comunicación. Destacarían a nivel estatal la LGP y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD) en materia de publicidad comercial; la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, que Regula las distintas modalidades de Referéndum, en materia de publicidad o propaganda política y electoral<sup>15</sup>; y la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional<sup>16</sup>. Esto sólo por mencionar las principales normas que regulan la publicidad-comunicación en función del contenido de la información que comunican. Lo importante de momento es dejar clara constancia de que la regulación de la publicidad-comunicación en España es compleja, no existe una verdadera Ley General de Publicidad, ya que como se verá en la segunda parte de este Capítulo, la norma que lleva ese nombre regula la licitud de algunas prácticas propias de la publicidad comercial, y sólo regula algunos extremos relacionados con la contratación publicitaria de forma general, aplicable a todo tipo de comunicación publicitaria, sea esta de la índole que sea, institucional, política, comercial, etc.

---

<sup>14</sup> MÉNDIZ NOGUERO, A., “La publicidad”, en BEL MALLÉN, I, & CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (coords.), “Derecho de la Información”, Barcelona: Ariel, 2003, p. 456.

<sup>15</sup> Ver artículos 50-69, 175.2, 193.2 y 227.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y artículos 14 y 15 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, que Regula las distintas modalidades de Referéndum.

<sup>16</sup> En el artículo 1 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional (LPCI) se dice que la misma: “establece el régimen jurídico de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación promovidas o contratadas por la Administración General del Estado y por las demás entidades integrantes del sector público estatal, enumeradas en el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria”; el numeral 2 del mismo artículo especifica que: “Esta Ley no será de aplicación a las campañas de carácter industrial, comercial o mercantil que desarrollen los sujetos enumerados en el apartado anterior en el cumplimiento de los fines que les son propios”; la publicidad institucional sólo se puede realizar cuando concurren razones de interés público, y en ejercicio de competencias propias—Art. 3.2 LPCI—y que “los mensajes o la presentación de las campañas institucionales de publicidad y de comunicación no podrán inducir a confusión con los símbolos, ideas, expresiones, diseños o imágenes empleadas por cualquier formación política u organización social”—Art. 4.2 LPCI.

## b) La publicidad–comunicación desde la perspectiva del marketing

Analizar la publicidad-comunicación desde la perspectiva del marketing implica aproximarnos al estudio de la publicidad como comunicación pública planificada desde la perspectiva de la Comunicación Integral de Marketing o Comunicación de Marketing Integral (en adelante CMI). La CMI no es, como parecen entender algunos autores, una política de comunicación con un nombre ambiguo desarrollada por las empresas como alternativa a la publicidad convencional.<sup>17</sup> La CMI, según la *American Association of Advertising* es:

[U]n concepto de planificación de las comunicaciones de marketing que reconoce el valor agregado de un plan completo, en el que se evalúan las funciones estratégicas de una diversidad de disciplinas de comunicación—por ejemplo, publicidad general, respuesta directa, promoción de ventas y relaciones públicas—y se las combina para lograr la claridad, coherencia y efecto máximo de las comunicaciones<sup>18</sup>

Desde esta perspectiva, la CMI es una estrategia de la comunicación publicitaria que no diferencia en función del tipo de mensaje, del contenido, de la información. Es perfectamente aplicable para campañas comerciales, políticas, institucionales, etc. Ahora bien, en el ámbito de la comunicación publicitaria comercial aún se podría hilar más fino y decir que la CMI es la sinergia de los componentes comunicativos o promocionales inherentes a los cuatro elementos que conforman la denominada mezcla de marketing, o *marketing-mix* (producto, precio, distribución y promoción), cuya adecuada combinación constituye la esencia del marketing. La publicidad, entendida como CMI, es un fenómeno comunicativo global y uniforme mediante el que se crean, valoran, planifican, integran y ejecutan los diferentes elementos comunicativos del *marketing-mix*, como un todo coordinado. Esto, con el fin de administrar o gestionar la imagen corporativa y las marcas de los anunciantes, en función de las oportunidades de promoción que se detectan en el contexto de unos determinados comportamientos de los receptores o *targets* de la publicidad, para maximizar así su impacto.<sup>19</sup>

En esta medida, se reconoce que la potencialidad comunicativa de la publicidad, entendida como CMI, desborda la promoción propiamente dicha, se valora y planifica la publicidad de forma global, integrando el potencial comunicativo de todos los elementos del *marketing-mix*: 1º El potencial simbólico del diseño del producto, su marca, su presentación, su *packaging*—que son todos elementos comunicativos o promocionales del elemento del *marketing-mix* denominado “producto” o *product-mix*; 2º La determinación del precio en cuanto signo, y por ello significativo de prestigio y/o calidad; 3º La estrategia de distribución, que implica y conlleva comunicación, por ejemplo en la escogencia de la forma y mecanismos a través de los cuales se hace llegar el producto a los potenciales consumidores; y 4º Su promoción propiamente dicha, o *promotional-mix*, que tradicionalmente se consideró integrada por las actividades publicitarias, las promociones de ventas y las ventas personales<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> RUBÍ PUIG, A., “Publicidad y libertad de expresión”, Navarra: Editorial Aranzadi, 2008. p. 351

<sup>18</sup> Citado en: BELCH & BELCH, op. cit. p. 10.

<sup>19</sup> Cfr. HUTTON, J. G., “Integrated Marketing Communications and the Evolution of Marketing Thought”, *Journal of Business Research*, No. 37, noviembre de 1996, pp. 155-162.

<sup>20</sup> CLOW & BAACK, C., “Publicidad, promoción y comunicación integral de marketing”, México: Prentice Hall, 2010, p. 8 y ss.

La publicidad en el ámbito del comercio, del consumo, vista desde la perspectiva de la CMI, articula y proyecta la mezcla de marketing, o *marketing-mix*, de forma integrada dentro de un esquema que vincula producto, precio, distribución y promoción, buscando transmitir un único e inequívoco mensaje. En este sentido, la CMI es más que la publicidad tal y como se define en la tercera acepción del DRAE; es más que divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc. La publicidad entendida como CMI supera el alcance de la definición de la tercera acepción de “publicidad” del DRAE, y que se estudia a continuación, ya que integra y valora la efectividad comunicativa de todos los elementos del *marketing-mix*. No circunscribe la capacidad comunicativa de la actividad publicitaria a la divulgación de mensajes o anuncios, es decir, a la propaganda comercial o al *promotional mix*, sino que la reconoce como una función implícita de todos los factores de la mezcla de marketing. En este sentido, el producto, su diseño, su marca, su envase, el precio y las modalidades de distribución son todos fenómenos que implican una dimensión comunicativa que redundará en beneficio de la transmisión de un determinado mensaje.<sup>21</sup> Entender la publicidad, según la segunda acepción del DRAE, como CMI, no la limita al ámbito mercantil o comercial, y enfatiza la importancia de la integración de todos los medios disponibles para comunicar los mensajes de los que se trate.<sup>22</sup>

Así pues, la CMI es un tipo específico de comunicación pública, es publicidad tal y como se define en la segunda acepción de esta voz en el DRAE: “Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”. Pero, siempre y cuando se tenga en cuenta que, tal y como afirman BELCH & BELCH:

La percepción que tienen los consumidores de una compañía, de sus marcas o de ambas es una síntesis del paquete de mensajes que recibe, o los contactos que tiene, como los anuncios en medios, precio, diseño de empaquetado, actividades de marketing directo, publicidad no pagada, promociones de ventas, sitios, exhibidores en puntos de compra e inclusive el tipo de establecimiento donde se vende el producto o servicio<sup>23</sup>

En este orden de ideas, saber que la publicidad puede entenderse desde la perspectiva mercadotécnica como CMI enriquece las definiciones del DRAE, pues sirve para explicitar que dentro del conjunto de medios utilizados para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos se deben incluir todos los elementos del *marketing-mix* que comuniquen información, o lo que es lo mismo, que cumplan una función promocional. Así pues, la publicidad entendida como CMI supera la definición de la tercera acepción del DRAE, y matiza y enriquece la definición de la segunda acepción.

---

<sup>21</sup> Algunos autores hablan de la “comunicación de 360°” como una forma de “gestionar de manera integrada y coherente las distintas vertientes de la comunicación organizacional o corporativa, como son: la imagen corporativa, las relaciones públicas, las campañas publicitarias, la web corporativa, entre los múltiples recursos que sirven para comunicar a los públicos” (LÓPEZ VÁSQUES, B., & MARTÍNEZ NAVARRO, G., “Comunicación 360°”, en SÁNCHEZ HERRERA, J., & PINTADO BLANCO, T. (coords.), “Nuevas tendencias en comunicación”, Madrid: ESIC Editorial, 2010, p.19)..

<sup>22</sup>Ver: VÉLIZ MONTERO, F., “Cambio de mirada en las organizaciones: Comunicación en 360 grados”, *Revista Latinoamericana de Comunicación CHASQUI*, No. 93, marzo de 2006, pp.62-65

<sup>23</sup> BELCH & BELCH, op. cit. p. 10.

## 1.2. La publicidad como comunicación comercial

### *a) La publicidad como comunicación comercial persuasiva*

Tal y como se ha indicado anteriormente, la tercera acepción de la voz “publicidad” del DRAE la define como: “Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”. En éste sentido la publicidad es tanto una actividad como el resultado de la misma, es la acción y el efecto de divulgar, de comunicar información, pero no ya de cualquier tipo, sino exclusivamente comercial, y siempre con el fin de aumentar el consumo, la demanda. Ya no se trata de la genérica publicidad-comunicación, sino de una especie de esta, la publicidad-promoción. Vale la pena contrastar esta definición con la definición clásica de HASELOFF según la cual la publicidad es “comunicación pública planificada con la finalidad de una información, persuasión y orientación de decisiones económicas eficaces”<sup>24</sup>. Según esta acepción “publicidad” es sinónimo de “propaganda comercial”, toda vez que la “propaganda” es, según se define en la primera acepción del DRAE, la “acción o efecto de dar a conocer algo con el fin de atraer adeptos o compradores”. Así pues, la publicidad según la tercera acepción del DRAE, la publicidad-promoción, o lo que es lo mismo, la publicidad en cuanto que actividad y mensaje, o propaganda comercial, es información comercial comunicada con el fin de persuadir, de atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc. Tal y como se ha apuntado, a diferencia de lo que sucede con la publicidad-comunicación definida en la segunda acepción del DRAE, la publicidad-promoción se circunscribe al ámbito del comercio: promover el consumo y el consecuente aumento en ventas que persigue el anunciante. Tal y como diría GARCÍA GUERREO: “Las definiciones de propaganda y publicidad contienen cuatro elementos: el informativo, el material, el persuasivo y el ideológico. Gramaticalmente la publicidad es una especie del género de la propaganda, cualificada por su ámbito material y por su finalidad”<sup>25</sup>.

Llegados a este punto conviene recalcar que la presente investigación trata sobre la publicidad entendida según su tercera acepción, en tanto y en cuanto actividad y mensaje, en tanto y en cuanto acción y efecto de divulgar información comercial con el fin de persuadir, de aumentar la demanda. Se ha de notar que al hilo de esta última definición, ya no se hace referencia al resultado objetivo de la comunicación de una determinada información, a la calidad o estado de pública de ésta, ni al conjunto de medios utilizados para divulgarla, sino que se habla de la comunicación misma, de la acción y el efecto de comunicar. La tercera acepción de “publicidad” hace referencia al resultado subjetivo de la comunicación de la información: “atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”, concretándose así que el objetivo de la comunicación, de la información, es siempre persuasivo; es decir, el fin de la publicidad es siempre aumentar la demanda.

En resumidas cuentas, se puede hablar de publicidad, “en sentido amplio”, para denotar la calidad o estado de público. También se puede hablar de publicidad para significar el

---

<sup>24</sup> HASELOFF, O.W., “Kommunikationstheoretische Probleme der Werbung, en BEHRENS, K.C. (ed), Handbuch der Werbung”, Wiesbaden: 1969, pp.157-200, citado y traducido por SPANG, K., “Publicidad y Retórica”, en ROMERO, M<sup>a</sup> V. (coord.), “Lenguaje publicitario”, Barcelona: Ariel, 2005, p. 30.

<sup>25</sup> GARCÍA GUERREO, J. L., “La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español”, REDC, Año 17, Núm. 50. Mayo-Agosto 1997, p. 85.

conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos, indistintamente de su naturaleza comercial, política o institucional: la publicidad como anuncio, como soporte, y en general como conjunto de instrumentos tendentes a comunicar información, a hacerla pública, es decir, entendida como comunicación pública o publicidad-comunicación. Y, finalmente, publicidad puede significar una especie de comunicación pública, a saber, comunicación comercial persuasiva, publicidad-promoción, divulgación de noticias o anuncios, de mensajes de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc. Esta última acepción implica a las dos primeras, pero denota un fenómeno diferente, un tipo específico de comunicación: es comunicación comercial persuasiva, es la efectiva comunicación de anuncios publicitarios con el objetivo de persuadir a consumir. Es precisamente, y en principio, éste último, tal y como se ha dicho, el significado que interesa aquí especialmente, es decir, la publicidad entendida como comunicación comercial persuasiva. No obstante, antes de poder cotejar este significado con la definición legal correspondiente, conviene hacer algunas precisiones mercadotécnicas al respecto.

#### *b) La publicidad como mezcla promocional*

A pesar de que “la comunicación ocurre de manera implícita en los diversos elementos de la mezcla de marketing, gran parte de la comunicación de una entidad [de un anunciante] con el mercado tiene lugar como parte de un programa de promoción planeado y controlado con minuciosidad”<sup>26</sup>. La promoción, mezcla promocional o *promotional-mix* es, tal y como se ha mencionado, uno de los cuatro elementos del *marketing-mix*. El *promotional-mix*, desde el punto de vista tradicional incluía: las actividades publicitarias propiamente dichas, las promociones de ventas (aquellas que incluyen tanto promociones de ventas, dirigidas a los usuarios o consumidores, como promociones comerciales, dirigidas a distribuidores y minoristas) y las ventas personales.<sup>27</sup> Ahora bien, a la luz de la CMI esta clasificación tradicional es insuficiente, pues, tal y como afirma CLOW & BAACK:

La tendencia a integrar todos los esfuerzos promocionales ha ampliado las promociones más allá de los tres elementos tradicionales de publicidad, promociones de ventas y ventas personales. En la actualidad, también se incluyen actividades como marketing de base de datos, marketing directo, marketing de patrocinio, marketing electrónico interactivo, marketing de guerrilla, marketing alternativo y relaciones públicas<sup>28</sup>

El *promotional-mix*, como elemento que es del *marketing-mix*, podría describirse como un tipo específico de “promoción”, al hilo de la definición de la cuarta acepción de la voz “promoción” en el DRAE: “conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas”. El *promotional-mix* es el conjunto de anuncios o mensajes, medios y actividades a través de las cuales se realiza la actividad publicitaria, la publicidad, tal y como se define en la tercera acepción del DRAE: divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc. Cuando se habla de publicidad como promoción, o *promotional-mix*, se hace alusión a una serie de herramientas y técnicas, mediante las

---

<sup>26</sup> BELCH & BELCH, *Ibidem*.

<sup>27</sup> CLOW & BAACK, *op. cit.* p. 8 y ss.

<sup>28</sup> CLOW & BAACK, *op. cit.* p.9



que se diseñan y divulgan los anuncios publicitarios para persuadir a los destinatarios de la publicidad a que consuman determinados bienes o servicios.

Ahora bien, es importante recordar que las técnicas que componen el *promotional-mix* se pueden agrupar como clases o tipos específicos de herramientas así: a.) herramientas publicitarias de la CMI; b.) herramientas de medios de la CMI; y c.) herramientas promocionales de la CMI. Las herramientas publicitarias son aquellas técnicas o actividades mediante las que se crean y comunican de forma explícita y privilegiada anuncios publicitarios, mensajes particulares, “atómicos”, que sirven para conformar el mensaje integral, global, o “molecular”, que la publicidad, entendida como CMI, busca divulgar en cada caso.<sup>29</sup> Las herramientas publicitarias son básicamente dos, las ventas personales y la “publicidad” entendida como técnica o herramienta específica del *promotional-mix*, como “cualquier forma de comunicación impersonal acerca de una organización, producto, servicio o idea, pagada por un patrocinador identificado”<sup>30</sup>. En cualquier caso, “[t]anto en la promoción de empresa a empresa como en la que se dirige a los consumidores, la clave para usar la publicidad con eficacia es verla como uno de los ‘rayos’ de la ‘rueda’ del esfuerzo promocional. Los ‘rayos’ restantes son los demás componentes del plan de CIM”.<sup>31</sup>

Las herramientas de medios de la CMI se utilizan para adaptar la campaña de publicidad, afinando el uso de las herramientas publicitarias, al programa general de CMI mediante la preparación de una estrategia de medios eficaz; “la estrategia de medios es el proceso de analizar y elegir los medios para la campaña de publicidad y promoción”<sup>32</sup>. Así pues, las herramientas de medios—que incluyen técnicas tales como el marketing en medios tradicionales (televisión, radio, publicidad exterior, y prensa), el marketing interactivo<sup>33</sup>, y el marketing alternativo<sup>34</sup>—sirven para dar forma a la campaña publicitaria mediante la escogencia y la utilización de los medios y soportes más adecuados en función del producto o servicio del que se trate y de las

---

<sup>29</sup> “Para algunos productos y empresas, la publicidad es el enfoque central y los demás componentes (promoción comercial, promoción para consumidores y ventas personales) apoyan la campaña de publicidad. En otras situaciones, la publicidad desempeña un rol secundario, por ejemplo, apoya al equipo de vendedores nacionales y el programa de promoción comercial de la empresa. En el sector de empresa a empresa, la publicidad apoya a menudo a otras actividades promocionales, como las ferias comerciales y las visitas de ventas personales. En el sector de consumo, muchas veces ocurre lo contrario. La publicidad es, por lo general, el principal vehículo de comunicación, y las otras herramientas promocionales (concursos, cupones, muestras) se diseñan para respaldar la campaña de publicidad” (CLOW & BAACK, op. Cit., p. 121-122)

<sup>30</sup> ALEXANDER, R. S. (ed.), “Marketing Definitions”, Chicago: American Marketing Association, 1965, p. 9, citado en BELCH & BELCH, op. cit., p. 18.

<sup>31</sup> CLOW & BAACK, op. Cit., p. 122

<sup>32</sup> CLOW & BAACK, op. Cit., p. 210

<sup>33</sup> Este tipo de marketing se articula mediante el uso de medios tales como la publicidad en internet, el espiral de marca, los blogs, las redes sociales en internet, las reseñas generadas por consumidores, el correo electrónico, la optimización de motores de búsqueda, y el marketing viral. No parece conveniente ni pertinente extenderse en este momento al respecto de cada una de estas técnicas de marketing interactivo; no obstante, se analizarán algunas de ellas a lo largo de este trabajo, y especialmente en el Capítulo VI.2.

<sup>34</sup> Este tipo de marketing se articula mediante el uso de medios tales como el marketing de rumor, el marketing de guerrilla, el *advertainment*, el marketing de estilos de vida, los videojuegos, el emplazamiento de publicidad en espacios comerciales, los volantes y folletos, las bolsas de compras, la ropa, el marketing dentro de las tiendas y las comunidades de marca. Al igual que se apuntaba con respecto del marketing interactivo, algunas herramientas del marketing alternativo se discutirán más adelante, y especialmente en el Capítulo VI.2.

características de los consumidores o *target* al que se dirige la campaña. Por lo mismo, se entiende que dependiendo de las herramientas de medios que se decidan utilizar, la forma y el contenido de las herramientas publicitarias deberán adaptarse y ajustarse correspondientemente.

Así como las herramientas de medios sirven para delimitar y articular las herramientas publicitarias, las herramientas promocionales sirven para delimitar y articular las herramientas de medios. El diseño de los planes de CMI se parece pues a una especie de embudo que sirve para afinar o filtrar los mensajes publicitarios, los anuncios, su contenido y forma, mediante la utilización de diversas herramientas para conseguir que los contenidos de la publicidad “atómica” alcance de la forma más efectiva posible al *target*, reforzando y haciendo eco de la dimensión agregada o “molecular” de la campaña sustentada en el específico plan de CMI del que se trate. En este orden de ideas, las herramientas promocionales—que incluyen técnicas tales como el marketing de bases de datos, el marketing de respuesta directa, el correo directo, el telemarketing, la promoción de ventas, el uso de muestras, la promoción comercial, las relaciones pública y los programas de patrocinio—sirven para afinar aún más el uso que en una determinada campaña se hará de las herramientas de medios. Así pues, puede decirse que, en el proceso de creación de un anuncio es fundamental considerar no sólo el qué se comunica, mediante el uso de herramientas publicitarias, sino también el cómo se comunica, mediante el uso de determinadas herramientas de medios y promocionales.

La publicidad, entendida como promoción o *promotional-mix* denota el producto agregado de la utilización de las herramientas publicitarias, de medios y promocionales que conforman a éste componente del *marketing-mix*. Es importante recalcar que dentro del *promotional-mix* se diferencian claramente las herramientas publicitarias, mediante las que se crea la publicidad entendida como mensaje, como información comercial persuasiva, como creación del ingenio humano, como anuncio según la segunda acepción del DRAE, y aquellas otras herramientas, las de medios y las promocionales, que incluyen técnicas o actividades, medios vehiculares distinguibles de mensaje, que lo condicionan y lo transmiten. El *promotional-mix* es la fase de la CMI en la que se coordinan “todas las actividades que inicia el vendedor para establecer canales de información y convencimiento encaminados a la venta de bienes y servicios o a impulsar una idea”<sup>35</sup>. Cada una de las herramientas aquí mencionadas coadyuva a dar forma al mensaje “molecular” mediante la creación y transmisión de mensajes “atómicos”, singulares, anuncios concretos. En este orden de ideas, las precisiones de orden mercadotécnico que se han señalado permiten matizar la tercera acepción de “publicidad” del DRAE de la siguiente forma: divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial que se crean y comunican mediante la utilización de las herramientas publicitarias, de medios y promocionales que conforman el *promotional-mix* con el fin de atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.

Debe tenerse en cuenta que, tal y como se ha mencionado antes, desde la perspectiva de la mercadotécnica existen otras herramientas del *marketing-mix*, que aun cuando no se incluyen dentro del *promotional-mix*, constituyen medios empleados para divulgar información, por lo que deben ser considerados como publicidad al tenor de la segunda acepción del DRAE, es decir, en tanto y en cuanto CMI. Un caso tal es el del *packaging* o envasado, que siendo uno de los cuatro elementos del factor “producto” o *product-*

---

<sup>35</sup> BELCH & BELCH, op. cit., 16.

*mix*, sirve de medio o soporte para la divulgación de información comercial, de mensajes publicitarios, tal y como se verá más adelante.<sup>36</sup> Adicionalmente, el propio diseño del empaquetado de un producto transmite información acerca del bien, de forma más o menos explícita, al punto que puede llegar a constituir una parte importante de la imagen de marca; piénsese, por ejemplo, en el diseño de las botellas de algunas bebidas carbonatadas.

Las notas características de la publicidad, entendida no ya como publicidad-promoción, o *promotional-mix*, sino como herramienta publicitaria, que sirven para distinguirla de otras herramientas publicitarias y promocionales, son dos: es impersonal (lo cual distingue a la publicidad de las ventas personales, y del marketing directo e interactivo) y es onerosa (que sirve para distinguir la publicidad de las relaciones públicas y la publicidad no pagada).<sup>37</sup> La publicidad, entendida como herramienta promocional, no coincide con la definición de la tercera acepción de publicidad del DRAE, ya que ésta no se refiere exclusivamente a divulgación impersonal, ni tampoco entiende que la onerosidad constituya uno de sus elementos definitorios. Así pues, el significado de “publicidad”, según la tercera acepción del DRAE, entendida como propaganda comercial, sirve para definir la actividad publicitaria, la publicidad-promoción, como resultado del *promotional-mix*, mas no sirve—por defecto—para definir la publicidad como CMI, ni tampoco—por exceso—para definir la publicidad como comunicación impersonal realizada por cuenta y a cargo de un determinado anunciante.

En este orden de ideas, y a manera de recapitulación, debe concluirse que:

i.) La publicidad, entendida como “conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos” (DRAE 2ª acepción), la publicidad-comunicación, abarca todos los tipos de comunicación publicitaria, independientemente del contenido de la información o del objetivo de la campaña. Adicionalmente, desde la perspectiva del marketing equivale a hablar de CMI, e incluye no sólo las herramientas del *promotional-mix* sino también todos los elementos del *marketing-mix* tales como el producto, su diseño, su marca, su envase, el precio y las modalidades de distribución, en la medida en que son todos fenómenos o medios que vehiculan una dimensión comunicativa que redundará en beneficio de la transmisión de un determinado mensaje.

ii.) La publicidad, entendida como “divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.” (DRAE 3ª acepción), equivale a hablar, desde la perspectiva del marketing, de la actividad publicitaria en su dimensión promocional propiamente dicha, o de *promotional-mix*, por lo que se refiere exclusivamente a la creación y divulgación realizada a través de las herramientas publicitarias, de medios y promocionales, es exclusivamente publicidad-promoción.

---

<sup>36</sup> Ver el apartado 2.2.c) del presente Capítulo.

<sup>37</sup> Vale la pena anotar que como tal, la llamada “promoción de ventas”, si bien es considerada una herramienta promocional, carece de vocación comunicativa autónoma, a diferencia de lo que sucede con la publicidad, el marketing directo, interactivo, las relaciones públicas y las ventas personales. La promoción de ventas siempre tendrá que ser comunicada o utilizada a través de, o en conjunción con otra de estas herramientas promocionales. BELCH & BELCH definen la promoción de ventas como “las actividades de marketing que proporcionan valor adicional o incentivos a la fuerza de ventas, distribuidores o consumidor final, y estimulan así ventas inmediatas” (BELCH & BELCH, op. cit., p. 23).

iii.) Finalmente, cuando se hace referencia a “publicidad” entendida como herramienta publicitaria específica, se está aludiendo únicamente a un tipo de comunicación impersonal pagada por un determinado anunciante.

## 2. La publicidad desde una perspectiva legal

Partiendo de los significados de publicidad propuestos en el apartado anterior, procede ahora estudiar la publicidad entendida como actividad resultante del ejercicio del derecho a anunciar. Interesa demostrar que sin anunciante no puede existir publicidad. Esta afirmación, lejos de ser una perogrullada, pretende destacar que jurídicamente sólo se puede hablar de publicidad en presencia de un sujeto particular que la LGP define como anunciante. Adicionalmente, las conclusiones del apartado primero de este Capítulo permitirán encuadrar con precisión la relación que existe entre “publicidad” y “comunicación comercial”, tal y como esta última se define en el Libro Verde de 1996 sobre la Comunicación Comercial en el Mercado Interno de la Comisión de las Comunidades Europeas.

### 2.1. La publicidad como actividad

Tras haber cotejado el sentido propio de la palabra “publicidad” con sus significados mercadotécnicos, procede ahora contrastar las conclusiones de la primera parte de este Capítulo con el significado jurídico de publicidad. Al hacer esto se conseguirá ir desvelando el régimen jurídico aplicable a la publicidad, entendida como CMI, como *promotional-mix* y como herramienta promocional concreta. Es decir, se busca determinar qué es lo que la ley regula cuando se limita un tipo de comunicación identificada con la voz “publicidad”.

Lo primero que hay que advertir es que desde la perspectiva del Derecho positivo español no es posible establecer la misma relación entre publicidad y promoción a la que se aludía en el primer apartado de este Capítulo, ya que según la legislación aplicable (Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en adelante LOCM) la voz “promoción” no se utiliza para referirse a uno de los elementos de la mezcla de marketing, a saber, el *promotional-mix*, sino que siempre se referirá a una técnica promocional concreta, a un tipo de herramientas promocionales: las ventas promocionales. En efecto, de acuerdo con el artículo 18.1 de la LOCM: “Tendrán la consideración de actividades de promoción de ventas, las ventas en rebajas, las ventas en oferta o promoción, las ventas de saldos, las ventas en liquidación, las ventas con obsequio y las ofertas de venta directa”<sup>38</sup>. Así pues, hablar de promoción, desde una perspectiva legal, equivale a hablar de promoción de ventas, o ventas promocionales que como se ha visto es—junto con otras técnicas tales como que el marketing de bases de datos, el marketing de respuesta directa, el correo directo, el telemarketing, el uso de muestras, la promoción comercial, las relaciones pública y los programas de

---

<sup>38</sup> El artículo 18 de la LOCM continúa, estableciendo en el numeral segundo que: “Las denominaciones antes señaladas únicamente podrán emplearse para anunciar las ventas que se ajusten a la regulación respectivamente establecida en la presente Ley, quedando expresamente prohibida la utilización de las citadas denominaciones u otras similares para anunciar ventas que no respondan al correspondiente concepto legal”.

patrocinio—una técnica específica de las denominadas herramientas promocionales del *promotional-mix* o mezcla promocional.

Para descubrir el significado legal de la voz “publicidad”, y su relación con la actividad y el proceso publicitario tal y como se entienden desde la mercadotecnia, se debe recurrir en primer lugar, como es de suponer, a la normativa específica que regula este fenómeno en España, a saber, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. La LGP establece en el primer inciso del artículo 2 la siguiente definición de publicidad: “Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

Podría pensarse que la definición legal de publicidad, al hacer referencia a “toda forma de comunicación”, coincide con el concepto de CMI en la medida en que todos los elementos del *marketing-mix* (producto, precio, promoción y distribución o comercialización) son fenómenos o medios que vehiculan una dimensión comunicativa que redundaría en beneficio de la transmisión de un determinado mensaje. No obstante, al atender al fin que la LGP adscribe a la publicidad, a saber, “promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”, se debe concluir que la definición legal se refiere a toda forma de comunicación promocional. Es decir, cuando la ley habla de toda forma de comunicación está haciendo alusión a toda forma de promoción, al “conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas”, lo que, como se ha visto, coincide con el concepto mercadotécnico de *promotional-mix*. Así pues, la amplitud de la definición legal encaja perfectamente con la definición de ‘publicidad’ contenida en la tercera acepción del DRAE: “divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre desde las perspectivas de la lengua española y de la mercadotecnia, la LGP circunscribe la publicidad a la promoción realizada por un anunciante: persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Tal y como afirma DESCALZO: “Siempre que el legislador se ha trazado la misión de establecer la definición de publicidad comercial ha destacado el carácter de comunicación dirigida a promover la contratación como aspecto más relevante del fenómeno”<sup>39</sup>. En efecto, el artículo 2 de la derogada Ley 61/1964, de 11 de junio, del Estatuto de la Publicidad (en adelante EP), establecía que: “Será considerada como actividad publicitaria toda divulgación para dirigir la atención del público o de los medios de difusión hacia una determinada persona, producto o servicio, con el fin de promover de modo mediato o inmediato su contratación”. Al igual que sucedía en el EP, al recogerse en la LGP la promoción de la contratación como fin de la publicidad, se está recalando la doble faz informativa y persuasiva de la publicidad. Pero, en la LGP ya no se habla de “toda divulgación” como se hacía en el EP, sino de “toda forma de comunicación”, lo cual parece indicar que se reconoce actualmente un papel más activo por parte de los destinatarios de la publicidad. Esto se confirma al observar que en la publicidad-divulgación el receptor de la información persuasiva simplemente la recibe,

---

<sup>39</sup> DESCALZO GONZÁLEZ, A., “Principio de veracidad y política pública en el mercado de la publicidad comercial”, Madrid: Dykinson, 2003, p. 81.

es expuesto a ella, mientras que al hablar de publicidad-comunicación se reconoce que el receptor debe descifrar o interpretar, debe darle sentido a la información persuasiva a la que es expuesto.

También salta a la vista el hecho de que la LGP, a diferencia de lo que sucedía en el EP, y en consonancia con la Directiva 84/250/CEE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa<sup>40</sup>, califica al sujeto anunciante: “Es anunciante la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad” (Art. 8 LGP). En éste sentido, y teniendo en cuenta la definición de publicidad contenida en el artículo 2 LGP<sup>41</sup>, sólo podrá ser anunciante la persona física o jurídica, pública o privada, en cuyo interés se realiza la publicidad, cuando éste actúe en el ámbito de la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional a la que se dedique. En la medida en que el anunciante es un sujeto cualificado, no simplemente por ser aquel en interés de quien se realiza la publicidad, sino que tal interés debe estar fundamentado en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional que relaciona de forma directa al sujeto con la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones que pretende promover, de forma directa o indirecta, la LGP está consagrando la publicidad, de forma implícita, como un tipo de comunicación que sólo puede resultar del ejercicio de un derecho, como resultado del ejercicio del derecho a anunciar de quienes realizan una determinada actividad, y que tal derecho es exclusivo de quienes compiten en un determinado sector del mercado. Es decir, sólo un sujeto cualificado como anunciante puede realizar publicidad.

Mas, es necesario recordar que el ejercicio del derecho a anunciar, la realización de publicidad a favor de un anunciante, requiere el concurso de otros sujetos publicitarios. Así, frente al emisor del mensaje, de la comunicación, que es el anunciante, se encuentran los destinatarios de la publicidad: “Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que este alcance” (Art. 2 LGP). Para que el mensaje que se realiza a favor del anunciante pueda llegar a sus destinatarios muchas veces resulta necesario el concurso de al menos otro sujeto: aquel que crea, prepara, programa o ejecuta la publicidad por cuenta del anunciante. Este sujeto, el verdadero “autor” de la publicidad, es, por lo general contratado por, o empleado de, la persona, natural o jurídica, que se dedica profesionalmente y de manera organizada a realizar esta tarea, es decir, la agencia de publicidad (Art. 8 LGP). Interesa destacar especialmente la importancia de la actividad creativa, por lo que se ha de recordar que, cuando un anunciante acude a un tercero para encargarse de la creación de su publicidad, bien sea dentro o fuera de la agencia de publicidad, siempre será posible identificar a uno o varios sujetos, los creativos, quienes idean y elaboran un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario (Art. 20 LGP).

---

<sup>40</sup> La Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa fue modificada por la Directiva 97/55/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre, para incluir también la publicidad comparativa. El artículo 2 de la Directiva 84/450/CEE define la publicidad de la siguiente manera: “toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”.

<sup>41</sup> Tal y como se ha dicho, la LGP establece en el primer inciso del artículo 2 la siguiente definición de publicidad: “Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”

Adicionalmente al anunciante, los receptores, y la agencia o el creador de la publicidad, con muchísima frecuencia interviene otros sujetos: los medios de publicidad. La LGP define a estos sujetos como: “personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten” (Art. 8 LGP). No obstante, el concurso de este sujeto no es imprescindible, toda vez que un anunciante puede realizar publicidad mediante herramientas tales como el marketing directo, el marketing interactivo, la promoción de ventas, las relaciones públicas y las ventas personales, prescindiendo de la participación de los medios de publicidad.

En este orden de ideas, la realización de publicidad requiere, por lo general, el concurso de cuatro sujetos: 1º el anunciante, aquel en cuyo interés se realiza la publicidad; 2º el destinatario, aquel a quien se dirige la publicidad; 3º la agencia/autor de la publicidad; y 4º los medios de publicidad. El autor de la publicidad será típicamente una agencia de publicidad, o un creativo específico, bien sea que trabaje por cuenta propia, dentro de una agencia, o en la empresa del anunciante. Adicionalmente, pueden existir casos en los que el mismo anunciante es el autor de la publicidad. Todos estos extremos serán tratados en mayor detalle en el Capítulo VI.3, no obstante, es importante mencionarlos ahora para recalcar que cuando se habla del derecho a anunciar se hace referencia al derecho que asiste al anunciante como sujeto específico y diferenciable en el contexto de la actividad publicitaria.

## 2.2. La publicidad como derecho

Llegados a este punto, es imprescindible definir un aspecto concreto, fundamental, de la publicidad, a saber: el derecho a realizar comunicaciones comerciales, el derecho a anunciar. Como se verá, es precisamente el derecho a anunciar el que se constituye en piedra angular sobre la que se levanta el edificio del Derecho de la publicidad, es el punto de arranque de la publicidad como fenómeno, como comunicación jurídicamente relevante. El derecho a anunciar es la manifestación inicial o primigenia de la publicidad. El derecho a anunciar es el punto de partida de la publicidad, es el título jurídico que origina y da sentido a la actividad publicitaria, y a todas las relaciones jurídicamente trascendentes, tanto contractuales—con agencias de publicidad, creadores y medios de comunicación—como extracontractuales—con competidores y destinatarios de la publicidad. La publicidad, tal y como se define en el art. 2 LGP es la actividad publicitaria por excelencia—y el núcleo mismo del proceso publicitario en cuanto que medio, mensaje y modo. No obstante, como ya se ha mencionado, existen otras actividades publicitarias que no son propiamente comunicación comercial, a saber: la publicidad legal, la publicidad institucional y la publicidad o propaganda política y electoral. En este sentido, se entiende que la LGP establezca en el art. 7 que lo dispuesto en el Título III de la Ley, de la contratación publicitaria, “será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2”, es decir, los que versen sobre publicidad que no busque promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> En opinión de CORREDOIRA Y ALFONSO: “Es muy razonable que se consideren también contratos publicitarios aquellos que, no persiguiendo la contratación—es decir, los no meramente comerciales—aparecen en modo y/o se difunden por medios publicitarios. Tal es el caso de la publicidad electoral—que

Ahora bien, como lo que aquí interesa es la publicidad en tanto y en cuanto comunicación comercial, o publicidad-promoción, procede ahora esbozar los perfiles propios de este tipo de comunicación, al hilo, especialmente, de las definiciones de la LGP y de la Directiva 84/450/CEE, comentando los seis criterios que se utilizan para caracterizar la publicidad, tal y como se plantean desde la doctrina<sup>43</sup>, a saber:

- i) Toda forma de comunicación.
- ii) Realizada con el fin de promover, de forma directa o indirecta, la contratación.
- iii) De bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.
- iv) Realizada por una persona física o jurídica, pública o privada.
- v) En el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.
- vi) A cambio de una remuneración.

*a) La publicidad es comunicación.*

La caracterización legal de la publicidad sitúa este fenómeno de comunicación pública en estrecha relación con el proceso publicitario, sede de la gestación y difusión de los mensajes a través de los que se vehicula o realiza, que como se ha visto, es siempre de naturaleza comercial. Las tres primeras características arriba citadas (i, ii y iii) se refieren precisamente a la definición de la publicidad, tal y como se entiende desde la perspectiva mercadotécnica en cuanto que promoción o *promotional mix*; pues como se puede observar por la amplitud del concepto—“toda forma de comunicación”—es claro que se incluyen aquí no sólo la publicidad, entendida como herramienta publicitaria, sino también otras herramientas promocionales como el marketing directo, el marketing interactivo, la promoción de ventas, las relaciones públicas y las ventas personales. Así pues, hablar de publicidad, en términos legales, equivale a hablar, tal y como se expuso más arriba, de la actividad definida por la tercera acepción de esta voz según el DRAE, y de promoción o *promotional mix* en sentido mercadotécnico.

Opiniones tales como la de CUESTA RUTE, en el sentido de que “aunque la ley no lo diga, la comunicación publicitaria es comunicación colectiva”<sup>44</sup> resultan chocantes e imprecisas. A la luz de la mercadotecnia, y en concreto de la CMI, no cabe sostener que “la comunicación que se dirige a una sola persona no es publicidad y lo que se comunica no es mensaje publicitario, aunque tenga su referente en el mercado y quien emite la comunicación se proponga promover sus negocios en ese mercado”<sup>45</sup>. Por el contrario, una lectura cuidadosa de la norma encaja perfectamente con las concepciones más modernas del marketing, que reconocen con normalidad el hecho de que la

---

debiera denominarse propaganda—, la publicidad institucional de contenido político—fomentando la participación electoral o el pago de impuestos—o, los carteles informativos, las esquelas, etc.” (CORREDOIRA Y ALFONSO, L., “Comentarios a la Ley de Publicidad. Ley 34/1988 y disposiciones complementarias”, Barcelona: Bosch, 1993, p. 63).

<sup>43</sup> Seguiré principalmente el desarrollo de SANTAELLA LÓPEZ (SANTAELLA LÓPEZ, M., “Derecho de la publicidad”, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, pp 51 y ss).

<sup>44</sup> CUESTA RUTE, ob. cit., p. 34

<sup>45</sup> CUESTA RUTE, ob. cit., p. 34



publicidad entendida como promoción, o *promotional mix*, en muchos casos se ejecuta utilizando herramientas publicitarias, de medios y promocionales que canalizan el mensaje a receptores individuales, como, por ejemplo, en el caso del marketing directo y las ventas personales.

Parece más acertado entender, tal y como hace MIGUEL ASENCIO, que reemplazar el término “publicidad” por el de “comunicación comercial”, o mejor aún, entender la publicidad como una especie de comunicación comercial, tal y como se explicitará más adelante, entre otras cosas “favorece la superación [...] de la idea de que la publicidad constituye comunicación colectiva, lo que lleva a considerar que la comunicación dirigida a un solo destinatario no es propiamente publicidad”<sup>46</sup>. Al optar por el término “comunicación comercial” como sinónimo de publicidad en sentido de promoción, o *promotional mix*, se allana el camino para poder distinguirlo de la publicidad en cuanto herramienta promocional específica (impersonal y onerosa) y en cuanto proceso y fenómeno comunicativo global, o CMI. Limitar la actividad publicitaria a un fenómeno de comunicación colectiva sólo es correcto si se está haciendo alusión a la técnica promocional impersonal y onerosa denominada publicidad, mas no cuando se hace referencia a la publicidad, a la comunicación comercial, entendida como realidad socio-económica que abarca la totalidad de las herramientas publicitarias, de medios y promocionales del *promotional mix*. Hay que anotar que la publicidad definida en la LGP, si bien incluye la totalidad de herramientas del promotional-mix, en la medida en que se articulen para promover la contratación de bienes o servicios de un determinado anunciante, no obstante, regula la comunicación publicitaria que hemos denominado publicidad-promoción no en tanto en cuanto medio ni modo, sino exclusivamente como mensaje<sup>47</sup>.

#### *b) La publicidad es comunicación persuasiva*

El hecho de que la definición de publicidad contenida en el artículo 2 de la LGP no mencione explícitamente la función informativa de la publicidad—cosa que como se verá resulta muy interesante a la luz de la exposición que se contiene en los Capítulos siguientes—resalta la forma mediata con la que la LGP se ocupa de los destinatarios de la publicidad. Tal y como se pretende demostrar a lo largo de este estudio, la salvaguarda de los intereses de los destinatarios de la publicidad exige que la incitación a consumir se realice mediante cauces persuasivos que informen de forma veraz. De hecho, la definición contenida en dicho artículo tan sólo precisa que la publicidad es toda forma de comunicación realizada “con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”. Suponer que el único fin de la publicidad es procurar la contratación de aquello que se anuncia resalta la importancia de la función persuasiva de la comunicación comercial y su vocación concurrencial. Es decir, destaca la importancia de la publicidad para los anunciantes, para la competencia, descuidando el papel que la publicidad debe cumplir a la hora de informar a los destinatarios de la publicidad, con el fin de facilitar y potenciar decisiones de consumo racionales y responsables.

---

<sup>46</sup> MIGUEL ASENCIO, ob. cit., p. 40.

<sup>47</sup> En la literatura esta opinión es generalizada, y se encuentra expresada de forma inequívoca en trabajos como los de CUESTA RUTE (ob. cit. p. 34) o CORREDOIRA Y ALFONSO (ob. cit. p. 32).

Que la LGP guarde silencio, en la definición de lo que constituye publicidad, acerca de la importancia de los contenidos puramente informativos de la publicidad en el proceso de configuración de la decisión de compra de los destinatarios de la publicidad permite concluir que, desde una perspectiva legal, se entiende que la información se encamina, prioritariamente, a procurar el consumo, a persuadir, antes que a informar verazmente para potenciar la libertad de los destinatarios de la publicidad, y por ende, su dignidad. Es decir, atendiendo a la definición legal de publicidad puede decirse que la publicidad, antes que estar constituida por una doble faz informativa y persuasiva, es en esencia comunicación persuasiva que se articula mediante contenidos racionales y/o emocionales que pretenden movilizar la voluntad de sus destinatarios para convertirlos en consumidores, persuadidos, más que informados.<sup>48</sup> A este respecto, y coincidiendo con la opinión de PINO ABAD:

[...] opinamos, al igual que parte de la doctrina, que esta función persuasiva y promotora de bienes y servicios, que debe tener la publicidad al ser el principal ‘puente’ que une los productos o servicios de los anunciantes con los consumidores, debería estar limitada por la función informativa que toda manifestación publicitaria tendría que cumplir en interés de los consumidores, estableciendo criterios para controlar la dosis de persuasividad de los actos publicitarios, y fijando reglas jurídicas que exigieran unos contenidos informativos mínimos<sup>49</sup>

De otro lado, es necesario anotar que no resulta de recibo la opinión de algunos autores, según la cual, dada la amplitud de la definición de publicidad en la LGP, “en dicho concepto cabe no sólo el mensaje publicitario (el anuncio clásico) sino cualquier forma de comunicación publicitaria, incluso indirecta, incluidas las etiquetas, información o presentación comercial de los productos o servicios”<sup>50</sup>. De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, parece acertado incluir en el concepto de publicidad de la LGP todos los elementos de la mezcla promocional o *promotional mix*, más allá del “anuncio clásico”. Como se ha dicho, la definición de publicidad de la LGP equivale a promoción o *promotional mix* en sentido mercadotécnico. No obstante, no parece correcto incluir dentro del concepto de publicidad de la LGP ni las etiquetas, ni la información o presentación comercial de los productos o servicios ya que este tipo de información, de comunicación, forma parte de la publicidad, pero entendida no como actividad, tal y como se define en la tercera acepción del DRAE y en el artículo 2 de la LGP—como *promotional mix*—sino como proceso de comunicación pública, como *marketing mix*, como CMI.

Excluir del concepto de publicidad de la LGP las etiquetas, y la información o presentación comercial de los productos o servicios se justifica porque este tipo de mensajes no promueven de forma directa ni indirecta la contratación. Y, además, por razones mercadotécnicas, ya que este tipo de mensajes no son elementos de la promoción o *promotional mix*, sino del “producto” o *product mix*. Son precisamente estas razones, que hacen referencia a la naturaleza de la publicidad, las que motivan el sentir de la Comisión de las Comunidades Europeas expuesto en el Libro Verde de

---

<sup>48</sup> Retomaré estas ideas para desarrollarlas con más detalle en el Capítulo II.

<sup>49</sup> PINO ABAD, M., “La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988”, Madrid: Instituto Nacional del Consumo, 1992, p. 27

<sup>50</sup> Ver BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), ÁLVAREZ LATA, N., & PEÑA LÓPEZ, F., “Reclamaciones de Consumo: Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor”, Navarra: Aranzadi, 2005, p. 164.

1996, cuando, como se verá más adelante, se define la comunicación comercial excluyendo expresamente el empaquetado de los productos.<sup>51</sup>

El producto, o *product mix*, es otro de los cuatro elementos que, como se ha apuntado anteriormente, componen la mezcla de marketing (producto, precio, promoción y distribución), y que como tal, desde la perspectiva de la CMI, forma parte de un fenómeno comunicativo global. Es claro que, “no se entiende el resto del *marketing mix* sin tener un producto o servicio en torno al cual desarrollarlos”<sup>52</sup>. Desde el punto de vista mercadotécnico, las etiquetas, la información y la presentación comercial de los productos son todos elementos del envase, o *packaging* del producto. El envase, o *packaging* del producto es uno de los cuatro elementos que conforman el *product mix*. Los cuatro elementos son: 1. Atributos comerciales del producto (que incluyen el diseño del producto y servicios añadidos tales como garantías y servicios postventa); 2. El envase y embalaje; 3. La marca; y 4. El precio (entendido como simple enunciación, y no como política o estrategia, que corresponde al precio en cuanto elemento de la mezcla de marketing). Tal y como afirma PILDITCH, “el envase es el vendedor pasivo del producto”<sup>53</sup>, y cumple cuatro funciones básicas (las cuatro pes del envase): protección, preservación, presentación y promoción.

La presentación<sup>54</sup> y la promoción<sup>55</sup> cumplen una función comunicativa, transmiten información—al igual que transmiten información el precio y la estrategia de distribución—pero no promueven ni directa ni indirectamente la contratación, sino que se dirigen y sirven a los consumidores y usuarios, a aquellos destinatarios de la publicidad que han actuado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (LGDCU Art 3) consumiendo el producto. Al igual que ocurre con las marcas—que también son uno de los elementos del *product mix*, y cuya función en la publicidad es fundamental, tal y como se argumenta en el Capítulo III, pero que no por ello se puede afirmar que las marcas sean en sí publicidad—el *packaging* cumple también una importante función promocional, comunicativa, publicitaria, pero no por ello puede considerarse que constituya una técnica promocional en sentido técnico, ni mucho menos publicidad en términos legales.

Las etiquetas, la información y la presentación del producto, su envase en definitiva, no es un objeto que tenga una entidad propia, el envase del producto es parte inseparable del mismo. Consumir un producto conlleva necesariamente consumir su envase y su

---

<sup>51</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, “Green Paper: Commercial Communications in the Internal Market”, Brussels: Document COM(96) 192 final, 08.05.1996, p. 7.

<sup>52</sup> IZQUIERDO SAUGAR, ob. cit., p. 427. Continúa el autor diciendo: “Todo producto conlleva implícitamente un precio, la estrategia promocional y de comunicación que se escoja para llegar de la mejor forma posible al segmento objetivo así como el diseño y elección de los canales de distribución necesarios, estarán condicionados por el producto del que se trate” (Ibídem).

<sup>53</sup> Citado por IZQUIERDO SAUGAR, ob. cit. p. 438.

<sup>54</sup> Tal y como recuerda IZQUIERDO, “el envase juega un papel vital en la presentación del producto. Un caro perfume, donde el envase tiene un coste proporcionalmente muy superior al contenido es un ejemplo claro de esta función” (IZQUIERDO SAUGAR, ob. cit. p. 438).

<sup>55</sup> No sólo se trata de que el envase sirva de soporte para “la puesta en marcha de numerosas acciones promocionales llevadas a cabo por las marcas (3X2, 50% más de producto, muestras gratuitas de un nuevo producto junto a otro producto ya existente, etc.)” (IZQUIERDO SAUGAR, ob. cit. p. 438), sino que el envase sirve de soporte para la comunicación de información que la Ley exige que se comunique (Cfr. Por ejemplo, Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios)

marca, así sea tan sólo a nivel simbólico<sup>56</sup>: poseyéndolo, admirándolo, mostrándolo. Hay así, hasta cierto punto, una necesaria identidad en el producto-envase entre comunicación y soporte, no se pueden escindir en el producto mensaje y medio; el producto mismo es comunicación, es información, independiente y simultáneamente con su función utilitaria.<sup>57</sup> Ahora bien, la publicidad, tal y como se ha descrito hasta el momento tiene entidad propia, distinguible del producto, aun cuando no de la marca<sup>58</sup>: se puede “consumir” la publicidad de un producto, de una marca, sin consumir el producto, de aquí que el destinatario de la publicidad (Art. 2 LGP) no necesariamente llegue a ser consumidor o usuario en sentido técnico (Art. 3 LGDCU). Tal y como afirma RITZER: “En última instancia, lo que se consume en la sociedad de consumo es el consumo mismo. El mejor ejemplo de éste punto es la publicidad. Al ver o leer anuncio publicitarios la gente los está consumiendo; están consumiendo consumo”<sup>59</sup>. En definitiva, el producto, en cuanto “marca envasada”, comunica una imagen que coadyuva a diferenciar la marca de manera coordinada, pero perfectamente distinguible, con la publicidad entendida como *promotional-mix*. El hecho de que el *packaging* contribuya en la creación de la imagen de la marca no lo convierte en instrumento promocional. Cosa bien distinta es que el envase de un determinado producto pueda servir de soporte para mensajes publicitarios tales como eslóganes, o la comunicación de la marca misma.

Cuando la LGP define la publicidad como toda forma de comunicación realizada con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación, se deja muy en claro que para que un determinado mensaje se pueda considerar como publicitario a efectos legales debe estar construido y comunicado de forma tal que sirva para promover o persuadir a los destinatarios de la publicidad a que consuman un determinado bien o servicio. Por ello, se entiende y se comparten opiniones como las de MOREU CARBONELL en el sentido de que “[m]uchas acciones publicitarias no tienen como finalidad, ni siquiera indirecta, promover la contratación ‘en ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional’. Por ejemplo, la publicidad corporativa de

---

<sup>56</sup> Tal y como afirma FEATHERSTONE, “la comida y la bebida generalmente tienen una vida corta, aun cuando no siempre es así; por ejemplo una botella de oporto añejo puede gozar de un prestigio y exclusividad tales que signifiquen que nunca se consuma propiamente (que se descorche y se beba), aunque puede ser consumida simbólicamente (siendo contemplada, como objeto de ensoñación, de conversación, fotografiada y manipulada) de diversas maneras que producen una gran satisfacción. Es en este sentido que nos podemos referir al aspecto doblemente simbólico de los bienes en las sociedades occidentales contemporáneas: el simbolismo no sólo resulta evidente en el diseño y la imaginería de los procesos de producción y marketing, sino que las asociaciones simbólicas de los bienes pueden ser utilizadas y renegociadas para enfatizar diferencias de estilos de vida que demarcan relaciones sociales” (FEATHERSTONE, M., *Consumer Culture and Postmodernism*, 2ª ed., Londres: Sage Publications, 2007, p. 16)

<sup>57</sup> En el Capítulo III se estudia la importancia de la dimensión simbólica del consumo en mayor detalle.

<sup>58</sup> La relación entre publicidad y marcas se estudia también con mayor detenimiento en el Capítulo III.

<sup>59</sup> RITZER, G., *Introduction*, en BAUDRILLARD, J., “The Consumer Society: Myths and Structures”, Londres: Sage Publications, 2007 [1970], p. 15). En similar sentido, un estudio demuestra que en Gran Bretaña la juventud halla en la publicidad diferentes formas de gratificación (RITSON, M., & ELLIOTT, R., “The Social Uses of Advertising: An Athnographic Study of Adolescent Advertising Audiences”, 25 *Journal of Consumer Research* 260, 1999). Entre otras, se menciona gratificación de tipo lúdica (algunos cantan al son de los *jingles* de la publicidad, otros recortan la publicidad de la prensa para hacer afiches), a nivel de entretenimiento (algunos jóvenes aseguran que la publicidad es más divertida que la programación televisiva), y para autoafirmación personal (la publicidad les sirve para reforzar valores y conocer modelos de comportamiento o referencia).

las empresas, la publicidad electoral o la publicidad social”<sup>60</sup>. En el caso de la publicidad corporativa la utilización de los nombres comerciales de los anunciantes no se puede entender, en general, que equivalga a promover de forma indirecta un producto determinado de la empresa<sup>61</sup>. A este respecto, la determinación de si un caso concreto de publicidad corporativa equivale a publicidad a efectos de la definición del artículo 2 de la LGP sólo podrá hacerse caso por caso, en atención, principalmente, a que existan circunstancias que evidencien que la similitud entre el nombre comercial<sup>62</sup> y las marcas de los productos o servicios ofertados por el anunciante es tal que conlleva una promoción indirecta de los respectivos bienes o servicios. Se entiende fácilmente que la similitud entre el nombre comercial y las marcas de empresas tales como Coca-Cola o Diageo ameriten un tratamiento diferente entre la publicidad corporativa de una y otra empresa.<sup>63</sup>

Esta opinión no sólo es compartida por una parte de la doctrina, tal y como se acaba de hacer constar, sino que la propia industria entiende que existe esta diferencia general entre publicidad que promueve de forma directa o indirecta la contratación, y la publicidad corporativa. Prueba de ello se encuentra en los códigos de autorregulación publicitaria de entidades tales como la Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE) o de la Federación Española del Vino (FEV). El artículo 11 del código de autorregulación publicitaria de la FEBE, por ejemplo, establece:

1.- La publicidad corporativa realizada por empresas dedicadas a la fabricación, importación o comercialización de las bebidas a las que se aplica este Código es lícita siempre y cuando responda a una finalidad cierta y razonable de un plan de comunicación corporativa de la empresa.

2.- Ello no obstante, la publicidad corporativa no podrá utilizarse como publicidad indirecta de determinadas bebidas o marcas cuya publicidad está prohibida en el medio a través del cual se difunda.

A los efectos de evitar que constituya un supuesto de publicidad indirecta ilícita en el sentido del párrafo anterior, la publicidad corporativa, al menos, reunirá las condiciones siguientes:

---

<sup>60</sup> MOREU CARBONELL op. Cit. P. 190.

<sup>61</sup> La mayoría de veces la publicidad corporativa o de imagen se concreta mediante el patrocinio, la financiación de eventos, campañas (por ejemplo contra el cáncer de mama) o de determinadas instituciones (como UNICEF), con lo que se consigue una determinada notoriedad de los nombres comerciales, cosa que puede repercutir en algunos casos y de forma indirecta sobre las marcas (productos) de la empresa al punto de merecer la consideración de publicidad indirecta, tal y como se define en el artículo 2 de la LGP.

<sup>62</sup> De acuerdo con lo establecido en el artículo 87.1 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en adelante LM), “se entiende por nombre comercial todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares”. Vale la pena apuntar que según lo establecido en el artículo 87.3 de la LM, “salvo disposición contraria prevista en este capítulo, serán de aplicación al nombre comercial, en la medida en que no sean incompatibles con su propia naturaleza, las normas de la presente Ley relativas a las marcas”.

<sup>63</sup> En palabras de Lema Devesa la publicidad indirecta es: “[...] aquella modalidad publicitaria que realiza una marca, generalmente notoria, que distingue un determinado producto, con el pretexto de identificar un nuevo producto, suscitando en el consumidor el recuerdo de un producto diferente que—con anterioridad—ya venía distinguiendo esta misma marca. Por consiguiente, a través de esta modalidad publicitaria, el público asocia la publicidad del nuevo producto con el producto anterior cuya publicidad estaba prohibida” (Lema Devesa, “La Publicidad Indirecta”, en ob. Cit. P. 419).

(I) no podrá utilizar una denominación social, nombre comercial y otro signo distintivo sustancialmente idéntico a una marca cuya publicidad está prohibida en el medio a través del cual se pretende difundir, salvo en los supuestos contemplados en este artículo;

(II) utilizará la denominación social o nombre comercial completos del anunciante;

(III) evitará que el diseño del mensaje publicitario evoque a una bebida o marca, aún sin mencionarla expresamente, cuya publicidad está prohibida por razón del medio donde se pretenda emitir, poniendo todos los medios necesarios para que el consumidor perciba sin lugar a confusión que no se trata de publicidad de una bebida o marca prohibida en el medio en el que se pretenda difundir,

(IV) no podrá preceder, suceder inmediatamente o coincidir en el tiempo con campañas de publicidad de marcas o bebidas cuando el destinatario de las mismas pueda establecer entre ellas una vinculación directa.

3.- En particular, será lícita la publicidad corporativa que, ajustándose a los criterios descritos, se realice con ocasión de acontecimientos de relevancia en la vida jurídico-mercantil de la sociedad que razonablemente justifiquen recurrir a ella, tales como una salida a bolsa, o una emisión de acciones u obligaciones.

Por su parte, la FEV optó por definir la relación entre publicidad corporativa y publicidad indirecta en el primer párrafo del punto III.1 de su código de autorregulación de la siguiente manera:

El presente Código será de aplicación a todas las comunicaciones comerciales del vino, entendiéndose por "Comunicaciones Comerciales": cualquier publicidad o instrumento de comunicación de marketing, independientemente del medio usado por una empresa, con el objetivo de promover las ventas de productos, los servicios a consumidores o la imagen de marca, incluyendo publicidad corporativa, patrocinio, internet, promoción comercial y directa al consumidor, mercadotecnia y material en punto de venta, excluyendo contenido editorial; por su parte, se entenderá por "publicidad" lo establecido a tales efectos en la normativa vigente

Estas dos normas dejan ver de forma muy clara cómo es pacífico entender que la llamada publicidad corporativa puede utilizarse sin que equivalga a promover de forma indirecta la contratación de bienes o servicios específicos, identificables; por ejemplo, como herramienta publicitaria de una campaña de relaciones públicas que busca informar sobre la salida a bolsa de la empresa. La dificultad para el juzgador estribará en definir si en un determinado caso la publicidad corporativa equivale a promoción indirecta de un determinado bien o servicio. Pero esta dificultad no sólo atañe a la publicidad corporativa, sino que es intrínseca al concepto mismo de promoción indirecta: "¿Cómo entender cuándo una comunicación que se realiza a través de los medios publicitarios y de modo publicitario trata de promover de forma indirecta la contratación? Sólo los pronunciamientos jurisdiccionales podrán orientarnos al respecto"<sup>64</sup>. Baste por ahora con subrayar que a efectos legales sólo se considera publicidad aquella cuyo mensaje promueve de forma directa o indirecta, independientemente de las herramientas publicitarias, de medios o promocionales que se emplee, la contratación de bienes o servicios ofertados por el anunciante.

---

<sup>64</sup> SANTAELLA, ob. Cit. P. 55

c) *La publicidad es comunicación persuasiva realizada por un anunciante.*

De otro lado, las características iv) y v) citadas arriba definen la publicidad en relación con un sujeto cualificado: el anunciante. Según lo define la LGP, el anunciante es aquella persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuyo interés se realiza la publicidad, siempre y cuando actúe en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional buscando promover la contratación de los bienes o servicios que comercializa, produce o presta en ejercicio de dicha actividad (Arts. 2 y 8 LGP). Puede decirse que el anunciante es el empresario en cuyo interés se realiza la publicidad; si por empresario se entiende—al tenor de los artículos 4, 5 y 7 LGDCU—aquella persona física o jurídica, pública o privada, que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, bien sea como productor o proveedor.<sup>65</sup>

Para el Derecho resulta especialmente relevante, y necesario, que la comunicación comercial se realice en interés de quien, por su actividad en el mercado, busca promover la venta de bienes o servicios que allí oferta. En este sentido, la definición legal del fenómeno “publicidad”, sin dejar de ser *promotional-mix* en sentido mercadotécnico, excede las definiciones antes estudiadas al vincular y limitar el hecho comunicativo a supuestos en los que éste se realiza en interés de un sujeto, cualificado en función del lugar que ocupa en el mercado y de su relación con el producto o servicio que oferta. Es decir, sin anunciante, tal y como se define en los artículos 2 y 8 de la LGP, no puede existir publicidad. Por ello, se entiende que “no tendrá la consideración de publicidad, a los efectos de la LGP o de la Directiva comunitaria, la realizada por particulares o por empresarios o profesionales cuando no favorecen su propia actividad”<sup>66</sup>.

Es precisamente aquí, en esta precisión legal—qué sólo aquella comunicación comercial realizada por un anunciante mediante la que busque promover su propia actividad puede ser considerada como publicidad a efectos legales—que nace y se reconoce implícitamente el derecho a anunciar como fundamento y condición sine qua non de la publicidad en cuanto que fenómeno jurídicamente relevante. La actividad publicitaria, desde el punto de vista jurídico, será siempre, y forzosamente, un fenómeno ontogenéticamente mercantil; será siempre y necesariamente, el resultado del ejercicio del derecho a anunciar que asiste a todo comerciante, empresario, artesano o profesional que busca promover la contratación de los bienes o servicios que comercializa, produce o presta en el mercado. La publicidad es el resultado del ejercicio del derecho a anunciar, el cual se constituye como derecho subjetivo cualificado que sirve para materializar y garantizar el derecho de la libertad de empresa, tal y como se verá especialmente en los Capítulos VI.

Ahora bien, una de las consecuencias de la cualificación del sujeto capaz de realizar publicidad, o mejor, de la cualificación de la publicidad como resultado del ejercicio del

---

<sup>65</sup> Ver también el artículo 3.1 de la LCD.

<sup>66</sup> PINO ABAD, [1992] ob. Cit., p. 26. Es de anotar que, tal y como apunta el autor aquí citado, el artículo 3 de la LCD establece que: “-1. La Ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado. -2. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal”; por lo que, “los particulares podrán ser sujetos activos de un acto de competencia desleal, consistente en una actividad publicitaria desleal según la LCD, pero no sujetos activos de una actividad publicitaria ilícita, conforme a la LGP, al quedar excluidos, por el art. 2 LGP, del ámbito subjetivo de aplicación de esta Ley” (PINO ABAD, [1992], *Ibidem*).

derecho a realizar comunicaciones comerciales por parte de un empresario en provecho de su propia actividad, es la onerosidad de la realización (creación y difusión) de dicha comunicación. La importancia de esta característica no sólo se recoge en la literatura, sino que se puede observar en normas tales como el código de autorregulación publicitaria de Cerveceros de España, en cuyo Capítulo 2 de establece:

La expresión "COMUNICACIÓN COMERCIAL" utilizada en el presente texto se entenderá como aquella realizada con el fin de promover de forma directa o indirecta la compra de un producto a través de la contratación de espacios publicitarios en prensa escrita, radio, televisión, cine, publicidad exterior o internet a cambio de una contraprestación económica, y las acciones de promoción directa al consumidor a través del correo, telefonía móvil o internet

Si bien en la definición de "publicidad" de la LGP no se recoge esta característica, no obstante, en el Título III, de la contratación publicitaria, de esta misma Ley, al definir a otros de los sujetos que intervienen en el proceso publicitario, a saber, las agencias de publicidad, se establece que: "Son agencias de publicidad las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante" (Art. 8 LGP). Este "por cuenta de un anunciante" encuentra su correlato en la definición del contrato de publicidad, según la cual dicho contrato "es aquel por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma" (Art. 13 LGP).

Es de anotar que la creación de la publicidad puede ser contratada, directamente por el anunciante o por la agencia, con un tercero, no ya mediante un contrato de publicidad, sino mediante un contrato de creación publicitaria, en el que también aparece la remuneración como característica de la publicidad: "Contrato de creación publicitaria es aquel por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario" (Art. 20 LGP). De forma similar, en la fase de difusión del proceso publicitario se reconoce de manera explícita la remuneración como característica de la relación mediante la que se realiza la importante tarea de hacer pública la publicidad mediante el uso de los medios de comunicación social. El art. 17 de la LGP reza: "Contrato de difusión publicitaria es aquel por el que, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario".<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> Adicionalmente, la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, en su artículo 1.b) define la "publicidad televisiva" como "cualquier forma de mensaje televisado a cambio de una remuneración o de un pago similar o bien para fines de autopromoción por una empresa pública o privada en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesión liberal tendente a promover, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones". De forma similar, el art. 2.f) del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza establece que: "'Publicidad' designa todo anuncio público difundido mediante remuneración o cualquier contrapartida similar o con fines de autopromoción, con el fin de estimular la



El criterio de la onerosidad se inscribe dentro de la práctica generalizada, en la que el papel de agencias y medios de comunicación es destacada. No obstante, este criterio de ninguna forma puede desvirtuar el carácter publicitario de las comunicaciones realizadas por anunciantes sin la intermediación de terceros tales como agencias, creativos o medios de comunicación social. En este orden de ideas, la comunicación que realice, por ejemplo, un artesano al vender personalmente sus creaciones no deja de ser publicidad, no deja de ser ejercicio de su derecho a anunciar, tanto en sentido legal como mercadotécnico, puesto que va orientada a promover la contratación, y en esta medida el artesano estaría actuando como anunciante.

*d) La publicidad como especie de comunicación comercial.*

La caracterización jurídica de la publicidad que se ha presentado hasta ahora ya de hecho permitiría hablar de la misma como comunicación comercial. No obstante, es importante recordar que el término “comunicación comercial” fue acuñado por la Comisión de las Comunidades Europeas en el Libro Verde de 1996 sobre la Comunicación Comercial en el Mercado Interno. Allí, la comunicación comercial se definió así:

Todo tipo de comunicación que tenga por objetivo promover ya sean productos, servicios, o la imagen de una compañía u organización frente a consumidores finales y/o proveedores. El término incluye todo tipo de publicidad, marketing directo, patrocinio, promoción de ventas y relaciones públicas. También incluye el uso de estos servicios de comunicación comercial por parte de todas las industrias de bienes y servicios, así como por parte de organismos públicos y semipúblicos, fundaciones y organizaciones políticas. El empaquetado no se incluye<sup>68</sup>

La Comisión introdujo de este modo un término, novedoso en el ámbito europeo, con el que se supera la confusión derivada de restringir el significado del concepto “publicidad” a un mecanismo particular de promoción. Se opta, en cambio, por una nueva categoría que encaja claramente con la promoción, o *promotional mix*, en cuanto que estrategia y conjunto de acciones comunicativas promocionales de una empresa y sus productos o servicios. Esto es así al punto que en el Libro Verde se recalca que dichas comunicaciones incluyen todo tipo de publicidad, de marketing directo, de promoción de ventas, de patrocinio, y de relaciones públicas. Llama la atención la coincidencia entre la definición del Libro Verde y las herramientas de promoción descritas por la CMI. No parece que se pueda atribuir a la casualidad, sino que se puede ver hasta qué punto se ha tenido en cuenta la realidad mercadotécnica del fenómeno. En este mismo sentido resulta muy acertado que se haya optado por excluir de la definición de comunicación comercial el empaquetado; pues de esta manera, reconociéndose de forma implícita la capacidad comunicativa o promocional de este elemento del *product-mix*, se circunscribe el contenido de las comunicaciones comerciales a las herramientas que conforman el *promotional-mix*.

---

venta, la compra o el arrendamiento de un producto o de un servicio, de promover una causa o una idea, o de producir cualquier otro efecto deseado por el anunciante o por el propio radiodifusor” (art. 2.f).

<sup>68</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, “Green Paper: Commercial Communications in the Internal Market”, Brussels: Document COM(96) 192 final, 08.05.1996, p. 7

Posteriormente, en el art. 2.f) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, se define nuevamente el concepto de “comunicación comercial” en los siguientes términos: “todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas”<sup>69</sup>. En este caso se ha optado por no hacer referencia a la publicidad, sino que directamente se define la comunicación comercial en los mismos términos, amplios e incluyentes, que se emplean en el Libro Verde. Es de anotar que, al igual que sucede en el Libro Verde, en este caso no se hace alusión al anunciante como elemento definitorio de la publicidad, y adicionalmente, tanto en el Libro Verde, como en la Directiva 2000/31/CE, se incluye la publicidad corporativa o de imagen dentro del concepto de comunicaciones comerciales. De aquí que sea necesario entender que la publicidad definida en el artículo 2 de la LGP es sólo una especie de comunicación comercial, pues ésta no incluye a la publicidad corporativa, salvo que equivalga a promoción indirecta de la contratación de bienes y servicios, ni mucho menos aquella publicidad que no sea realizada de forma profesional por un anunciante, tal y como se explicitó más arriba.

Otra característica de las comunicaciones comerciales que la constituyen en género de la especie publicidad-promoción tal y como se define en la LGP, es el hecho de que ciertas herramientas promocionales como las relaciones públicas siempre se consideran como comunicación comercial, independientemente de que se trate de una campaña de relaciones públicas de tipo corporativo, o de que se trate del uso de dichas herramientas promocionales en el contexto de una campaña publicitaria que busca promover la contratación directa o indirecta de bienes o servicios. Hay que recordar que las relaciones públicas, tal y como se definen en el artículo 2º del Real Decreto 2198/1976, de 23 de julio, por el que se dictan normas para la aplicación del principio de autenticidad en materia publicitaria, son aquel tipo de información que

[...] tiende a la creación y mantenimiento de unas comunicaciones sociales eficaces entre una persona natural o jurídica y sus públicos, cuyo objeto sea el establecimiento de un clima de confianza entre ambos y que, considerada con suficiente interés general para los públicos de la publicación o medio de difusión, justifique a juicio de la Administración y Dirección de los mismos, la ocupación del espacio correspondiente sin contrapartida económica alguna.

Así pues, se ve claramente que las relaciones públicas, propiamente dichas, son un tipo de comunicación publicitaria que no necesariamente constituye publicidad-promoción a los efectos definidos en la LGP. En la medida en que este tipo de herramienta promocional sea gratuita y no esté encaminada a promover de forma directa o indirecta la contratación, no se podrá considerar como publicidad al tenor de lo establecido en el artículo 2 de la LGP. Por ello se entiende que haya autores que afirman que las

---

<sup>69</sup> En el apartado f) del Anexo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, que traspone la Directiva citada, se define la “comunicación comercial” como “Toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”. Tal y como anota DE MIGUEL, este texto reproduce el del artículo 2.f) de la Directiva, “si bien sustituye acertadamente el término ‘proporcionar’ empleado en ésta por el de ‘promoción’” (DE MIGUEL ASENCIO, P.A., *Régimen jurídico de la publicidad transfronteriza*, Madrid: Iustel, 2005, p. 38).

relaciones públicas son “un mensaje propio de las instituciones—públicas o privadas, con o sin ánimo de lucro—distinto al publicitario por no ser esencialmente persuasivo [...] En dicho mensaje no se persuade axiomáticamente a la contratación y, por tanto, al consumo o utilización, salvo de manera refleja o accidental”<sup>70</sup>.

Debe tenerse presente, al margen de las definiciones contenidas en las normas de carácter general que aquí se han utilizado para identificar las características de la publicidad—LGP y Directiva 84/450/CEE—, que existen también normas que regulan la publicidad para sectores específicos, tanto de ámbito europeo como nacional y comunitario, como en el caso de la publicidad de medicamentos, alimentos, juguetes, etc.<sup>71</sup>. Vale la pena recalcar que “el concepto de publicidad consolidado en nuestro ordenamiento se vincula, como se desprende del artículo 2 LGP y de las normas que regulan el régimen de las comunicaciones comerciales, con el desarrollo de la actividad económica”<sup>72</sup>. Adicionalmente, tal y como apunta MIGUEL ASECIO, y como se constata en el caso, por ejemplo, de la publicidad de los productos del tabaco, “en los últimos años se observa una tendencia a reemplazar en los textos normativos el término publicidad por el de comunicación comercial”<sup>73</sup>. No obstante, por razones tales como las se acaban de esgrimir, y tal y como se verá a lo largo de esta investigación, los términos “publicidad” y “comunicaciones comerciales” no corresponden a conceptos idénticos, y por ello no son siempre intercambiables. Independientemente de que una

---

<sup>70</sup> DESANTES GUANTER, J.M., BEL MALLÉN, I., CORREDOIRA Y ALFONSO, L., (et. al), “Derecho de la Información (II) Los mensajes informativos”, Madrid: COLEX, 1994, p. 127

<sup>71</sup> Como ejemplo de normas sectoriales baste con recordar que en el art. 86 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano se establece que “se entenderá por ‘publicidad de medicamentos’ toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de medicamentos”. En el citado artículo, además, se enumeran mecanismos promocionales específicos, diferentes a la publicidad en sentido estricto, que se han de entender como publicidad, a saber: “la visita de los visitadores médicos a personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos; el suministro de muestras; la incitación a prescribir o dispensar medicamentos mediante concesión, oferta o promesa de ventajas, pecuniarias o en especie, excepto cuando su valor intrínseco resulte mínimo; el patrocinio de reuniones promocionales a las que asistan personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos; el patrocinio de congresos científicos en los que participen personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos y, en particular, el hecho de correr a cargo con los gastos de desplazamiento y estancia con motivo de dichos congresos”.

<sup>72</sup> MIGUEL ASECIO, ob. cit., p. 36.

<sup>73</sup> MIGUEL ASECIO, ob. cit., p. 37. Ver, en este sentido la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco; y la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco. La Directiva define, en el art. 2.b), la publicidad como “toda forma de comunicación comercial cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco”; y a su vez, la Ley define esta misma voz como: “toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco o el uso del tabaco, incluida la publicidad que, sin mencionar directamente un producto del tabaco, intente eludir la prohibición de la publicidad utilizando nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos de productos del tabaco”. En este último caso se está haciendo referencia, por ejemplo, al *merchandising* como comunicación comercial prohibida. El *merchandising* es una técnica mediante la que un anunciante, aprovechando la notoriedad de sus signos distintivos, los utiliza en conexión con productos o servicios no comprendidos en la Clase de la Clasificación de Niza para los que fueron originalmente registrados, en este caso la Clase 34, consiguiendo así promocionar su marca, y de forma indirecta los productos de la Clase 34 para la que fue originalmente registrada. Este fenómeno, el estiramiento de marca, y otros similares, se tratn en mayor detalle en el Capítulo III.

norma especial pueda definir la publicidad o las comunicaciones comerciales, lo cierto es que tales definiciones no se pueden interpretar al margen del régimen legal general contenido en la LGP, por lo que las notas características que ahora se estudian serán siempre aplicables como derroteros ciertos para la determinación de la naturaleza publicitaria de un determinado mensaje.

Para terminar de comprender la forma en que se está enriqueciendo la denominación “publicidad”, en sentido de mezcla promocional, con la de “comunicación comercial”, se debe traer a colación la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. En dicha Directiva el legislador europeo ha ido un paso más allá, y ha introducido una nueva categoría, la de “prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores”, o “prácticas comerciales”.

La Directiva 2005/29/CE ha optado por agrupar bajo una misma denominación, la de “prácticas comerciales”, fenómenos de muy diverso cariz. El artículo 2.d) de la Directiva 2005/29/CE define las “prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores” o “prácticas comerciales” como: “todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”. La definición de “prácticas comerciales”, que como se ve incluye no ya únicamente toda forma de comunicación, sino todos los medios (todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización) directamente relacionados con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores, desborda el significado y contenido del *promotional-mix* y coincide con el concepto de CMI o *marketing-mix*. Es decir, las prácticas comerciales incluyen la totalidad de medios relacionados no ya únicamente con la mezcla promocional, como ocurre en el caso de las comunicaciones comerciales, sino que incluyen la comercialización o marketing<sup>74</sup>. En este orden de ideas, se puede entrever que el concepto de práctica comercial tiene la virtud, o la maleabilidad suficiente, para hacerse eco de perspectivas, tales como la de la CMI, según las cuales la mezcla de marketing, o *marketing-mix*, constituye un fenómeno comunicativo global.

Así pues, resumiendo, debe señalarse que hablar de la práctica comercial denominada comunicación comercial incluye la publicidad entendida en términos legales—tal y como se define en la LGP—como el mensaje resultante del *promotional mix* mediante el que un anunciante promueve de forma directa o indirecta sus bienes o servicios; lo cual, a su vez, equivale a hablar de publicidad, en el sentido definido en la tercera acepción del DRAE: “Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para

---

<sup>74</sup> Si bien la traducción castellana de la Directiva no menciona el marketing, sino que simplemente se hace referencia a la comercialización—concepto éste más próximo al elemento del *marketing-mix* denominado distribución o *placement*—resulta ilustrativo recordar que el artículo 2.d) de la versión en inglés de la Directiva 2005/29/CE establece que las “*business-to-consumer commercial practices*” o “*commercial practices*” significan: “*any act, omission, course of conduct or representation, commercial communication including advertising and marketing, by a trader, directly connected with the promotion, sale or supply of a product to consumers*” (resalto).

atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.” Es importante recordar que la publicidad es el resultado del ejercicio del derecho a anunciar que tienen los anunciantes. Hasta aquí resulta claro que el régimen legal de la publicidad-promoción en España, tal y como se construye con base en la LGP, no es aplicable a todo tipo de comunicación publicitaria, ni siquiera a todo tipo de comunicación comercial. El régimen legal de la publicidad-promoción en España sólo atañe a aquellas comunicaciones/mensajes realizados por un anunciante para la promoción directa o indirecta de sus bienes o servicios, y por ello no incluyen el etiquetado de los productos, ni necesariamente la publicidad corporativa o las relaciones públicas.

No partir del estudio del régimen jurídico de la comunicación publicitaria, desde una perspectiva que perciba su complejidad mercadotécnica, impide valorar lo determinado y acotado que es el concepto legal de publicidad. Adicionalmente, desconocer esta especificidad da pie a construir conceptos jurídicos indeterminados, innecesarios e inconvenientes, tal y como se argumentará en el Capítulo VI, que sirven para justificar, equivocadamente en mi opinión, que la publicidad siempre y en todo caso debe considerarse parte de una categoría de información “adscribible *prima facie* al ámbito de protección de la libertad de expresión e información”<sup>75</sup>. En este orden de ideas, esta investigación parte de la noción de publicidad que se desprende y articula a partir de su propio régimen jurídico, y no de una categoría de comunicación construida ad-hoc para este trabajo, porque interesa evitar explicaciones basadas en categorías jurídicas, en dogmas, en naturalezas jurídicas desligadas de dicho régimen. Esta postura metodológica prevendrá que el estudio de la publicidad que aquí se propone se base en un puro nominalismo, que, tal y como advierte MARTÍN REBOLLO, fundamenta “tantas construcciones dogmáticas en los textos positivos y entre la propia doctrina; nominalismo que, a veces, choca claramente con el régimen jurídico aplicable a la institución de que se trate”<sup>76</sup>. Coincidiendo plenamente con éste autor, se parte de la base de que “lo importante, lo verdaderamente relevante es el régimen jurídico al que habrá que adaptar la calificación en cuanto a su naturaleza, y no al revés”<sup>77</sup>.

Este punto de partida, tal y como se verá en el Capítulo VI, permite enmarcar la relación entre publicidad-promoción y las libertades del artículo constitucional 20 atendiendo a las particularidades reales de este tipo específico de comunicación comercial, lo cual resulta fundamental para superar los equívocos derivados de considerar, al margen del régimen jurídico y del tenor de la LGP, que los términos “publicidad”, “comunicación comercial” y “discurso comercial” son perfectamente intercambiables y que en todo caso incluyen, además de la publicidad entendida como herramienta publicitaria, las declaraciones de responsabilidad social corporativa, la defensa frente a grupos de consumidores o la publicación de revistas corporativas<sup>78</sup>. Tal y como se ha querido mostrar, sólo ignorando el régimen legal de la publicidad en España se puede llegar a concluir que la publicidad es “cualquier discurso realizado por un participante en el tráfico económico [o] cualquier opinión sobre una cuestión referida al mercado o a la economía”<sup>79</sup>. Muy por el contrario, tal y como se ha justificado hasta ahora, las comunicaciones comerciales, y en particular la publicidad-promoción descrita en la

---

<sup>75</sup> RUBÍ PUIG, op. Cit. P. 21.

<sup>76</sup> MARTÍN REBOLLO, “Libertades públicas y control judicial”, *Revista de Administración Pública*, No. 84, 1977, p. 397

<sup>77</sup> Martín Rebollo, op. Cit.

<sup>78</sup> Cfr. RUBÍ PUIG, Op. cit. p. 32

<sup>79</sup> RUBÍ PUIG en Op. Cit. P. 32.

LGP, se refieren exclusivamente a los discursos realizados mediante una o varias de las herramientas del *promotional-mix* por y a favor de anunciantes que en el ejercicio de su actividad en el mercado buscan promover, de forma directa o indirecta la contratación de los bienes o servicios que ofrecen.

### 3. Recapitulación

Al analizar el concepto “publicidad” desde la perspectiva del sentido propio de las palabras se pudo explicitar la importancia de las diferencias entre las tres acepciones de esta voz según la RAE. En primer lugar, se estableció que la publicidad, “en sentido amplio”, tal y como se establece en la primera acepción, hace referencia a la “cualidad o estado de público”. Así, se pudo identificar la relevancia jurídica del sentido amplio de publicidad, en términos de Derecho público con relación al principio de seguridad jurídica, y en términos de Derecho privado con relación al principio de publicidad y su concreción mediante la existencia de Registros públicos y de requisitos de documentación y comunicación de normas y diferentes clases de negocios jurídicos. En segundo lugar, se destacó que, según la segunda acepción de “publicidad” esta puede utilizarse para significar el “conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”. Y en tercer lugar, se vio como esta voz también puede significar la “divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”.

Al contrastar estos tres significados de la voz “publicidad” con el concepto mercadotécnico correspondiente se pudo concluir que la denominada CMI, es decir, “la coordinación e integración de todas las herramientas, vías y fuentes de comunicación de marketing de una empresa dentro de un programa uniforme que maximice el impacto sobre los clientes y otras partes interesadas a un costo mínimo”<sup>80</sup>, corresponde a un tipo de comunicación pública que se identifica con el significado de la segunda acepción de “publicidad” según la RAE, a saber: el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos, o lo que se ha denominado aquí publicidad-comunicación. En este orden de ideas, la publicidad entendida como CMI incluye todos los elementos del *marketing-mix*: producto, precio, distribución y promoción, coincidiendo de forma notable con el concepto de “prácticas comerciales” que se acuña en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo. Así las cosas, si interesara identificar el régimen jurídico aplicable a la CMI, o lo que es lo mismo, a las prácticas comerciales, sería forzoso concluir que dicho régimen está compuesto no sólo por las normas que regulan y reglamentan la publicidad, entendida según la tercera acepción del DRAE, es decir la publicidad entendida como *promotional-mix*, sino que sería preciso incluir, entre otras,

---

<sup>80</sup> Clow & Baack, C., op. cit., p. 8.

normas tales como las que regulan y reglamentan el envasado y etiquetado de productos<sup>81</sup>, el comercio interior<sup>82</sup>, o la fijación e indicación de precios<sup>83</sup>.

Ahora bien, atendiendo al tercer significado de la voz “publicidad” del DRAE, tal y como se acaba de comentar, se tiene que en términos mercadotécnicos hablar de divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc., equivale a hablar de promoción o *promotional-mix*. Por ello, el régimen jurídico aplicable a este tipo de publicidad, a este tipo de comunicaciones comerciales, no sólo se encuentra en la regulación general contenida en la LGP, la LCD y la LGDCU, sino que además debe buscarse en todas las demás normas que regulan la publicidad de productos y servicios específicos, y en aquellas que regulan las herramientas promocionales, de medios y publicitarias que conforman el *promotional mix*, entre las que cabría destacar aquellas normas que regulan la promoción de ventas<sup>84</sup>, el comercio electrónico<sup>85</sup>, el patrocinio<sup>86</sup>, la protección de datos<sup>87</sup>, la publicidad exterior y la publicidad dinámica<sup>88</sup>.

Si no se ahonda en el alcance de los significados de “publicidad”, matizándolos desde la perspectiva mercadotécnica, resultaría perfectamente aceptable considerar que, toda vez que “[l]a publicidad, entendida en su sentido genuino como mensaje para inducir un determinado comportamiento económico [...] ha perdido importancia, al menos en términos relativos, para dar paso a nuevas técnicas o formatos de promoción de bienes y servicios”<sup>89</sup>. Y, dada la amplitud de la definición legal contenida en el artículo 2 de la LGP, la publicidad como fenómeno jurídicamente relevante no sólo debería incluir la comunicación de anuncios publicitarios con el objetivo de persuadir a consumir, sino que debería entenderse de forma mucho más amplia, como conjunto de medios, anuncios, soportes y todo tipo de instrumentos tendentes a comunicar información.

Es decir, si no se consideran las aportaciones mercadotécnicas en la definición del régimen jurídico de las comunicaciones comerciales es posible caer en el error de incluir como publicidad al tenor del artículo 2 de la LGP el etiquetado de los productos,

---

<sup>81</sup> Ver, por ejemplo: el Real Decreto 639/2010, de 14 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1079/2002, de 18 de octubre, por el que se regulan los contenidos máximos de nicotina, alquitrán y monóxido de carbono de los cigarrillos, el etiquetado de los productos del tabaco, así como las medidas relativas a ingredientes y denominaciones de los productos del tabaco; Real Decreto 928/1987, de 5 de enero, sobre Etiquetado y Composición de Productos Textiles; o el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios.

<sup>82</sup> Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

<sup>83</sup> Ver, por ejemplo, con respecto a la determinación de precios el Real Decreto-ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico con cargo al Sistema Nacional de Salud; y con respecto a la indicación de estos el Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios.

<sup>84</sup> Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista

<sup>85</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

<sup>86</sup> Además de la LGP se deben considerar normas tales como la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, y otras que regulan el patrocinio en supuestos específicos, bien sea en función de los medios de comunicación de los que se trate, o en función de las actividades patrocinadas o de los productos patrocinadores.

<sup>87</sup> La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

<sup>88</sup> Las cuales se regulan a nivel autonómico, y entre las cuales caben destacar las leyes tales como las expedidas por el parlamento de Cataluña para la regulación de la publicidad dinámica, Ley 9/2000, de 7 de julio, y la Ley 2/2002, de 14 de marzo, de Urbanismo.

<sup>89</sup> RUBÍ PUIG, op. Cit. P. 29

ciertas modalidades de prensa, el emplazamiento encubierto de productos o la difusión de información comercial por iniciativa y cuenta de consumidores, usuarios y receptores de publicidad, tal y como hacen algunos autores, que parecen entender que las comunicaciones comerciales son un tipo de comunicación más próximo a las prácticas comerciales que a la promoción, o *promotional-mix*, lo cual es a todas luces incorrecto, tal y como se argumentará con mayor detalle en el Capítulo VI. Al profundizar en las acepciones de la voz “publicidad”, y valorar las aportaciones de la literatura mercadotécnica, se observa que lejos de ser “imposible de antemano ofrecer una definición unitaria que de razón de toda la variedad de expresiones mercantiles”<sup>90</sup>, lo que se consigue es enriquecer los significados de “publicidad”, y transparentar el sentido detrás del hecho de que el legislador español haya optado por regular las comunicaciones comerciales mediante diversas normas generales y una multitud de normas especiales que delimitan el alcance del derecho a anunciar en conexión con determinados productos y servicios, y/o a través determinados medios de comunicación.

Llegados a este punto conviene recapitular de forma muy sucinta las principales ideas que se han desarrollado hasta ahora, replanteando aquellos criterios doctrinales que parecen más idóneos para caracterizar la publicidad desde una perspectiva jurídica, de la siguiente manera:

i) **La publicidad es comunicación**, colectiva o individualizada, realizada mediante cualquiera de las herramientas publicitarias, de medios o promocionales que conforman el *promotional mix*, entre las que se pueden destacar, entre otras, el marketing directo, el marketing interactivo, la promoción de ventas, las relaciones públicas y las ventas personales y la publicidad propiamente dicha. No se incluyen otras formas de comunicación, verbí gratia el *packaging*, que aun formando parte de la publicidad entendida como proceso de comunicación pública o CMI, como *marketing mix*, exceden la mera divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial dirigidos a promover e incitar el consumo y por ello no se pueden considerar como actividad publicitaria, atendiendo a la definición de la tercera acepción del DRAE, y a la definición del artículo 2 de la LGP.

ii) **La publicidad es comunicación persuasiva**; es decir, tiene como fin promover, de forma directa o indirecta, la contratación de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. La publicidad es comunicación dirigida a apelar a la voluntad, afecto, atención y gusto de sus destinatarios mediante el conjunto simbólico de contenidos significativos codificados a través de los que se transmiten apelaciones racionales y emocionales que incitan a consumir un producto o servicio identificado por un determinado signo distintivo, un producto-marca. El objetivo de la publicidad, tal y como se concibe desde el Derecho y la mercadotecnia, no es servir de instrumento informativo imparcial o neutral, sino que toda información, sea ésta de tipo racional o afectivo-emocional, está encaminada a incitar o persuadir al destinatario de la comunicación para que consuma el bien o servicio que se promueve. Estos extremos se tratarán en mayor detalle en los dos Capítulos siguientes.

iii) **La publicidad es comunicación persuasiva realizada por un anunciante**. A efectos de la LGP, tan sólo es considerada publicidad aquella comunicación persuasiva realizada por, y en interés de una persona física o jurídica, pública o privada, en el

---

<sup>90</sup> RUBÍ PUIG, op. Cit. P. 29



ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Esta característica jurídica de la publicidad implica y refleja que la promoción de un determinado producto o servicio, bien sea de forma directa—lo cual necesariamente implica la utilización de la marca con la que se identifica el producto o servicio—o indirecta—mediante, or ejemplo, la utilización del nombre comercial del anunciante que suministra el respectivo bien o presta el servicio del que se trate—siempre y necesariamente conlleva la utilización de signos distintivos que el anunciante tiene derecho de utilizar, bien sea porque le pertenecen o porque tiene autorización para utilizar en el tráfico económico. Así pues, se debe concluir que para poder ejercer el derecho a anunciar un comerciante tiene que estar habilitado para utilizar los signos distintivos que lo identifican en el mercado, a él o al producto o servicio cuya contratación busca promover<sup>91</sup>. En este orden de ideas, este criterio doctrinal debería reformularse de la siguiente manera: **La publicidad es comunicación persuasiva realizada por un anunciante que, en desarrollo de la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional a la que se dedica, ejerce su derecho a anunciar con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones identificados con signos distintivos que está autorizado a utilizar.**

En opinión de CUESTA, “pueden existir mensajes publicitarios que no se vinculen a marcas, piénsese por ejemplo en los que informan publicitariamente acerca de nuevos sistemas o nuevos productos genéricos con objeto de potenciar la presencia en el mercado de todos cuantos ofrecen en él esos productos”<sup>92</sup>. Al estudiar detenidamente el ejemplo propuesto por este autor se debe concluir que un supuesto tal no sería publicidad a efectos de lo establecido en la LGP. Frente a un supuesto como el descrito por CUESTA, al indagar en interés de quién se realiza dicha publicidad necesariamente se debe concluir que no podría ser en interés de un anunciante tal y como este se define en la LGP. De existir una publicidad como la propuesta por este autor esta tendría que realizarse en interés de algún tipo de federación o asociación que reuniera los intereses de todos aquellos que ofrecen en el mercado los productos de los que se trate, ya que económicamente no tiene sentido que un anunciante incurra en un gasto que eleve la curva de demanda de todos los que compiten con él en un determinado sector del mercado, tal y como se explicará en el Capítulo siguiente.

Ahora bien, si en el anuncio al que hace referencia CUESTA en su ejemplo se identifica a un anunciante, lo cual conllevaría no el uso de marcas pero sí de nombres comerciales, de signos distintivos en definitiva, y este está actuando en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional a la que se dedica, sí estaríamos frente a publicidad tal y como se define en la LGP. Resulta material y jurídicamente imposible, y económicamente inútil, hacer publicidad sin identificar el producto o servicio que se busca promocionar, ya sea de forma inmediata y anónima mediante el uso de la marca que sirva para identificar los productos o servicios anunciados, o bien de forma mediata o indirecta mediante el uso de signos distintivos o nombres comerciales que sirvan para identificar al productor u oferente del respectivo producto o servicio. Vale la pena recordar que el mismo CUESTA afirma que “el anunciante como emisor del mensaje publicitario siempre se identifica en el propio mensaje. Así lo demanda la naturaleza de

---

<sup>91</sup> Ver Capítulo III.

<sup>92</sup> CUESTA, ob. cit., p. 108.

la publicidad”<sup>93</sup>. Así pues, es “difícilmente concebible que, en el desarrollo de su actividad publicitaria, un anunciante prescinda totalmente de la utilización de los signos que diferencian los bienes y servicios objeto de promoción”<sup>94</sup>.

Para el Derecho un presupuesto fundamental de la publicidad es la existencia de un empresario que teniendo derecho a anunciar, utiliza un determinado signo distintivo, independientemente de que esté o no registrado, para realizar comunicaciones comerciales. Esto es cierto incluso en caso del artesano o profesional que actúa en nombre propio, pues cuando éste anuncie sus productos o servicios lo hará identificándose, si bien no necesariamente con una marca, si al menos con su propio nombre, o algún otro signo que podrá considerarse como un nombre comercial (Ver Art. 87.2.a) LM). Es de anotar que, tal y como señala MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “la marca se manifiesta en la práctica como el principal punto de referencia de la publicidad comercial y su mejor punto de apoyo [...] cualquier mensaje publicitario gira en torno a la citada marca y, sobre ella, se construye la comunicación comercial”<sup>95</sup>. En otras palabras—citando ahora a MARTEAU-ROUJOU DE BUBÉE—“la marca es el soporte indispensable de la publicidad”<sup>96</sup>.

En este orden de ideas, puede definirse el derecho a anunciar como una construcción legal que garantiza la libertad empresarial de quienes, actuando en el mercado, bien sea como comerciantes, empresarios, artesanos o profesionales, realizan comunicaciones que promueven el consumo de los bienes o servicios que ofertan. Tras haber visto cómo está descrita la publicidad en términos legales, procede ahora, por razones metodológicas, profundizar en el estudio de su naturaleza a lo largo del siguiente capítulo, cómo funciona y para qué sirve la publicidad en una economía de mercado. Pues sólo en esta medida, y habiendo definido la publicidad en cuanto derecho a anunciar, será posible abordar en la Segunda Parte de esta investigación el análisis de los fundamentos y límites constitucionales del derecho a anunciar.

---

<sup>93</sup> CUESTA, ob. cit., p. 72.

<sup>94</sup> MARTÍN ARESTI, P., “Consumidor, Marcas y Publicidad”, en: MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A (Dir.), “Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar”, Madrid: La Ley, 2009, p. 165.

<sup>95</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “El riesgo de engaño sobrevenido de la marca derivado del contexto publicitario”, en: MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A [2009], ob. cit., p. 392.

<sup>96</sup> MARTEAU-ROUJOU DE BUBÉE, I., “Les marques déceptives. Droit Français, Droit communautaire, Droit comparé”, Paris, 1992, p. 316, citado en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ [2009], ob. cit. p.392.

## CAPÍTULO II. LA DOBLE FAZ INFORMATIVA Y PERSUASIVA DE LA PUBLICIDAD

Cómo se ejerce el derecho a anunciar, esa es la cuestión que interesa dilucidar ahora. Cómo se ejerce este derecho, no en términos contractuales, sino en términos comunicativos: cómo se logra promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. Tras haber estudiado y definido la publicidad como actividad, y haber puesto de manifiesto que la realización de la publicidad es siempre el resultado del ejercicio del derecho que asiste a los anunciantes para promover sus productos y servicios, conviene detenerse en el estudio de la forma en que se ejerce este derecho. Para ello se debe explicitar en qué consiste la denominada doble faz informativa y persuasiva de la publicidad a la que se ha hecho alusión anteriormente. Interesa entender cuáles son los contenidos de la publicidad y como se articulan al ser comunicados pues sólo así se podrá avanzar en el estudio de la naturaleza de la publicidad, de cara a averiguar cuál es su régimen jurídico.

Qué es exactamente lo que hace un anunciante cuando ejerce su derecho a anunciar, qué es lo que comunica, cómo lo comunica, para qué lo comunica. Sólo si se atienden estas cuestiones se podrá entender hasta qué punto la publicidad es informativa y hasta qué punto, y cómo, es persuasiva. Entender cómo y hasta qué punto la publicidad es a la vez informativa y persuasiva resulta fundamental a la hora de analizar el anclaje constitucional del derecho a anunciar. Por ello, a continuación se estudia la importancia económica de la dimensión informativa de la publicidad, y luego, en el segundo apartado de este Capítulo se aborda la cuestión de las apelaciones publicitarias y de las probabilidades de procesamiento de la persuasión. Este Capítulo permitirá enriquecer la definición de publicidad desvelando qué es exactamente lo que hace un anunciante cuando ejerce su derecho a anunciar, y resaltando la importancia de los signos distintivos en la realización de la publicidad.

Procede ahora desentrañar el funcionamiento de la publicidad y del derecho a anunciar en el contexto de la economía de mercado, sus fundamentos económicos, para qué sirve y cómo funciona la publicidad. De momento no se analizará el alcance y la significación que tiene para el derecho a anunciar la consagración constitucional de la economía de mercado en el art. 38 CE, ya que dicho análisis se abordará en el Capítulo VI. Basta señalar, por ejemplo, por razones sistemáticas, la función de la comunicación comercial en una economía de mercado, estudiar cómo opera, para poder perfilar el contenido esencial del derecho a anunciar mediante la realización de publicidad—que, en últimas, es el derecho cuyo régimen reglamentario interesa analizar, especialmente en el contexto de la publicidad de productos que generan dependencia. Partiendo de la definición de publicidad que se presentó en el Capítulo anterior, en cuanto fenómeno mercadotécnico regulado por el Derecho, se ofrece ahora un análisis del funcionamiento real de la publicidad y del derecho a anunciar y sus relaciones con el consumo en una economía de mercado. Otro de los objetivos de este apartado es explicitar que la actividad publicitaria se concibe primordialmente como una actividad económica. Para

ello se estudiará la forma en que se regula la publicidad como actividad concurrencial, para destacar que el Derecho español define la licitud de la publicidad atendiendo principalmente a la protección de los intereses económicos que pueden resultar afectados por la actividad publicitaria.

## **1. La relevancia económica de la información publicitaria.**

Vale la pena recordar que “el concepto de mercado se utiliza para referirse a cualquier situación en la que se realizan intercambios”<sup>97</sup>, ya sean de productos, de trabajo o de capitales. Y, al hablar de “economía de mercado” se hace referencia a todos los intercambios o transacciones realizadas, bien sean directamente entre los productores y los consumidores, o, lo que es más frecuente, entre productores y distribuidores, distribuidores y minoristas, y finalmente, minoristas y consumidores.<sup>98</sup> Estos intercambios, o transacciones, corresponden a las que pueden denominarse relaciones verticales de mercado: aquellas que se estructuran en torno al vínculo entre oferentes y adquirentes y que se realizan en el consumo. Existen además otro tipo de relaciones, las horizontales, que son aquellas que vinculan en términos de competencia a diferentes oferentes que compiten por una mayor cuota o poder de mercado. En este primer apartado del Capítulo se analizará la función de la publicidad y del derecho a anunciar en el marco de las relaciones verticales de mercado, dejando para el siguiente el estudio de la comunicación comercial, y del derecho a realizarla, en el contexto de las relaciones horizontales de mercado

En primer lugar, cabe señalar que si por economía de mercado se entiende la sumatoria de todos los intercambios o transacciones realizadas, puede concluirse fácilmente que en la economía de mercado competitiva, en la sumatoria de estas transacciones, se encontrarán respuestas a cuatro interrogantes económicos básicos: 1. ¿Qué se produce? Toda vez que las decisiones de compra de los consumidores reflejan sus propios deseos, los productores ofrecerán en el mercado aquellos bienes que desean los consumidores.<sup>99</sup> 2. ¿Cómo se produce? Con un coste más bajo que el de la competencia, lo cual se reflejará en un precio más competitivo. 3. ¿Para quién se producen los bienes? Para los consumidores; el mercado garantiza que los bienes sean asignados a quienes queriéndolos, puedan pagar el máximo precio por ellos. 4. ¿Cómo se toman estas decisiones? Racionalmente—las empresas buscando maximizar sus beneficios o el valor de mercado de sus acciones, y los consumidores sopesando los costes y beneficios de cada posibilidad—en el marco de la competencia, con lo que se garantiza la eficiencia de la economía. Las respuestas a estas cuatro cuestiones reflejan un modelo económico determinado, que se puede identificar con el de la Escuela de Chicago, el cual se

---

<sup>97</sup> STIGLITZ, J., “Economía”, Barcelona, Ariel, 1994 [1993], p. 31.

<sup>98</sup> STIGLITZ [1993], ob. cit., p31.

<sup>99</sup> Es interesante recordar que el propio ADAM SMITH, ya desde el Siglo XVIII, se mostraba escéptico frente a este planteamiento, sobre el que se volverá más adelante. En palabras de SMITH: “El único fin y propósito de toda producción es el consumo; y el interés del productor debería ser atendido sólo en la medida en que sea necesario para la promoción del interés del consumidor. La máxima es tan perfectamente evidente en sí misma que resultaría absurdo intentar demostrarla. Pero, en el sistema mercantil el interés del consumidor es casi siempre sacrificado a favor del interés del productor; y parece considerarse la producción, y no el consumo, como el objeto y fin último de la industria y el comercio” (SMITH, A., “An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations”, Chicago: Encyclopaedia Britannica, Inc, 1996 [1776], p. 322.).

analizará a lo largo de las siguientes páginas, y con respecto al cual se señalarán diversas críticas, como por ejemplo que: no sólo es cierto que los productores ofrecen en el mercado aquellos bienes que desean los consumidores, sino que mediante la publicidad los bienes ofertados se hacen deseables; o que, suponer que los consumidores actúan siempre, o siquiera principalmente de forma racional no es sostenible.<sup>100</sup>

En segundo lugar, es imprescindible hacer hincapié en el hecho de que el estudio de la relevancia económica del derecho a anunciar y de la comunicación comercial implica analizar la forma y el tipo de información que la comunicación comercial introduce en el mercado, y la manera en que esta información influye en las relaciones verticales de mercado, y en concreto en las decisiones de consumo. Por ello, es conveniente abordar este estudio desde la perspectiva de la economía de la información:

En el área de la economía, quizás la ruptura más importante con el pasado—que abre enormes campos para trabajo en el futuro—se encuentra en la economía de la información. Actualmente se acepta que la información es imperfecta, obtener información puede ser costoso, existen importantes asimetrías en la información, y el alcance de las asimetrías de información depende de las acciones de empresas e individuos. Este reconocimiento afecta de forma profunda la comprensión de la sabiduría heredada del pasado, tal como el teorema fundamental del bienestar y algunas caracterizaciones básicas de la economía de mercado, y suministra explicaciones de fenómenos sociales y económicos que de otra forma serían difíciles de entender.<sup>101</sup>

Para poder estudiar la función económica de la publicidad en el mercado—en el entendido de que la publicidad es el resultado del ejercicio del derecho a anunciar mediante el que se crea y comunica información comercial persuasiva—se debe optar por una definición de mercado, de economía de mercado, que, sin perder neutralidad, contemple la importancia de la información para su funcionamiento. Por esta razón, sólo servirá una conceptualización del mercado que, tal y como sucede con algunas propuestas de la teoría microeconómica de la economía de la información, reconozca el valor económico de la información, y sobre todo, la importancia de la distribución asimétrica de la información en el funcionamiento del mercado. Así pues, conviene situarse en el cambio de paradigma resultante del trabajo de AKERLOF, SPENCE y STIGLITZ, por el que recibieron el premio Nobel de economía en el año 2001. Adicionalmente, es importante señalar desde ya que una consecuencia fundamental del reconocimiento de la existencia de información asimétrica o imperfecta en el mercado, es que, tal y como afirma el mismo STIGLITZ:

Hoy en día no existe fundamentación intelectual respetable para la proposición de que los mercados, por sí mismos, producen resultados eficientes, y mucho menos equitativos. Cuando quiera que la información sea imperfecta o los mercados

---

<sup>100</sup> A éste último respecto, desde ya cabe citar el trabajo del premio Nobel de economía del 2002, DANIEL KAHNEMAN. Ver, entre otras: KAHNEMAN, D. "A perspective on judgment and choice: Mapping bounded rationality", *American Psychologist*, 58, 2003, 697-720; y, KAHNEMAN, D., "Maps of bounded rationality: Psychology for behavioral economics", *American Economic Review*, 93, 2003, 1449-1475.

<sup>101</sup> Stiglitz, J., "The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics," *Quarterly Journal of Economics*, 115(4), 2000, pp. 1441-1478.

incompletos—es decir, esencialmente siempre—existirán formas de intervenir que en principio pueden mejorar la eficiencia en la adjudicación de recursos.<sup>102</sup>

Así pues, interesará entender hasta qué punto la publicidad suministra información que sirve para facilitar la producción de resultados eficientes y equitativos en el mercado, o, hasta qué punto la publicidad no sólo no genera este tipo de información sino que por el contrario produce una desinformación que aumenta la imperfección del mercado y por ello deteriora la posibilidad de que se produzcan resultados eficientes y equitativos. Es decir, interesa descubrir cómo y hasta qué punto la información suministrada por la publicidad sirve a los consumidores.

Las relaciones verticales de mercado no se caracterizan, como se supone en el modelo de competencia perfecta, por el hecho de que oferentes y adquirentes cuenten con “una información perfecta sobre los bienes que se compran y se venden, así como sobre sus precios [...] de ahí que los economistas hayan incorporado la información imperfecta a sus modelos de economía”<sup>103</sup>. En la medida en que los consumidores no poseen información perfecta respecto de los mercados deben destinar recursos para obtener la información que necesitan: qué bienes hay en el mercado, a qué precio y dónde se pueden adquirir. Esta búsqueda es una actividad costosa, y fundamental, ya que el consumo con el que culmina cada relación vertical de mercado depende necesariamente de la información de la que dispone el consumidor.<sup>104</sup>

La publicidad, desde la perspectiva del Derecho, tal y como se ha visto, se concibe como un tipo de comunicación, que resulta del ejercicio de un derecho, mediante la que el anunciante busca promover la contratación de bienes y servicios que produce u oferta. Esta comunicación se caracteriza por lo que se ha denominado una doble faz informativa y persuasiva<sup>105</sup>, y que como se estudiará más adelante, resulta ser una

---

<sup>102</sup> STIGLITZ, J. *Prólogo* de: POLANYI, K., “The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time”, Boston: Beacon Press, 2001 [1944], pp. viii. Vale la pena recordar aquí que en términos de POLANYI, “una economía de mercado es un sistema económico controlado, regulado y dirigido únicamente por los precios de mercado; la ordenación de la producción y distribución de bienes se encomienda a este mecanismo autorregulador [...] Autorregulación implica que toda la producción está a la venta en el mercado, y que todos los ingresos provienen de las respectivas ventas. Consecuentemente, existen mercados para todos los elementos de la industria, no sólo para los bienes (que siempre incluyen los servicios), sino también para la mano de obra, la tierra y el dinero” (POLANYI, ob. cit., pp. 71, 72). Éste autor fue muy crítico con este tipo de sistema económico, autorregulado, y consideraba que “permitir que el mecanismo de mercado sea el único director del destino de los seres humanos y de su entorno natural, sin duda, incluso de la cantidad y uso del poder adquisitivo, resultaría en la demolición de la sociedad” (POLANYI, ob. cit., p. 76). Para POLANYI, “el socialismo es, en esencia, la tendencia inherente en una civilización industrial para trascender el mercado autorregulado, subordinándolo conscientemente a la sociedad democrática” (POLANYI, ob. cit., p. 242).

<sup>103</sup> STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 563.

<sup>104</sup> “Si la búsqueda no fuera costosa (o la información fuera perfecta, como en el modelo competitivo convencional), los consumidores buscarían hasta encontrar el precio más barato. Ninguna tienda que cobrara un precio superior al más bajo del mercado tendría clientes. La dispersión de precios, unida a las diferencias de calidad, obliga a las economías domésticas y a las empresas a derrochar a menudo considerables energías en la búsqueda: los trabajadores buscan un buen empleo, las empresas buscan buenos trabajadores; los consumidores buscan los precios más bajos y los valores más altos” (STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 554)

<sup>105</sup> Ver FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias: Introducción al estudio de los principios generales de la publicidad”, en AA.VV., “Estudios de Derecho de la Publicidad”, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 57 y ss. (Artículo publicado originalmente en la *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 107 de 1968, pp. 13 y ss.).

distinción artificiosa. Similar caracterización se plantea desde la perspectiva de la economía, al reconocer que la publicidad sirve fundamentalmente para dos cosas<sup>106</sup>. En primer lugar, la publicidad que los economistas distinguen como “informativa” sirve para “suministrar a los consumidores información sobre los precios de los bienes, dónde pueden adquirirse o qué características tienen”<sup>107</sup>. En segundo lugar, la publicidad denominada “persuasiva” sirve para “suministrar ‘desinformación’, es decir, confundir a los consumidores e inducirlos a pensar que hay una diferencia entre los bienes, cuando en realidad no la hay. En otros casos, el objetivo no es más que hacer que los consumidores miren los productos con buenos ojos”<sup>108</sup>. Desde la perspectiva de la Economía, la comunicación comercial es un motor de crecimiento; es comunicación que promueve el consumo mediante información y persuasión, incidiendo así en un aumento de los puestos de trabajo y de la inversión.<sup>109</sup>

### 1.1. La publicidad como oferta de mercado.

Atendiendo, de momento, únicamente a la dimensión informativa de la publicidad, se puede afirmar que la comunicación comercial es una práctica comercial que sirve, en primer lugar, para hacer pública la oferta de un anunciante: la publicidad comunica la oferta materializada por el anunciante en el mercado. En este sentido, puede afirmarse que quienes ofrecen bienes o servicios en el mercado tienen la necesidad de y el derecho a anunciar o comunicar sus ofertas a los consumidores potenciales. Hacer pública una oferta equivale a decir: promover, de forma directa o indirecta, la contratación de los bienes, productos o servicios que se ofertan en el mercado, mediante la comunicación de información relativa a la existencia de un ofrecimiento específica, su precio y el lugar en la que se puede contratar.

Es posible establecer esta equivalencia porque el simple hecho de informar sobre la existencia de un producto o servicio, informar que se ofrece en el mercado, se constituye en una de las condiciones de posibilidad para que su demanda pueda ser

---

Tal y como afirma PINO ABAD: “La publicidad no propone tan sólo informar a sus destinatarios de las cualidades o de las características de los productos o servicios ofertados, sino que al mismo tiempo, y de forma primordial, pretende persuadir o atraer al público para que adquiera o contrate la utilización de esos productos o servicios. De ahí que todos los conceptos de publicidad comercial que podemos encontrar en los diccionarios y en los diferentes trabajos doctrinales coinciden en destacar las finalidades informativas y persuasivas de la publicidad” (PINO ABAD, [1992], p. 24). Esta doble faz informativa y persuasiva de la publicidad, como ya se ha comentado, también se reconoce como tal desde la perspectiva de la mercadotecnia.

<sup>106</sup> Tal y como afirma STIGLITZ, “los consumidores poseen una información imperfecta sobre los productos que venden las diferentes empresas. Una nueva empresa no sólo debe dar a conocer su producto a los posibles compradores, sino que también debe convencerlos de que es mejor comprar su producto que el de sus rivales” (STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 456).

<sup>107</sup> STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 559. Para HAAN es claro que “la teoría de la publicidad-como-información[, o lo que es lo mismo, la función informativa de la publicidad,] es principalmente una teoría sobre la persuasión. La teoría afirma que los publicistas persuaden a los consumidores a comprar productos facilitándoles información referida al producto que los consumidores sopesan para tomar decisiones de compra que maximicen su utilidad. La teoría se basa en la teoría del consumidor racional que se popularizó por la Escuela de Economía de Chicago en las décadas de 1960 y 1970” (HAAN, S. C., “The “Persuasion Route” of the Law: Advertising and Legal Persuasion”, 100 *Columbia Law Review* 1281, 2000, p. 1284).

<sup>108</sup> STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 559.

<sup>109</sup> HACKLEY, C., “Advertising and Promotion: Communicating Brands”, London: Sage Publications, 2005, p. 57.

satisfecha<sup>110</sup>. Es decir, informar a quienes buscan o demandan un determinado bien o servicio, que éste se encuentra disponible en el mercado, que se oferta, necesariamente conlleva promover su contratación de cara a la satisfacción de la necesidad de quien lo demanda. Es más, se podría decir que la oferta no existe propiamente hasta que no se hace pública. Por ello, puede considerarse que la primera función que cumple la publicidad es la de hacer pública una oferta determinada, informar acerca de la existencia de un determinado bien o servicio en el mercado, su precio y donde se puede adquirir.

En este orden de ideas, se ve claramente que mediante la publicidad se hace posible el encuentro entre el interés del anunciante y el del consumidor. Si no media algún tipo de comunicación—cualquiera que esta sea—entre oferente y adquirente, éste puede nunca llegar a saber que alguien ofrece aquello que busca<sup>111</sup>. En ausencia de la información que se comunica a través de la publicidad—entendida como “toda forma de

---

<sup>110</sup> Esta afirmación vale tanto para productos y servicios innovadores, que se deben lanzar o introducir en el mercado, como para el caso de productos y servicios ya conocidos, establecidos en el mercado. Es común, desde la perspectiva mercadotécnica y del estudio del consumo, identificar cinco etapas diferenciadas para describir el proceso de toma de decisión de los consumidores: 1. Reconocimiento del problema; 2. Búsqueda de información; 3. Evaluación de las opciones; 4. Decisión de compra; y 5. Evaluación posterior de la compra. Ahora bien, indistintamente de cuál sea la fuente de reconocimiento del problema (v. gr. desabastecimiento, insatisfacción, nuevas necesidades o deseos, reconocimiento de un problema inducido por el anunciante, compra de productos relacionados o accesorios, o la introducción en el mercado de nuevos productos), una vez esto ocurre, el siguiente paso es la búsqueda de información, y es aquí donde la publicidad puede servir de fuente de información, de medio que posibilita que el destinatario de la publicidad que haya reconocido un determinado problema obtenga información que le permita evaluar opciones, y decidirse, o no, por consumir. (ver: BELCH & BELCH, op. cit. pp. 114 y ss.).

<sup>111</sup> Una vez reconocido un problema se habla de diferentes tipos de búsqueda de la información que posibilitarán, una vez contrastadas las opciones, decidirse por consumir un determinado bien o servicio. Principalmente se distinguen dos tipos de búsqueda de información, una interna y otra externa (ver: SOLOMON, M., BAMOSSY, G., ASKEGAARD, S., & HOGG, M. K., “Consumer Behaviour: A European Perspective”, Harlow: Pearson Education Ltd., 2006, pp. 257 y ss). La búsqueda interna se refiere a la rememoración de consumos anteriores, o de contenidos apropiados por los consumidores por ser parte de una determinada cultura de consumo, por su estilo de vida, por la fidelidad a determinadas marcas, etc.. La búsqueda externa se refiere a instancias en las que la búsqueda interna no ayuda a solucionar el problema, por lo que el consumidor acude a la publicidad, a sus amistades, o a la observación de su entorno en búsqueda de esta información. En ambos casos, pero sobre todo en el segundo, el papel de la publicidad es fundamental—téngase en cuenta que siempre que la búsqueda interna sea suficiente lo será porque existe un conocimiento previo que en algún momento se produjo fruto de una búsqueda externa. Adicionalmente, investigadores como BLOCH, SHERRELL y RIDWAY (BLOCH, P. H., SHERRELL, D. L., & RIDWAY, N. M., “Consumer search: An extended framework”, *Journal of Consumer Research* 13, 1986, 119-126.) identifican dos estilos de consumidores, aquellos que buscan información antes de consumir (*pre-purchase search*) y aquellos otros, más avezados, que disfrutan la búsqueda misma de información, aquellos para los que esta actividad ya es en sí una forma de consumo, están permanentemente en búsqueda de este tipo de información (*ongoing search*). Finalmente, también conviene recordar que la importancia de la publicidad como fuente de información se hace patente cuando la búsqueda de información sucede como aprendizaje incidental. En estos casos, “aun cuando un producto pueda no interesarnos directamente en el presente, estar expuestos a su publicidad, al empaquetado y a actividades promocionales puede resultar en un aprendizaje incidental. La mera exposición, a lo largo del tiempo, a estímulos condicionados y la observación de otros resulta en aprendizaje de mucho contenido que puede no ser necesario durante largo tiempo, si es que se llega a necesitar. Para los mercadotécnicos, este resultado es el beneficio de publicidad constante, de ‘bajas dosis’, que sirve para establecer asociaciones con productos que permanecen hasta que sean necesaria” (SOLOMON, et. al., ob. cit., pp. 266-267). La importancia del aprendizaje incidental ilustra lo fundamental que resulta la publicidad, incluso en los casos de búsqueda interna de información.



comunicación”—difícilmente sería posible la realización de intercambios. Vale la pena recordar que, según la definición de publicidad que se ha aportado hasta el momento, incluso la información suministrada, por ejemplo, directamente por un vendedor en una feria o mercado, o la mera exposición de los objetos que vende, es comunicación comercial (tal y como se ha mencionado anteriormente, las ventas personales son una de las seis técnicas básicas de la mezcla promocional).

## 1.2. La función informativa de la publicidad

La función informativa de la publicidad reviste especial importancia a la luz de la teoría de la elección racional de los consumidores. Según esta teoría, la decisión de compra, el consumo, se determina de forma racional: las preferencias de los consumidores se ordenan y limitan en función de sus restricciones presupuestarias de forma tal que cada elección maximice sus beneficios, su utilidad. Tradicionalmente lo que más ha interesado a los analistas económicos no es el consumo en cuanto fenómeno social, o de comportamiento, sino las consecuencias de las elecciones racionales de los consumidores<sup>112</sup>—es decir, interesa más el consumo en cuanto demanda, y su relación con la producción, que el consumo como fenómeno en sí. Por tal motivo, al estudiar la publicidad, la atención de estos analistas se centra en la forma en que incide prioritariamente sobre la demanda y la producción, y no sobre el consumo en cuanto fenómeno social<sup>113</sup>, ni mucho menos personal.

### *a) La elección racional de los consumidores*

STIGLITZ reconoce que la teoría de la elección racional del consumidor, tal y como se explica desde el análisis de las restricciones presupuestarias y las preferencias personales, en términos de elección racional, es criticable—entre otras cosas porque no refleja la dimensión cognitiva real de los consumidores<sup>114</sup>, presupone preferencias

---

<sup>112</sup> STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 47.

<sup>113</sup> En este sentido, por ejemplo, KARLSSON, et. al. han demostrado que “al ensanchar la cabida de ‘nosotros’ en la dicotomía entre ‘nosotros’ y ‘ellos’, la extensión social de la individualidad [*self*] puede cambiar el comportamiento de las personas significativamente. En contextos sociales, las elecciones que hacemos pueden estar en realidad más dirigidas por lo que resulta apropiado hacer, y por qué reglas se deben seguir, que por la utilidad de las consecuencias” (KARLSSON, N., LOWENSTEIN, G., & MCCAFFERTY, J., “The Economics of Meaning”, en LOWENSTEIN, G., “Exotic Preferentes: Behavioral Economics and Human Motivation”, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 49, 50; ver también, entre otros: MARCH, J. G., “A Primer on Decision Making”, Nueva York: Free Press, 1994, y MESSICK, D., “Alternative Logics for Decision Making in Social Settings”, 39 *Journal of Economic Behavior and Organization* 11, 1999).

<sup>114</sup> Es cierto, tal y como reconoce el mismo STIGLITZ, que “el modelo no refleja los procesos de pensamiento por los que tienen que pasar realmente los consumidores” (STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 249), quienes no suelen dibujar restricciones presupuestarias o sopesar beneficios marginales al momento de consumir. Pero, adicionalmente, el modelo desconoce por completo la importancia de otros procesos psicológicos que intervienen también en la determinación de la voluntad de compra: dimensiones afectivas de procesos perceptivos y/o cognitivos. Tal y como lo demuestran estudios como el de HIRSHLEIFER (HIRSHLEIFER, J., “The Affections and the Passions: Their Economic Logic”, 5 *Rationality and Society* 185, 1993) existe una lógica económica de las emociones que puede llevar a una persona a elegir en contra de lo que podría considerarse, racionalmente, su interés material, aquel que maximizaría sus beneficios.

perfectamente definidas<sup>115</sup> y supone un conocimiento exacto de las restricciones presupuestarias<sup>116</sup>. No obstante, la defiende como modelo convincente y útil a efectos del estudio que interesa a los economistas.<sup>117</sup> Ahora bien, resultados de investigaciones realizadas desde muy diversos campos<sup>118</sup>, hacen cada vez más evidente que las decisiones de consumo no se pueden explicar exclusivamente mediante criterios y modelos de elección racional “pura”—como los que se han utilizado tradicionalmente para explicar los mercados y su funcionamiento desde la economía y que relegan el estudio del consumo al ámbito de lo meramente expresivo y cultural. Por el contrario, estos estudios e investigaciones demuestran que las decisiones de consumo se modelan también desde una dimensión afectiva o emocional, y social, que la mercadotecnia, y en concreto la CMI, reconocen y aprovechan.

Este tipo de aproximaciones evidencian que el consumo, en cuanto elección, “es una expresión interpretativa ejercida socialmente, es un acto de búsqueda imaginativa que posee la capacidad de crear nuevos valores, nuevos significados, nuevas relaciones referenciales y nuevas significaciones”<sup>119</sup>. Y como tal, al estar mediado por la publicidad, se entiende que ésta incide en sus destinatarios más allá de la esfera de sus intereses económicos, afectando, por ejemplo, su actitud frente a productos o servicios que pueden tener efectos en su salud física, la percepción de sí mismos y de su lugar en la sociedad, y por ende en el desarrollo de su personalidad. Así, se entiende que “la

---

<sup>115</sup> Existen una variedad de investigaciones que demuestran que las preferencias de los consumidores no están perfectamente definidas, que cambian a lo largo del tiempo, y que dependen de los gustos no ya exclusivamente propios, sino de terceros. Así, por ejemplo, se ha demostrado que los patrones de consumo varían en el tiempo, a diferencia de lo descrito por modelos de utilidad descontada construidos sobre la hipótesis de las preferencias perfectamente definidas (ver, entre otros: CAROLL, C. D. & SUMMERS, L. H., “Consumption Growth Parallels Income Growth: Some New Evidence”, en BERNHEIM, B. D. & SHOVEN, J. (eds.), “National Savings and Economic Performance”, Chicago: University of Chicago Press, 1991, pp. 305-343; MANKIW, N. G., et. al, “Intertemporal Substitution in Macroeconomics”, 100 *Quarterly Journal of Economics* 225, 1985; y más recientemente, STEPHENS, M. Jr., “3rd of Tha Month: Do Social Security Recipients Smooth Consumption between Checks?”, 93 *American Economic Review* 406, 2003).

<sup>116</sup> A este respecto basta con señalar que conocer con exactitud las restricciones presupuestarias en un determinado momento equivale a suponer que un consumidor sabe cuál es el precio de todos y cada uno de los bienes que hay en el mercado, lo cual, evidentemente, es imposible.

<sup>117</sup> STIGLITZ [1993], ob. cit., pp. 249 y ss.

<sup>118</sup> En los últimos años del Siglo XX, y primeros del XXI, han ido en aumento la cantidad de investigadores que se han interesado por la importancia de las emociones en la vida social, desde campos tan diversas como la medicina, la economía, la historia, la psicología o la sociología. Por nombrar sólo algunos: BARBALET, J. M., “Emotion, Social Theory, and Social Structure: A Macrosociological Approach”, Cambridge: Cambridge University Press, 1998 & “Emotions and Sociology”, Oxford: Basil Blackwell, 2002; DAMASIO, A., “En busca de Spinoza: Neurobiología de la emoción y los sentimientos”, Barcelona: Crítica, 2006, “El error de Descartes”, Barcelona: Crítica, 2006 & “La sensación de lo que ocurre”, Barcelona: Debate, 2001; ELSTER, J., “Rationality and Emotions”, 106 *Economic Journal* 1386, 1996 & “Emotions and Economic Theory”, 36 *Journal of Economic Literature* 47, 1998; LOWENSTEIN, G., “Emotions in Economic Theory and Economic Behavior”, 90 *American Economic Review* 426, 2000; NUSSBAUM, M., “Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotion”, Cambridge: Cambridge University Press, 2001; y PIZARRO, D., “Nothing More Than Feelings? The Role of Emotions in Moral Judgment”, 30 *Journal for the Theory of Social Behavior* 355, 2000.

<sup>119</sup> MALLOY, R. P., “Derecho y economía de mercado”, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 61. Este autor recalca que “la utilización de un enfoque basado en el equilibrio y en la maximización de la riqueza tiende a fomentar comunidades de individuos centrados en el interés propio y en el cálculo de costes y beneficios. En semejante sociedad, cada individuo está desconectado de todos los demás, así como del sentimiento de bien común. Éste es un modelo de sociedad que promociona los objetos como sustitutos de las personas y los valores que esos objetos representan” (p. 63).

función del significado simbólico de los productos [y de las marcas] opera en dos direcciones, hacia fuera, construyendo el mundo social: simbolismo-social, y hacia adentro, construyendo nuestra identidad individual [*self-identity*]: simbolismo-identitario [*self-symbolism*]<sup>120</sup>. En este orden de ideas, parece relevante jurídicamente, no sólo el impacto de la publicidad en el contexto de las relaciones verticales y horizontales de mercado, sino también de cara a intereses no económicos de los ciudadanos.

Ahora bien, es importante recalcar que en lo referente a los intereses económicos de los destinatarios de la publicidad y/o consumidores la función informativa de la publicidad juega un papel fundamental. Por ello, se entiende que, tal y como afirma DESCALZO:

La información, además de ser suficiente debe ser veraz. El caudal ingente de información proporcionado por los agentes económicos debe transmitir datos reales y fidedignos, que permita adoptar decisiones eficientes al resto de los operadores. Por ello la veracidad del mercado debe ser ordenada jurídicamente; no tan sólo en relación con los datos y hechos que ven la luz a través de la denominada ‘publicidad legal o de derecho’, sino también, e incluso con mayor fuerza y energía, cuando mayores peligros existen, esto es, cuando los agentes económicos difunden por propia iniciativa mensajes cuya finalidad clara y primera es atraer la atención de los consumidores hacia sus productos y servicios. La regla de la veracidad, en cuanto instrumento basal de un funcionamiento eficiente de la economía de mercado, se encuentra amparada fundamentalmente en nuestro ordenamiento a través de la Ley de competencia desleal de 1991, de la Ley general de publicidad de 1988; y, finalmente, en la Ley general de defensa de consumidores y usuarios de 1984. Todas ellas tratan de hacer frente a las quiebras del principio de veracidad en las comunicaciones comerciales difundidas en el mercado<sup>121</sup>

A diferencia de lo que ocurre cuando se estudia la publicidad desde una perspectiva mercadotécnica—caso en el cual interesa esencialmente la finalidad de la publicidad como modeladora de hábitos de consumo y de estilos de vida, ocupándose de forma inmediata del destinatario de la publicidad y sólo de forma mediata de los anunciantes con los que se compete—el Derecho entiende la publicidad principalmente como una actividad económica, concurrencial. Desde la perspectiva concurrencial interesa el comportamiento económico de las empresas anunciantes y de los destinatarios de la publicidad, mas no las consecuencias sociales más amplias que se puedan derivar de un determinada publicidad, por ejemplo, su influencia sobre la opinión pública en torno a cuestiones políticas, sociales o culturales, o la determinación de hábitos de consumo y la definición de estilos de vida.

Una de las parcelas del Derecho en las que se evidencia de forma notoria la importancia económica, la perspectiva preferentemente mercantil y patrimonial desde la que se comprende la publicidad en términos jurídicos, es en el ordenamiento penal. Esto resulta claro al observar que la tipificación de la falsedad en la publicidad como delito se consagra en la Sección 3ª, de los delitos relativos al mercado y a los consumidores, del Capítulo XI, de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, del Título XIII, sobre los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del

---

<sup>120</sup> ELLIOT, R., & PERCY, L., “Strategic Brand Management”, Oxford: Oxford Universty Press, 2007, p. 25, ver también p. 44.

<sup>121</sup> DESCALZO, op. cit. p. 243.

Código Penal. Concretamente, la falsedad en la publicidad se tipifica en el artículo 282 del Código Penal en los siguientes términos:

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos

Tal y como afirma BARONA VILAR, “[s]i bien el bien jurídico protegido por el artículo 282 directamente es la conducta de los consumidores en el tráfico económico, de tal modo que no puedan verse engañados por conductas publicitarias tendentes a dirigir sus actuaciones en el mercado, indirectamente se pretende también salvaguardar la transparencia en el mercado”<sup>122</sup>.

#### *b) Publicidad y competencia*

El derecho a anunciar, tal y como se argumenta en los Capítulos III y IV, es siempre y sin lugar a dudas una concreción normativa del derecho constitucional de libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la CE. La publicidad es una práctica comercial que hace posible la competencia en el mercado, y que como tal se regula para garantizar que dicha competencia sea leal. Coincidiendo con PINO ABAD, “podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que en la actualidad la publicidad comercial constituye el medio por el que, con más asiduidad y con una mayor relevancia e incidencia frente a la clientela, los empresarios desarrollan su actividad competitiva”<sup>123</sup>. Por esto, una de las parcelas más importantes de la regulación de la publicidad se ocupa de la delimitación de la responsabilidad de los anunciantes con respecto a los intereses económicos de otros anunciantes—mediante la tipificación de los actos de competencia desleal contenida en la LCD—y con respecto a los intereses económicos de los consumidores y usuarios—mediante la tipificación de las prácticas comerciales desleales contenida también en la LCD.

Como es sabido, el Ordenamiento de la competencia está compuesto por varias disciplinas concurrenciales. FONT GALÁN y MIRANDA SERRANO<sup>124</sup> identifican cuatro disciplinas: la *antitrust*, la de la competencia desleal, la de publicidad y la que ordena el comercio minorista. Interesa ahora hacer algunos comentarios acerca de la interrelación de dos de estas disciplinas concurrenciales, la de competencia desleal y la de publicidad, con el fin de subrayar cómo es que la publicidad se regula en cuanto que actividad

---

<sup>122</sup> BARONA VILAR, SILVIA, “Tutela civil y penal de la publicidad”, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.642. Para un análisis detallado de este tipo penal, cfr., entre otros.: MUÑAGORRI LAGUÍA, IGNACIO, “La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa. Art. 282 del Código penal”, Granada: Comares, 1998; MAPELLI CAFFARENA, B., “El delito de publicidad fraudulenta”, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999; MORENO Y BRAVO, EMILIO, “El delito de publicidad falsa”, Barcelona: Bosch, 2001; MORAL GARCÍA, ANTONIO DEL, “La protección del consumidor frente a la actividad publicitaria: perspectiva penal”, Revista de Autocontrol, No. 78, 2003; y LÓPEZ GUARNIDO, RAFAEL, “Reflexiones sobre el delito de publicidad falsa del art. 282 del CP”, Revista de Autocontrol, No. 103, 2005.

<sup>123</sup> PINO ABAD, M., “El conflicto normativo entre la Ley General de Publicidad de 1998 y la Ley de Competencia Desleal de 1991”, en FONT GALÁN, J. I., & PINO ABAD, M. (coords.), “Estudios de Derecho de la Competencia”, Madrid: Marcial Pons, 2005, p.229.

<sup>124</sup> FONT GALÁN, J. I., & MIRANDA SERRANO, L. M., “Defensa de la competencia y competencia desleal: Conexiones funcionales y disfuncionales”, en FONT GALÁN, J. I., & PINO ABAD, M., Ob. Cit., p.12.

económica, y hasta qué punto el derecho a anunciar se concibe como fenómeno que trasciende la libre competencia en el mercado.<sup>125</sup> Con la promulgación de la de la LCD se adoptó en España el llamado “modelo social de protección de la competencia”, con el que se supera el anterior modelo “profesional” o “corporativo” de competencia desleal. Tal y como se recoge en el Preámbulo de la LCD, ésta:

[...] introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. [...] Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo

La incorporación de los intereses colectivos del consumo, es decir, de los intereses económicos de los consumidores, no sólo conlleva reconocer que “protegiendo los legítimos intereses de los consumidores se defiende la institución de la competencia”<sup>126</sup>, sino que sirve para articular mecanismos concretos de defensa de los consumidores y usuarios destinados a proteger sus legítimos intereses económicos, tal y como se exige en el artículo 51.1 de la CE: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Concretamente, y en lo que se refiere a la publicidad—con anterioridad a las modificaciones introducidas en el Ordenamiento jurídico español por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, y se incorporan al ordenamiento español las exigencias derivadas de, entre otras, la Directiva 2005/29/CE—la LCD sancionaba como actos de competencia desleal la publicidad que pudiera suponer: 1. Actos de engaño<sup>127</sup>; 2. Actos de denigración<sup>128</sup>; 3. Actos de comparación<sup>129</sup>; y 4. Actos de confusión<sup>130</sup>. Ahora bien, hay que recordar que

---

<sup>125</sup> Excede el alcance de la presente investigación explorar las interrelaciones entre la disciplina publicitaria y las disciplinas *antitrust* o del comercio minorista.

<sup>126</sup> PORFIRIO CARPIO, L. J., “La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal”, Madrid: Marcial Pons, 2002, p.62.

<sup>127</sup> El antiguo artículo 7 de la LCD establecía: “Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas”.

<sup>128</sup> El artículo 9 de la LCD, que no fue modificado por la Ley 29/2009, establece: “-Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. -En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”.

<sup>129</sup> El antiguo artículo 10 de la LCD establecía: “-1. Se considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables. -2. Se reputa también desleal la comparación que contravenga lo establecido por los artículos 7 y 9 en materia de prácticas engañosas y denigrantes”.

previamente a la entrada en vigencia de la LCD la LGP ya sancionaba como publicidad ilícita: 1. La publicidad engañosa<sup>131</sup>; y diferentes supuestos de publicidad desleal, entre ellos, 2. la publicidad denigratoria<sup>132</sup>, 3. ciertos supuestos de publicidad comparativa<sup>133</sup>, y 4. la publicidad que pudiera inducir a confusión<sup>134</sup>.

Esta duplicidad normativa provocó la crítica de un sector importante de la doctrina por considerar que generaba dificultades interpretativas, nada despreciables, que minaban la seguridad jurídica no sólo por la doble tipificación de los ilícitos publicitarios, sino también por la coexistencia de dos regímenes de acciones para hacer frente a estos ilícitos: las acciones por publicidad ilícita de la LGP y las acciones por competencia desleal de la LCD.<sup>135</sup> Si bien la doctrina coincidía en que la LCD no derogó a la LGP, ni tácita ni expresamente<sup>136</sup>, un sector minoritario abogaba por resolver el concurso normativo a favor de la LGP, toda vez que constituía un supuesto de Ley especial que debía prevalecer frente a la normativa general contenida en la LCD.<sup>137</sup> No obstante, como todos los supuestos de publicidad ilícita de la LGP no estaban contemplados en la LCD, esta solución parecía deficiente ya que, tal y como recuerda PINO ABAD a este respecto, “para poder calificar a una Ley como ‘*lex specialis*’ resulta necesario que, tal y como expone la doctrina civilista, todos los casos comprendidos en la *Ley especial* lo

---

<sup>130</sup> El antiguo artículo 6 de la LCD establecía: “-Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos. -El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica”.

<sup>131</sup> El antiguo artículo 4 de la LGP establecía: “-Es engañosa la publicidad que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. -Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”.

<sup>132</sup> El antiguo artículo 6.a) de la LGP establecía: “Es publicidad desleal: a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos”.

<sup>133</sup> El antiguo artículo 6 bis.2 establecía seis requisitos que se debían cumplir para que la publicidad comparativa no fuera considerada como publicidad desleal.

<sup>134</sup> El antiguo artículo 6.b) de la LGP establecía: “Es publicidad desleal: [...]La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”.

<sup>135</sup> “Debe señalarse, por otra parte, que la convivencia entre estos dos textos no siempre ha sido pacífica. En efecto, el hecho de que ambos regulasen en ocasiones idénticos supuestos de hecho (como la publicidad engañosa, la publicidad denigratoria, o la publicidad comparativa) provocó, amén de las merecidas críticas, una situación de notable inseguridad jurídica que desembocó incluso en sentencias abiertamente contradictorias sobre el ámbito de aplicación de cada uno de ellos” (TATO PLAZA, A., “Líneas generales de la reforma del Derecho español contra la competencia desleal (Parte I)”, en *Boletín de Autocontrol*, No. 149, Madrid, 2010.). Cfr. También en este mismo sentido: LEMA DEVESA, C., “Posibilidades y remedios para combatir la competencia desleal”, *Derecho de los negocios*, Año nº 1-2, Nº 1-15, 1990-1991, pp. 205-210; FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., “Reflexiones preliminares sobre la Ley de Competencia Desleal”, *La Ley*, 1991-2, p. 1179; TATO PLAZA, A., “La publicidad comparativa”, Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 202 y ss.; y MASSAGUER, J., “El nuevo Derecho contra la competencia desleal: La Directiva 2005/29/CE sobre Prácticas Comerciales Desleales”, Madrid: Thomson-Civitas, 2006, p. 155-158.

<sup>136</sup> Ver por todos: TATO [1996], Ob. Cit.

<sup>137</sup> Ver por todos: LEMA DEVESA, C., “La publicidad desleal: Modalidades y problemas”, *Revista General de Derecho*, nº 562-563, 1991, pp. 6135-6149.

sean, también, por la *Ley general*, de forma que, si aquella no existiera, su supuesto de hecho quedaría automáticamente comprendido en el más amplio de la *Ley general*<sup>138</sup>. Así las cosas, el sector mayoritario de la doctrina consideraba que la doble regulación de la ilicitud publicitaria y de la deslealtad concurrencial derivada de la actividad publicitaria constituía una interferencia parcial que debía resolverse así: “Cuando un mismo supuesto de hecho pueda ser considerado, al mismo tiempo, un caso de publicidad ilícita y un acto de competencia desleal, aquella persona que esté legitimada para el ejercicio de las dos acciones podrá, bien optar por el ejercicio de una de ellas, bien acumular ambas en una misma demanda”<sup>139</sup>.

A raíz de la entrada en vigor de la Directiva 2005/29/CE diferentes autores vieron la posibilidad de aprovechar la incorporación de esta norma al Ordenamiento español—que debía haberse dado antes del 12 de junio de 2007, y que no se produjo sino hasta el 30 de diciembre de 2009—para introducir modificaciones en la LGP y en la LCD que sirvieran para superar las dificultades derivadas de la doble regulación a la que se acaba de hacer referencia. No obstante, se ha de recordar que la doctrina también veía un problema con respecto a la Directiva 2005/29/CE, a saber, que introduce una diferenciación entre los actos de competencia desleal de carácter general y las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, generando así una ruptura de la unidad estructural del Derecho contra la competencia desleal. Tal y como apunta TATO:

Esta fragmentación del Derecho contra la competencia desleal ha merecido severos y justificados reproches. En primer término, porque rompe la unidad sistemática que hasta ahora había venido caracterizando al sector, donde la calificación como desleal de una determinada conducta no se hacía depender, con carácter general, de sus destinatarios. En segundo lugar, porque implica el sometimiento de determinadas prácticas a un doble régimen jurídico. En efecto, son varias las conductas que pueden ser calificadas, bien como actos de competencia desleal de alcance general, bien como prácticas desleales con los consumidores. Así sucede, sin ir más lejos, con los actos de engaño, las omisiones engañosas, y las prácticas agresivas<sup>140</sup>

En vista de todo lo anterior, MASSAGUER proponía como mejor fórmula de trasposición de la normativa europea modificar la LGP y la LCD, manteniendo el tratamiento subjetivamente unitario de la competencia desleal, en vez de promulgar una Ley que traspusiera directamente la Directiva 2005/29/CE lo cual contribuiría a una mayor dispersión normativa:

[...] la Directiva pone al legislador español ante la opción de diferenciar entre prácticas comerciales desleales que perjudiquen directamente los intereses económicos de los consumidores y aquellas otras que perjudican directamente los intereses de los empresarios (en sentido amplio), y establecer un régimen diferente para cada una de estas materias, o bien de mantener el tradicional tratamiento subjetivamente unitario del fenómeno de la competencia desleal o, en la terminología que se ha de imponer, de las prácticas comerciales desleales mediante la necesaria derogación de la regulación de las normas sobre publicidad engañosa y publicidad desleal de la Ley General de Publicidad y la reforma de la Ley de Competencia Desleal para dar cabida a las previsiones de la

---

<sup>138</sup> PINO ABAD [2005], Ob. Cit., p. 232.

<sup>139</sup> TATO [1996], Ob. Cit. P. 221.

<sup>140</sup> TATO [2010, no. 149], Ob. Cit., p. 8.

Directiva y a las exigencias de la Directiva 84/450/CEE en materia de publicidad comparativa<sup>141</sup>

Más en contra de recomendaciones como esta, el Legislador optó por mantener la distinción derivada de la Directiva 2005/29/CE entre actos de competencia desleal de carácter general y prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Esta opción legislativa conlleva que “al aplicar la Ley de Competencia Desleal a un concreto supuesto de hecho, debe determinarse, en primer término, si la conducta analizada se ha planteado en el marco de relaciones entre empresarios o profesionales con consumidores, o en el ámbito de relaciones entre empresarios o profesionales”<sup>142</sup>. En cualquier caso, y al margen de las modificaciones introducidas en la LCD derivadas de la diferenciación de prácticas comerciales desleales en atención al tipo de relación de mercado en las que se presentan, la promulgación de la Ley 29/2009 supone un intento de racionalización del Derecho español de la competencia desleal mediante el que se busca no sólo adaptar el Ordenamiento a la Directiva europea, sino eliminar los conflictos que existían entre la LGP y la LCD a los que se ha aludido anteriormente<sup>143</sup>. Interesa ahora describir de forma sucinta las modificaciones de la LGP introducidas por la Ley 29/2009 con el fin de establecer hasta qué punto se regula la publicidad como actividad concurrencial, o lo que es lo mismo, hasta qué punto el Derecho concurrencial ejerce una vis atractiva sobre la actividad publicitaria y por lo mismo sobre el derecho a anunciar.

Conviene recordar que se modificó el artículo 1 de la LGP para aclarar que la publicidad no sólo se rige por la LGP y las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias, sino también por la LCD: “La publicidad se regirá por esta

---

<sup>141</sup> MASSAGUER, Ob. Cit., p. 157-158.

<sup>142</sup> TATO [2010, no. 149], Op. Cit., p. 9. Este mismo autor aclara: “En el primer caso (esto es, en la hipótesis de prácticas de empresarios o profesionales con consumidores), habrá que determinar a continuación si la conducta examinada puede ser calificada como práctica desleal con los consumidores. A estos efectos, habrá que analizar si aquella conducta encaja en algunos de los supuestos de hecho que se tipifican expresamente como prácticas en sí mismas engañosas o agresivas en los artículos 21 a 31 de la nueva Ley de Competencia Desleal. En caso de respuesta negativa, habrá que determinar si, pese a todo, la conducta examinada puede ser calificada como acto de engaño, omisión engañosa, práctica agresiva o práctica engañosa por confusión, al amparo de las definiciones generales que de este tipo de prácticas se recogen en los artículos 5, 7, 8 y 20 de la Ley de Competencia Desleal. Y si esta calificación tampoco es posible, deberá pasarse a una última fase de análisis consistente en determinar si la conducta enjuiciada puede ser calificada como desleal al amparo de la cláusula general de represión de las prácticas desleales con los consumidores recogida en el artículo 4.1 (inciso segundo) de la Ley de Competencia Desleal. Una respuesta negativa a esta última cuestión descarta definitivamente la posibilidad de calificar la conducta examinada como práctica desleal con los consumidores. Pero, aun así, aquella conducta puede ser calificada como acto de competencia general de carácter general. Y a estos efectos, deberá comprobarse si aquélla se corresponde con alguno de los actos de competencia desleal de carácter general tipificados de forma expresa en el capítulo II de la Ley de Competencia Desleal. En cambio, si la conducta enjuiciada se ha desarrollado en el marco de las relaciones entre empresarios o profesionales, el mecanismo de aplicación de la Ley de Competencia Desleal se simplifica notablemente. De suerte que deberá verificarse si el supuesto de hecho analizado encaja en alguno de los actos de competencia desleal de carácter general tipificados de forma expresa en el capítulo II de la Ley de Competencia Desleal o, en su defecto, si es merecedora de un reproche de deslealtad al amparo de la cláusula general de represión de la competencia desleal recogida en el artículo 4.1 (inciso primero) de la nueva Ley” (Ibídem).

<sup>143</sup> Tal y como se establece en el Preámbulo de la Ley 29/2009: “Se establece un régimen jurídico unitario sobre la deslealtad de los actos de engaño y agresivos, siendo exigible igual nivel de corrección con independencia de que sus destinatarios sean consumidores o empresarios. Se supera de esta manera la tradicional distinción entre los actos desleales y la regulación de la publicidad ilícita por desleal o engañosa”.



Ley, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”<sup>144</sup>. Con esta sencilla modificación se reitera la importancia que para el Derecho tiene la publicidad como actividad concurrencial; cosa que se confirma en la nueva redacción del artículo 1 de la LCD en la que se hace mención expresa de los supuestos de publicidad ilícita de la LGP como actos de competencia desleal prohibidos por la LCD: “Esta ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”.<sup>145</sup> La nueva interacción entre la LGP y la LCD, que tal y como se ha visto se anuncia desde el primer artículo de cada una de estas dos normas, se articula esencialmente a través de dos mecanismos: 1. La derogación de la tipificación y regulación de la publicidad engañosa y de la publicidad desleal como supuestos de publicidad ilícita ex artículos 3 b) y c), 4, 5, 6, y 6 bis. de la LGP; y 2. La derogación de las acciones por publicidad ilícita que se regulaban en el Título IV de la LGP.

Al tenor de lo dispuesto en el nuevo artículo 3 e) de la LGP la publicidad engañosa, la publicidad desleal, y ahora también la publicidad agresiva, constituyen supuestos de publicidad ilícita. No obstante, estos “tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia desleal” (Art. 3 e) LGP), con lo que su tipificación se remite a la LCD, y así “se evita que algunos supuestos de hecho (como la publicidad engañosa, la publicidad denigratoria o la publicidad comparativa) se vean sometidos en nuestro ordenamiento a una doble tipificación”<sup>146</sup>. Así pues, actualmente la LGP sólo tipifica supuestos de publicidad ilícita que no se encuentran tipificados en la LCD, sobre los que me referiré en el apartado 2 del presente Capítulo. No obstante, es de anotar que incluso los supuestos de publicidad ilícita que tutelan derechos e intereses ajenos a la esfera económica, y que por ello se tipifican y regulan en los artículos 3. a), b), c) y d) de la LGP, se consideran como publicidad desleal según lo establecido en el nuevo artículo 18 de la LCD: “La publicidad considerada ilícita por la Ley General de Publicidad, se reputará desleal”.

En este orden de ideas, no sólo los supuestos de publicidad ilícita que tutelan los intereses económicos de los anunciantes y de los destinatarios de la publicidad, y que están enteramente regulados en la LCD, se consideran publicidad desleal, sino que incluso aquellos supuesto de publicidad ilícita regulados en la LGP, que no protegen derechos e interés económicos de las personas, se consideran como publicidad desleal. Por ello, se entiende que al tenor del nuevo artículo 6.1 de la LGP, “las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”. El tenor del mentado precepto, y la desaparición de las acciones de cesación y de rectificación que se regulaban en el derogado Título IV de la LGP implican que todo remedio frente a supuestos de publicidad ilícita, incluso en aquellos casos en los que se trate de supuestos regulados en la LGP que no tutelen los

---

<sup>144</sup> La anterior redacción del artículo 1 LGP establecía: “La publicidad se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias”.

<sup>145</sup> La anterior redacción del artículo 1 LCD establecía: “La presente Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal”.

<sup>146</sup> TATO [2010], Ob. Cit., p. 8

intereses económicos de las personas, debe perseguirse mediante las acciones para ello establecidas en el Capítulo IV de la LCD.

Adicionalmente, se debe recordar que la Ley 29/2009 derogó el artículo 18.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante la LGDCU) en el que se establecía que: “La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de los bienes y servicios será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos legalmente habilitados para hacerlas cesar”. No obstante, el nuevo artículo 49.1.1) de la LGDCU establece como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios el uso de prácticas comerciales desleales. Así pues, de acuerdo a la nueva normativa general se tiene que la publicidad que constituya una práctica comercial desleal, al tenor de lo dispuesto en los artículos 19 a 31 de la LCD, será sancionable como tal, al tenor de lo dispuesto en el Capítulo IV de la LCD, y además como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios. De otro lado, la publicidad ilícita regulada en la LGP, y aquella que constituya un acto de competencia desleal, ex artículos 5 al 18 de la LCD, es decir en el ámbito de relaciones entre empresarios o profesionales, sólo podrá perseguirse, en términos generales, mediante las acciones para ello establecidas en el Capítulo IV de la LCD.

Las modificaciones introducidas en el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 29/2009, a las que se acaba de hacer mención, tienen como propósito “que la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación del mercado”<sup>147</sup>. En la medida en que la competencia leal ejerce una vis atractiva sobre el fenómeno publicitario<sup>148</sup>, se debe concluir que para el Derecho la publicidad siempre incumbe de forma inmediata a los anunciantes, que compiten entre sí por una mayor cuota de mercado, y de forma mediata a los consumidores, en la medida en que afecte sus legítimos intereses económicos. Si bien el comportamiento económico de los consumidores es precisamente donde se juega y se refleja el correcto funcionamiento de la libre competencia en el mercado que, como no puede ser de otra manera, redundan en beneficio tanto de los consumidores como de los competidores<sup>149</sup>, no se puede desconocer que la publicidad afecta a las personas más allá de su esfera económica de intereses. Por esta razón, es necesario entender la actividad publicitaria también como una actividad social con amplias repercusiones que afectan a los ciudadanos en esferas de su vida que trascienden el dominio económico.

Es de anotar que actualmente, debido al cambio normativo operado mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, la LGP sólo regula la veracidad de las comunicaciones comerciales mediante la remisión que opera el artículo 3.e) a la LCD con respecto a la

---

<sup>147</sup> Preámbulo de la Ley 29/2009

<sup>148</sup> Para DESCALZO, “la competencia leal es quien ejerce la *vis* atractiva sobre el fenómeno publicitario. Ello lleva de la mano a la conclusión de su inserción en el completo entramado del régimen jurídico de la actividad económica y, por tanto, significa acudir de forma principal al artículo 38 de la norma fundamental como criterio último de referencia” (DESCALZO, Ob. cit., pp. 81 y 82).

<sup>149</sup> Tal y como se establece en el Preámbulo de la Ley 29/2009: “Las normas que imponen la protección de la libre competencia o prohíben la competencia desleal protegen a los consumidores de la misma manera que protegen el funcionamiento del mercado y los intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo. Es por ello que esta ley articula la protección de los consumidores teniendo en cuenta las exigencias del propio mercado y los legítimos intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo”.

ilicitud de la publicidad engañosa, desleal y agresiva. No obstante, es importante recordar que la consagración del principio de autenticidad en el artículo 9 de la LGP, según el cual “[l]os anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”, comporta una garantía de veracidad en la medida en que obliga a identificar la información publicitaria como tal. De forma análoga, la LGDCU establece en el artículo 96.1 que “[e]n todas las comunicaciones comerciales deberá constar inequívocamente su carácter comercial”, y el artículo 26 de la LCD establece que:

Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario.

Ahora bien, con respecto a la veracidad, no ya en conexión con la naturaleza de la comunicación sino del contenido de la información comunicada mediante la publicidad, es menester recordar que el artículo 8.d) de la LGDCU establece como derecho básico de los consumidores y usuarios “[l]a información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”. Adicionalmente, y en el contexto de las relaciones verticales de mercado, es importante recalcar que gran parte de las prácticas comerciales desleales con los consumidores reguladas en la LCD concretan la obligación de comunicar información veraz a través de la publicidad que resulte del ejercicio del derecho a anunciar; o lo que es lo mismo, prohíben asociar a los productos-marca contenidos informativos engañosos, por acción u omisión<sup>150</sup>, o aquellos que puedan generar confusión<sup>151</sup>.

---

<sup>150</sup> A este respecto conviene recordar que los artículos 5 y 7 de la LCD, los cuales, al tenor de lo establecido en el artículo 19.1 de la misma Ley constituyen prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, establecen respectivamente:

“**Artículo 5.:** 1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio. b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio. c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones. d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta. e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio. f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal modificación. g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido. h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr. 2. Cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser

### 1.3. El creciente abandono de la publicidad cognitiva.

La importancia de la función informativa de la publicidad, entendida prioritariamente desde la teoría de la elección racional, debe ser tenida en cuenta de forma crítica, ya que las decisiones de consumo no dependen exclusivamente de encontrar el punto en el que se maximizan los beneficios materiales de los consumidores al cruzar sus preferencias, sus limitaciones presupuestarias, y las ofertas de mercado con las que se satisfarían. Vale la pena recordar que ya desde la década de 1970, mientras la Escuela de Chicago defendía con ahínco la teoría de la elección racional de los consumidores<sup>152</sup>, se publicaban diversas investigaciones que ponían en tela de juicio la importancia de los contenidos informativos de la publicidad a efectos de determinar las decisiones de consumo. De acuerdo con los resultados de estas investigaciones, y de otras más recientes que los confirman, la gran mayoría de anuncios publicitarios contiene muy poca información sobre precios, características y lugares de distribución de los productos que promocionan.<sup>153</sup>

---

verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios. [...]

**Artículo 7:** 1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto. 2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. Cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios”.

Adicionalmente, el **artículo 21** de la LCD establece que: “1. Se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto: a) Que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta. b) Que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación. c) Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización. 2. La exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización, es igualmente, en todo caso, una práctica comercial desleal por engañosa”.

<sup>151</sup> Tal y como establece el artículo 20 de la LCD: “En las relaciones con consumidores y usuarios, se reputan desleales aquéllas prácticas comerciales, incluida la publicidad comparativa, que, en su contexto fáctico y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, creen confusión, incluido el riesgo de asociación, con cualesquiera bienes o servicios, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor, siempre que sean susceptibles de afectar al comportamiento económico de los consumidores y usuarios”. Adicionalmente, el artículo 25 de la LCD establece: “Se reputa desleal por engañoso promocionar un bien o servicio similar al comercializado por un determinado empresario o profesional para inducir de manera deliberada al consumidor o usuario a creer que el bien o servicio procede de este empresario o profesional, no siendo cierto”.

<sup>152</sup> Ver, entre otros: POSNER, R. A., “Regulation of Advertising by the FTC”, Washington: American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1973.

<sup>153</sup> Ver, entre otros: LÓPEZ VÁSQUEZ, B., “Publicidad Emocional: Estrategias Creativas”, Madrid: ESIC, 2007; CERUELO, C. & GUTIÉRREZ, A. M., “Eficacia de la publicidad emocional: Un estudio comparativo entre la ejecución de tipo emocional e informativa”, en Documentos de Trabajo “Nuevas Tendencias en Dirección de Empresas” DT 09/03, Valladolid: Universidad de Valladolid, 2003; RESNIK, A & STERN, B. L., “An Analysis of Information Content in Television Advertising”, *Journal of Marketing* 50, 1977; MARQUEZ, F. T., “Advertising Content: Persuasion, Information or Intimidation”, 54 *Journalism Quarterly* 482, 1977; RESNIK, A & STERN, B. L., “Information Content in Television Advertising: A Replication and Extension”, 31 *Journal of Advertising Research* 40, 1991.

Son varias las razones que explican esta tendencia, cada vez más acusada, a limitar los contenidos informativos en la publicidad. Por ejemplo, en un estudio realizado a finales de la década de 1990 se demostró que el potencial persuasivo de los anuncios depende en gran medida de la facilidad con la que se pueda entender el anuncio. Es decir, los mensajes complejos, que contienen mucha información, resultan menos persuasivos que aquellos que usan un lenguaje y unas metáforas que puedan ser entendidas por “mentes de la edad de piedra”<sup>154</sup>. En este mismo sentido, se ha demostrado que los consumidores están más dispuestos a escoger una determinada marca, y a pagar más por ella, si ésta resulta más fácil de evaluar—es decir, si exige un menor procesamiento de información—que las marcas de los competidores.<sup>155</sup> En este orden de ideas, se entiende que frente a un determinado conjunto de posibilidades, cuanto mayor sea la información por marca de la que se dispone, menores son las adquisiciones que se realizan, y mayor es el tiempo que se destina a realizar una determinada adquisición.<sup>156</sup> Finalmente, vale la pena recordar que se ha demostrado que son precisamente los consumidores con una escasa capacidad adquisitiva—aquellos a quienes más les debería importar la información referente a precios y características para poder elegir racionalmente y así maximizar su utilidad—quienes prestan menos atención a los contenidos informativos de la publicidad.<sup>157</sup>

## 2. La persuasividad de la publicidad

Tras haber comentado algunos de los aspectos más sobresalientes de la dimensión informativa de la publicidad, y su importancia económica, y en vista de la cada vez menor presencia de este tipo de contenidos en las comunicaciones comerciales, interesa ahora estudiar la forma en que opera la publicidad como instrumento persuasivo. Es fundamental entender cómo es que opera en la realidad la publicidad, ya que de otra forma resultaría imposible comprender en qué consiste y cuáles son las consecuencias del ejercicio del derecho a anunciar. Sólo al desvelar esta dimensión de la publicidad, de su naturaleza, se podrá valorar correctamente el anclaje constitucional del derecho a anunciar, y los derechos constitucionales y legítimos intereses de las personas, que como destinatarios de la publicidad se pueden llegar a ver afectados y limitados mediante ciertas formas de comunicación comercial. A lo largo del presente apartado se introducirán dos conceptos fundamentales, a saber, las apelaciones publicitarias y las probabilidades de procesamiento de la persuasión, que enriquecerán el análisis propuesto hasta ahora y permitirán analizar la importancia de las limitaciones legales contenidas en la LGP que buscan tutelar intereses y derechos de las personas diferentes a los de contenido económico amparados en la LCD.

---

<sup>154</sup> CARY, M. S., “Ad Strategy and the Stone Age Brain”, 40 *Journal of Advertising Research* 103, 2000.

<sup>155</sup> GARABINO, E. C. & EDELL, J. A., “Cognitive Effort, Affect, and Choice”, 24 *Journal of Consumer Research* 147, 1997.

<sup>156</sup> LURIE, N. H., “Decision Making in Information-Rich Enviroments: The Role of Information Structure”, 30 *Journal of Consumer Research* 473, 2004.

<sup>157</sup> COBB, C. J. & HOYER, W. D., “Direct Observation of Search Behavior”, 2 *Psychology and Marketing* 161, 1985.

## 2.1. Las apelaciones publicitarias.

Para entender la forma en que se articula la doble faz informativa y persuasiva de la publicidad conviene recalcar, en primer lugar, que esta distinción resulta artificiosa, pues la publicidad es en esencia persuasiva<sup>158</sup>, indistintamente de que en un determinado mensaje primen los contenidos informativo-rationales o cognitivos, o afectivo-simbólicos<sup>159</sup>. Por ello, más que hablar de una doble función, o una doble faz de la publicidad, resulta más acertado reconocer que la función primordial de la publicidad—persuadir—se lleva a cabo mediante la utilización de lo que se conocen como “apelaciones publicitarias”. Las apelaciones publicitarias corresponden al “enfoque con que se atrae la atención de los consumidores o se influye en sus sentimientos relativos al producto, servicio o causa”<sup>160</sup>; es decir, al “contenido subyacente del anuncio”<sup>161</sup>.

Las apelaciones publicitarias se pueden clasificar en dos grupos: apelaciones informativas/rationales y apelaciones emocionales. Tanto las unas como las otras buscan persuadir al destinatario de la publicidad a consumir una determinada marca, no obstante, las apelaciones informativas/rationales “se concentran en la necesidad práctica, funcional o utilitaria que el consumidor tiene del producto o servicio, y resaltan sus características o sus beneficios como buenas razones para tener o usar una marca específica”<sup>162</sup>. Para WEILBACHER, las apelaciones publicitarias racionales hacen referencia a características, a ventajas competitivas, a precios favorables, a la novedad y a la popularidad del producto o servicio<sup>163</sup>. Este tipo de apelaciones se utilizan para transmitir información, más o menos verificable, pero en definitiva, información objetiva o de carácter denotativo. Con estas apelaciones se busca incitar el consumo de una determinada marca apelando primordialmente a la razón. Por ello, se puede concluir que la función informativa de la publicidad, que no deja de ser persuasiva, se concreta en el uso de este tipo de apelaciones publicitarias.

Hay autores como SPANG, para los que es claro que las tendencias publicitarias actuales se caracterizan menos por un afán de informar que por apelar a los sentimientos y aspiraciones personales y sociales de los potenciales compradores. Éste autor habla de la “emocionalización” de la publicidad: “recurrir a los instintos y al inconsciente se ha revelado un reclamo mucho más eficaz que apelar a la razón y al entendimiento”<sup>164</sup>. Esto último es precisamente lo que se pretende lograr mediante el uso de las apelaciones emocionales, aquellas que “se relacionan con las necesidades sociales o psíquicas del

---

<sup>158</sup> Es en este sentido que se debe entender el “promover de forma directa o indirecta” con el que el Art. 2 LGP describe la publicidad, en cuanto “toda forma de comunicación” que persiga dicho fin. Igualmente, “atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.” (DRAE), equivale a persuadir.

<sup>159</sup> Autores como QUALTER sostienen que “la distinción aparentemente crítica entre los elementos informativos y persuasivos de la publicidad resulta en definitiva artificial. Toda publicidad transmite información relevante para un potencial comprador [...] Más allá de la información técnica, el precio y la disponibilidad, también resulta útil aquella información sobre las referencias simbólicas de los productos, su imagen, o lo que los productos ‘dicen’ sobre sus usuarios” (QUALTER, T. H., “Advertising and Democracy in the Mass Age”, Hampshire: Palgrave Macmillan, 1991, p. 91).

<sup>160</sup> BELCH & BELCH, ob. cit., p. 288.

<sup>161</sup> Ver: WEILBACHER, W. M., “Advertising”, Nueva York: Macmillan, 1984, p. 197.

<sup>162</sup> BELCH & BELCH, ob. cit., p. 289

<sup>163</sup> WEILBACHER, ob. cit., pp. 198 y ss.

<sup>164</sup> SPANG, ob. cit., p. 30

consumidor respecto de un producto o servicio. Es muy frecuente que los motivos de las compras sean emocionales, y los sentimientos de los consumidores hacia una marca tal vez importen más que conocer sus características o atributos”<sup>165</sup>.

Las apelaciones publicitarias de tipo emocional, a través de las que se comunica el verdadero contenido apelativo de la publicidad, buscan influir en el receptor de la publicidad persuadiéndolo a través de la creación de un significado connotativo que se agrega al significado denotativo que se transmite mediante la mera comunicación del anuncio y, en su caso, mediante el uso de apelaciones publicitarias de tipo informativo. Mediante el uso de las apelaciones emocionales los anunciantes promueven la contratación de los bienes y servicios que ofertan, haciéndolos parecer como la mejor alternativa para satisfacer necesidades de tipo social o emocional, más o menos conscientes. En definitiva, la comunicación comercial transmite simultáneamente dos significados, o dos tipos de información complementaria: una acerca de la existencia en el mercado de una determinada oferta<sup>166</sup>, y que es lo que aquí se denomina como información o significado denotativo, y otra que busca persuadir al destinatario de la publicidad mediante argumentos o información emocional o afectiva, y que es lo que aquí se denomina información o significado connotativo, siempre buscando que en conjunto el mensaje permita valorar la oferta, diferenciándola<sup>167</sup> y oponiéndola, en el contexto de las ofertas de los competidores.

La importancia de la información afectiva, de las apelaciones emocionales, es tal que se habla del “valor emocional de la marca” (en adelante VEM). En el informe elaborado por la Universidad Ramón Llull intitulado “El capital emocional en la empresa española”, se dice que “la mejor manera para lograr una preferencia frente al resto de competidores es la creación de vínculos con alto valor emocional que son los de mayor solidez y sostenibilidad en el tiempo”<sup>168</sup>. Vale la pena destacar de este informe—en el que se contrastan y analizan entrevistas realizadas a los altos directivos de cerca de cien de las mayores empresas en España—los siguientes extremos:

i) Frente al 52% que opinaba en 2005 que su marca cumplía una necesidad, tan sólo el 38% opina lo mismo en 2007. En este mismo sentido, mientras que el 29% opinaba en 2005 que su marca cumplía un deseo, actualmente el 48% opina que este es el caso con respecto a su marca. Además, tal y como destaca el mismo Informe, es muy ilustrativo que “al 91% le gustaría que su marca representara un ‘deseo’ o un ‘sueño’ lo que indica que todavía hay camino por recorrer”<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> BELCH & BELCH, ob. cit., p. 290

<sup>166</sup> Información ésta que se transmite mediante la pura existencia del anuncio respectivo, y que puede incluir, aunque no es frecuente, tal y como se ha apuntado, información—argumentos o apelaciones racionales—respecto del precio, o de las características técnicas o de los lugares en los que se puede contratar.

<sup>167</sup> “Cuanta mayor similitud exista entre las marcas, tanto menor será el razonamiento en la elección de la marca. No existe ninguna diferencia significativa entre las diversas marcas de güisqui, cigarrillos o cerveza. Todas son casi idénticas. Y lo mismo ocurre con las mezclas para pasteles, los detergentes y las margarinas. El fabricante que dedica su publicidad a construir la personalidad más claramente definida de su marca obtiene la mayor participación de mercado, y la máxima utilidad” (OGILVY, D., “Confessions of an Advertising Man”, Londres: Southbank Publishing, 2004).

<sup>168</sup> AA.VV., “El capital emocional en la empresa española”, 2ed., LA SALLE Universidad Ramón Llull, Universidad Alfonso X el Sabio, YETI Marketing de experiencias, Marzo de 2008, p. 27.

<sup>169</sup> AA.VV., “El capital emocional en la empresa española”, ob. cit., p. 28.

ii) Más del 86% de los encuestados afirman que definen bien los rasgos o atributos emocionales de sus marcas, que monitorizan periódicamente la evolución de estos rasgos y que definen la estrategia de marketing de acuerdo a estos rasgos.<sup>170</sup>

iii) Los encuestados consideran que un alto VEM permite: aumentar la notoriedad de la marca (93%); mejorar la personalidad de la marca (91%); fidelizar y retener clientes (86%) captar nuevos clientes/consumidores (81%); mejorar la calidad percibida (79%); crear barreras de entrada a la competencia (75%); aplicar mejores precios sin perder cuota de mercado (64%); e incrementar la frecuencia de compra o rotación del producto (55%).<sup>171</sup>

iv) El estudio demuestra que los sectores de la alimentación y los laboratorios son entre los más destacados a la hora entender y buscar potenciar las ventajas competitivas de sus VEM. En cualquier caso, “la gran mayoría de los directivos de las empresas entrevistadas reconocen la importancia para sus compañías de la generación de Valor Emocional en sus Marcas”<sup>172</sup>.

## 2.2. El uso de indicios periféricos y el procesamiento de la información

Corriendo el riesgo de simplificar excesivamente, se puede afirmar que la elección prioritaria de una u otra apelación publicitaria en la elaboración de un anuncio corresponderá al nivel al que se supone que está involucrado y motivado el destinatario del mensaje con respecto al producto o servicio promocionado. El nivel, alto o bajo, al que se involucra un destinatario de publicidad con el producto o servicio anunciado dependerá principalmente de su relevancia o pertinencia para el sujeto, y de la percepción de riesgo—físico, psicológico o social—que asocia al consumo del respectivo bien o servicio, en función de sus valores, necesidades e intereses.<sup>173</sup> De otro lado, la motivación, como causa psicológica del comportamiento, puede diferenciarse en negativa—aquella que se origina para evitar o resolver un problema—y positiva—aquella que nace de la búsqueda de satisfacción personal o aprobación social.<sup>174</sup> En este orden de ideas, la motivación negativa del sujeto exige que el mensaje aborde los beneficios que el producto o servicio representa de cara a la satisfacción de la necesidad o a la resolución del problema, mientras que si la motivación es positiva el mensaje

---

<sup>170</sup> AA.VV., El capital emocional en la empresa española, p. 29.

<sup>171</sup> AA.VV., El capital emocional en la empresa española, p. 30.

<sup>172</sup> AA.VV., El capital emocional en la empresa española, p. 39.

<sup>173</sup> Es abundante la bibliografía sobre el tema, ver, por ejemplo: LÓPEZ VÁSQUEZ, B., “Publicidad Emocional: Estrategias Creativas”, Madrid: ESIC, 2007; CERUELO, C. & GUTIÉRREZ, A. M., “Eficacia de la publicidad emocional: Un estudio comparativo entre la ejecución de tipo emocional e informativa”, en Documentos de Trabajo “Nuevas Tendencias en Dirección de Empresas” DT 09/03, Valladolid: Universidad de Valladolid, 2003; GUTIÉRREZ ARRANZ, A. M., “Tipología de las estrategias publicitarias un estudio empírico”, Anales de estudios económicos y empresariales, N° 10, 1995, pp. 87-104; NELSON, P. E., “Information and Consumer Behavior”, 78(2) *Journal of Political Economy* 311, 1970; GREENWALD, A. G. & LEAVITT, C., “Audience Involvement in Advertising: Four Levels”, 11 *Journal of Consumer Research* 581, 1984; ZAICHKOWSKY, J. L., “Measuring the Involvement Construct in Marketing”, 12 *Journal of Consumer Research* 341, 1985; ZAICHKOWSKY, J. L., “Conceptualizing Involvement”, 15 *Journal of Advertising* 4, 1986.

<sup>174</sup> Ver: WARR, P., BARTER, J., & BROWNBURDE, G., “On the Independence of Positive and Negative Affect”, 44(8) *Journal of Personality and Social Psychology* 641, 1983.



podrá centrarse en las consecuencias afectivas o emocionales de los beneficios derivados del consumo del bien o servicio promocionado.<sup>175</sup>

El planteamiento que aquí se desarrolla se basa en el modelo de probabilidades de procesamiento (o *Elaboration Likelihood Model*) de PETTY & CACCIPO<sup>176</sup>, con el que se superaron algunas de las objeciones formuladas en contra de los modelos tradicionales de jerarquía o proceso de respuesta derivados del modelo AIDA—Atención-Interés-Deseo-Acción—desarrollado por STRONG<sup>177</sup> en 1925. En palabras de BELCH & BELCH, el modelo de PETTY & CACCIPO

[...] muestra que las probabilidades de procesamiento son proporcionales a dos elementos: la motivación y la capacidad para procesar el mensaje. La motivación para procesar el mensaje depende de factores como el involucramiento, pertenencia individual y necesidades y nivel de vigilia personales. La capacidad varía según los conocimientos, capacidad intelectual y oportunidad del individuo para procesar el mensaje<sup>178</sup>

En la medida en que se pueda prever la forma en que serán procesadas a nivel cognoscitivo las comunicaciones comerciales por un determinado público destinatario, podrá optarse por reforzar una de las dos rutas de procesamiento de estímulos, bien sea la central o la periférica, mediante el uso de los correspondientes indicios. Mediante la ruta central de procesamiento de la persuasión se produce en el destinatario de la publicidad una respuesta de orden cognoscitivo, que modifica la percepción o creencia y la actitud hacia la marca, llevando finalmente a un cambio en el comportamiento.<sup>179</sup> El procesamiento periférico, o de bajo nivel de involucramiento, incide inicialmente en el campo de la percepción, que a su vez determinará el comportamiento del consumidor, pero su actitud no se verá afectada sino hasta que el consumo mismo verifique su percepción.<sup>180</sup> Es de señalar que lo que determina el carácter periférico de un indicio depende de su relación con el objeto o servicio promocionado. Así, por ejemplo, la

---

<sup>175</sup> En el ámbito de las investigaciones sobre la motivación del consumo son especialmente importantes obras tales como: MARTINEAU, P., "Motivation in Advertising", Nueva York: McGraw Hill, 1957; DICHTER, E., "A Strategy of Desire", Nueva York: Doubleday, 1960; y DICHTER, E., "The Handbook of Consumer Motivations", Nueva York: McGraw Hill, 1964.

<sup>176</sup> PETTY, R. E., & CACCIPO, J. T., "Central and Peripheral Routes to Persuasion: Application to Advertising", en PERCY, L., & WOODSIDE, A. (eds.), "Advertising and Consumer Psychology", Massachusetts: Lexington Books, 1983; PETTY, R. E., & CACCIPO, J. T., "Communication and Persuasion: Central and Peripheral Routes to Attitude Change", Nueva York: Springer Verlag, 1986.

<sup>177</sup> STRONG, E. K., "The Psychology of Selling and Advertising", Nueva York: McGraw Hill, 1925, citado en HACKLEY, C., "Advertising and Promotion: Communicating Brands", Londres: Sage Publications, 2005, p. 28

<sup>178</sup> BELCH & BELCH, ob. cit., 174

<sup>179</sup> "Cuando ocurre el procesamiento central de un mensaje publicitario, el consumidor presta mucha atención al contenido del mensaje y analiza los argumentos del propio mensaje. Tiene lugar un nivel alto de actividad o procesamiento de respuestas cognoscitivas, y la capacidad del anuncio para persuadir al receptor depende sobre todo de la evaluación que el receptor mismo haga de la calidad de los argumentos presentados" (BELCH & BELCH, ob. cit., p. 174).

<sup>180</sup> "El consumidor puede valerse de varios tipos de indicios periféricos o atajos cognoscitivos [heurísticos] como sustituto de la evaluación minuciosa de los argumentos del mensaje presentados en la publicidad. Las actitudes favorables se formarían si el vocero del anuncio es considerado experto, atractivo o agradable, así como en caso de que al consumidor le agraden ciertos aspectos de ejecución del anuncio, como la forma de realizarlo, la música o sus aspectos imaginativos [...] Con estos indicios el consumidor puede formarse una actitud positiva hacia la marca aunque no procese la porción de mensaje del anuncio" (BELCH & BELCH, ob. cit., pp175, 176).

belleza de una modelo en un anuncio de helados será un indicio periférico, mientras que el atractivo de la modelo en un anuncio de cosméticos sería un indicio central.<sup>181</sup>

Siempre que el destinatario de la publicidad se involucre a un nivel bajo, indistintamente de que su motivación sea negativa o positiva, será más efectivo utilizar apelaciones emocionales, comunicadas principalmente mediante indicios periféricos. Cuando el destinatario de la publicidad está involucrado en un nivel alto con el producto ofertado, y su motivación es positiva, es decir, que nace de la búsqueda de satisfacción personal o aprobación social, resultarán más persuasivas las apelaciones emocionales, si bien en este caso la persuasión se procesará por el canal central. Únicamente cuando el destinatario de la publicidad está involucrado en un nivel alto con el producto, y su motivación es negativa, es decir, que se origina para evitar o resolver un problema, convendrá reforzar la información comunicada mediante la utilización de apelaciones racionales, que se procesarán también por el canal central.<sup>182</sup> No obstante, es de anotar que, incluso en casos de un nivel alto de involucramiento, indistintamente de la motivación, se ha demostrado que la cantidad de publicidad a la que está expuesta una persona hoy en día satura su capacidad de procesamiento, por lo que cada vez son más determinantes las apelaciones emocionales y los indicios periféricos para conseguir persuadir a los destinatarios de la publicidad.<sup>183</sup>

Diferentes estudios sostienen que la reacción afectiva que los destinatarios de la publicidad experimentan con respecto a un determinado anuncio, provocada en gran medida por las apelaciones emocionales y los indicios periféricos utilizados, conlleva una similar respuesta frente a su percepción de la marca publicitada<sup>184</sup>, y de otros

---

<sup>181</sup> Ver: PETTY, R. E., CACCIPOPO, J. T., SEDIKIDES, C., & STRATHMAN, A. J., "Affect and Persuasion: A Contemporary Perspective", 31 *American Behavioral Scientist* 355, 1988.

<sup>182</sup> Las relaciones que recojo aquí sobre los niveles de involucramiento y motivación de los consumidores con respecto a las diferentes estrategias comunicativas se basan en la matriz de ROSSITER & PERCY (ROSSITER, J. R., & PERCY, L., "Advertising Communication and Promotion Management", Nueva York: McGraw Hill, 1997), que supera el tradicional modelo FCB (VAUGHN, R., "How Advertising Works: A Planning Model", 20 *Journal of Advertising Research* 27, 1980; y VAUGHN, R., "How Advertising Works: A Planning Model Revisited", 26 *Journal of Advertising Research* 57, 1986) desarrollado inicialmente en la década de 1960, que se basaba en los modelos tradicionales de jerarquía o proceso de respuesta, y que no reflejaba los avances que recoge y contiene el actual modelo de probabilidades de respuesta (Ver: ROSSITER, J. R., PERCY, L., & DONOVAN, R. J., "A Better Advertising Planning Grid", 31 *Journal of Advertising* 5, 1991).

<sup>183</sup> Ver: ZHANG, Y., & BUDA, R., "Moderating Effects of Need for Cognition on Responses to Positively versus Negatively Framed Advertising Messages", 1 *Journal of Advertising* 11, 1999.

<sup>184</sup> Gracias a las investigaciones realizadas en el campo de la neurología, de la neuroanatomía y de la neurobiología, y en concreto a hallazgos tan importantes como los de DAMASIO, y la identificación de marcadores específicos que permiten estudiar el papel de las emociones y de los sentimientos en la conformación de la voluntad, y de la interrelación entre la razón, el cuerpo y la conciencia, se puede afirmar que las emociones forman parte de sistemas neuronales independientes, pero codeterminantes, a los que se asocian generalmente con los procesos cognitivos superiores. Concretamente, la amígdala, sede y centro de las emociones, es la parte del sistema límbico en la que se produce la concatenación con los procesos cognitivos superiores, cuya sede es otro centro del mismo sistema, la corteza (Cfr.: DAMASIO, A., "En busca de Spinoza: Neurobiología de la emoción y los sentimientos", Barcelona: Crítica, 2006; "El error de Descartes", Barcelona: Crítica, 2006; y, "La sensación de lo que ocurre", Barcelona: Debate, 2001). Existe, por ejemplo, un estudio que, utilizando imágenes de resonancia magnética funcional, demostró que cuando los sujetos del experimento escogían sus marcas preferidas se reducía la activación de áreas de la corteza, mientras que se aumentaba la activación de la amígdala (Ver: DEPPE, M., SCHEINDT, W., KUGEL, H., PLASSMAN, H., & KENNING, P., "Nonlinear Responses Within the Medial Prefrontal Cortex Reveal Where Specific Implicit Information Influences Economic Decision Making", 15 *Journal of Neuroimaging* 171, 2005). Otro estudio demostró, utilizando la misma tecnología de

productos similares, y que la reacción afectiva positiva hacia la marca es inversamente proporcional a la percepción de riesgo del producto<sup>185</sup>. Se llega a afirmar que “los sentimientos de los consumidores relativos al anuncio son tan importantes como sus actitudes hacia la marca (si no más) en la determinación de la efectividad del anuncio”<sup>186</sup>. En este sentido, tal y como sostienen ELLIOT & PERCY,

[...] uno de los roles sociales de la publicidad es educar a los consumidores con respecto a cómo sentirse acerca de los productos y servicios, y esto se ejemplifica en el actual transición hacia la ‘emocionalización’ de muchas categorías de productos. Por ejemplo, el café instantáneo y los helados de lujo ambos han sido reposicionados con éxito como productos con connotaciones romántico/sexuales. Esto sugiere que es posible ‘emocionalizar’ productos que tienen pocas conexiones racionales con emociones fuertes<sup>187</sup>

Hay que recalcar que son múltiples las formas en las que las emociones actúan en la formación de preferencias. Se ha sugerido, por ejemplo, que el consumo moderno es una especie de búsqueda activa de placer “a menudo llevada a cabo en un estado de ‘auto-engaño hedonista’, caracterizado por ensoñaciones en las que ‘sabemos que algo es falso, pero sentimos que es cierto’. En este estado de auto-engaño las creencias racionales se suspenden porque no son lo suficientemente fuertes para impedir que nos divirtamos”<sup>188</sup>. También se habla de una heurística centrada en sí mismo, según la cual, “los individuos pueden frecuentemente utilizar su propio estado emocional en el momento de juzgar una determinada información [...] En vez de computar un juicio con

---

diagnóstico por imágenes de resonancia magnética funcional, que cuando los sujetos, al comparar dos refrescos, no conocían las marcas de los productos que probaban tan sólo se afectaban las áreas del cerebro involucradas en el procesamiento de información sensorial, a saber, la corteza prefrontal ventromedial. Por el contrario, cuando se revelaba una de las marcas (‘Coca-Cola’), se afectaba el hipocampo y la corteza prefrontal dorsolateral, ambas áreas que se sabe están involucradas en la modificación del comportamiento con base en emociones y afectos. (Ver: MCCLURE, S. M., LI, J., TOMLIN, D., CYPERT, K. S., MONTAGUE, L. M., & MONTAGUE, P. R., “Neural Correlates of Behavioural Preferences for Culturally Familiar Drinks”, 44 *Neuron* 379, 2004).

<sup>185</sup> Ver: HAAN, ob. cit. p. 299. En este mismo orden de ideas, se ha demostrado que la percepción de riesgo de los consumidores aumenta frente a marcas desconocidas (ver: FEDORIKHIN, A., & COLE, C. A., “Mood Effects on Attitudes, Perceived Risk, and Choice: Moderators and Mediators”, 14 *Journal of Consumer Psychology* 2, 2004). Es de anotar que la percepción de riesgo frente a un determinado tipo de consumo depende de factores objetivos (el tipo de riesgo del que se trate, v. gr., monetario, funcional, físico, social o psicológico) y subjetivos (la cantidad de ‘capital de riesgo’ en juego para cada persona, v. gr., a mayor capital, menor vulnerabilidad frente a la percepción de riesgos monetarios; o, a mayor autoestima y seguridad en sí mismo, menor sensibilidad frente a la percepción de riesgo social). Así, por ejemplo, a mayor valor simbólico y visibilidad en el consumo, como por ejemplo ocurre con ciertas prendas de vestir, es posible que se genere una mayor percepción de riesgo social—vergüenza—por no acertar en la selección de prenda y/o marca en un adolescente que en un profesor universitario (Cfr. SOLOMON, ob. cit., pp. 271 y ss). En cualquier caso, es claro que “frente a decisiones de consumo en las que se percibe un nivel bajo de riesgo, la familiaridad con la marca (que es una división binaria, puesto que las cosas o son familiares o no lo son) será suficiente para consumir. Frente a niveles de percepción de riesgo más altos, se requiere credibilidad, que es una mezcla de percepciones emocionales y cognitivas, en gran medida basadas en la experiencia. En niveles superiores de percepción de riesgo se hace necesario que exista confianza para que el consumo se realice, y esto involucra juicios de tipo emocional más que cognitivo, y la suspensión del miedo a lo incierto. Con la repetición, a lo largo del tiempo, las percepciones se reducen y la confianza se torna en credibilidad” (ELLIOT & PERCY, ob. cit., p. 30).

<sup>186</sup> BELCH & BELCH, ob. cit. p. 174..

<sup>187</sup> ELLIOT & PERCY, ob. cit., p. 34

<sup>188</sup> ELLIOT & PERCY, ob. cit., p. 26.

base en una evaluación cognitiva, los individuos se basan en los sentimientos presentes para orientar su juicio”<sup>189</sup>. En definitiva, siguiendo a ELLIOT & PERCY:

[...] cuando el proceso de elección es guiado por la emoción, es no lineal en la medida en que las preferencias no-racionales se forman de manera holística, y más rápida que el procesamiento cognitivo, de hecho, casi instantáneamente [...] La formación de preferencias puede ser guiada por la obtención de significado simbólico para ser utilizado por el individuo en su proyecto de construcción de identidad, o puede ser un impulso negativo que emane del rechazo de otros gustos. Una vez formada la preferencia no racional esta tiende a impedir posteriores evaluaciones racionales en la medida en que las respuestas emocionales opacan cualquier evidencia objetiva y dominan el comportamiento del consumidor<sup>190</sup>

Dada la gran similitud entre los productos y servicios ofertados en el mercado, que se diferencian más por la imagen de sus respectivas marcas que por cualidades objetivas, se entiende que el uso de apelaciones informativas sea muy escaso. Tal y como observa QUALTER:

Cuando la imagen de marca es la única característica distintiva, los publicistas hacen uso de apelaciones irracionales, tramoyas para captar la atención o de logotipos y empaques fácilmente reconocibles. Cuanto más se parezcan, objetivamente, las marcas que compiten entre sí, más significativas deben hacerse parecer las diferencias insignificantes. Así, un mensaje emocionalmente persuasivo, repleto de significados ocultos e insinuaciones, puede no obstante resultar informativo. La información suministrada en publicidad exterior y televisiva, que debe generar una impresión positiva en un espacio y tiempo reducido, trata prioritariamente sobre sentimientos e imágenes más que sobre hechos<sup>191</sup>

Parece que resulta irrefutable la importancia, y el uso generalizado y extensivo, de las apelaciones emocionales en la publicidad como principal mecanismo persuasivo, independientemente del nivel de involucramiento y de motivación. Sobre todo, si se tiene en cuenta el impacto de la saturación de la capacidad de procesamiento en los casos de involucramiento alto y motivación negativa.

Si bien más adelante se trataran en detalle diversos supuestos de publicidad ilícita contenidos en la LGP, conviene desde ya traer a colación el artículo 3 de dicha Ley, según el cual:

Es ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14 , 18 y 20 , apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión 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

---

<sup>189</sup> ELLIOT & PERCY, ob. cit., p. 26

<sup>190</sup> ELLIOT & PERCY, ob. cit., p. 29

<sup>191</sup> QUALTER, ob. cit. p. 92.

a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

c) La publicidad subliminal.

d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

La LGP tipifica y regula cuatro supuestos de publicidad ilícita que, como se ha dicho, la LCD sanciona como supuestos de competencia desleal, a saber: 1. La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos constitucionales (Art. 3 a) LGP); 2. La publicidad dirigida a menores que explote su inexperiencia o credulidad (Art. 3 b) LGP); 3. La publicidad subliminal (Arts. 3 c) y 4 LGP); y 4. La comunicación comercial que infrinja lo dispuesto en la normativa que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios (Arts. 3 d) y 5 LGP).

Autores como TATO consideran que esta opción es fruto de excesiva timidez o poco atrevimiento por parte del Legislador español, dado que:

[...] no se alcanzan a comprender las razones por las que no se ha adoptado una medida mucho más drástica, consistente en derogar la Ley General de Publicidad (en aquellos aspectos que regula la publicidad ilícita) y convertir a la Ley de Competencia Desleal en el único texto legal que regule este sector en nuestro ordenamiento. De esta forma, el Derecho español de la competencia desleal no sólo alcanzaría mayores grados de racionalización; se aproximaría también a otros ordenamientos de nuestro entorno, que sólo cuentan con las respectivas leyes de competencia desleal.<sup>192</sup>

No obstante, a diferencia de lo que opina el citado autor, parece más acertado considerar que la opción legislativa es mejor toda vez que el ejercicio del derecho a anunciar puede llegar a afectar derechos e intereses legítimos de las personas, más allá de los legítimos intereses económicos que tienen como consumidores. Tal y como se recoge en el Preámbulo de la Ley 29/2009:

Es importante resaltar la opción adoptada de mantener la Ley General de Publicidad, más allá de una norma meramente contractual. La relevancia de la publicidad en el proceso de toma de decisiones de los ciudadanos es cada vez mayor y trasciende del

---

<sup>192</sup> TATO PLAZA, A., “Líneas generales de la reforma del derecho español contra la competencia desleal”, *Revista Autocontrol*, No. 149, febrero de 2010, p. 8. Cfr. también, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., & HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la ley de competencia desleal”, Madrid: La Ley, 2010.

mero ámbito consumerista o concurrencial, por lo que una norma con vocación generalista deviene imprescindible, respetando, en todo caso, los objetivos de armonización de las directivas europeas que esta ley incorpora a nuestro ordenamiento jurídico.

Por ello, cobra especial sentido la pervivencia del concepto de publicidad ilícita en el ámbito de la Ley General de Publicidad garantizando las acciones y remedios que posibilitan su represión, especialmente frente a la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los derechos y valores reconocidos en la Constitución, significativamente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

Se mantiene pues la LGP, no sólo como norma general reguladora de la contratación publicitaria (Título III de la LGP, Arts. 7 al 22), sino que se opta por reconocer que el ejercicio del derecho a anunciar puede llegar a vulnerar no sólo los legítimos intereses económicos de los consumidores, ahora íntegramente regulados en la LCD, por lo que resulta pertinente y necesario mantener una tipificación general de ilícitos publicitarios que proteja la dignidad de las personas.

Un supuesto de publicidad ilícita contemplado en la LGP que conviene traer a colación ahora para ilustrar el tema del uso de las apelaciones publicitarias es el contenido en el artículo 3.a) que se cita más arriba. Tal y como recuerda PINO ABAD, la inclusión de este supuesto de publicidad ilícita en la LGP ha sido muy controvertida por la doctrina<sup>193</sup> “por entender que se trata de una norma inútil, o carente de sentido en el contexto de la LGP, ya que, entiende este sector de la doctrina, la publicidad debería, también, respetar los derechos y valores reconocidos en la Constitución porque, la Constitución misma, es una norma jurídica que tiene un valor normativo directo”<sup>194</sup>. No obstante, parece más acertado defender la utilidad y oportunidad de la norma citada, entre otras razones, porque, coincidiendo con PINO ABAD, se tiene que:

[...] a pesar de que existen derechos reconocidos en nuestra Constitución cuya tutela está sólidamente basada en el propio texto constitucional según su art. 53.2, este art. 3.a) LGP no está carente de utilidad por existir diseminados por el texto constitucional, una serie de derechos de enorme actualidad y alcance que, sin embargo, al no hallarse su garantía prevista en el art. 53 de nuestra Constitución—o al hallarse prevista pero careciendo de la posibilidad de ser directamente alegados ante los órganos de la jurisdicción ordinaria (Derechos reconocidos en el Capítulo III del Título I)—pueden presentar serias dudas sobre su tutela frente a cualquier acto contrario a los mismos, en general, o frente a la actividad publicitaria, en particular<sup>195</sup>

En virtud de la modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG), el artículo 3.a) de la LGP limita el uso de la imagen de la mujer como indicio periférico: “utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar”<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> Ver, entre otros: SANTAELLA LÓPEZ, ob. cit., pp. 156 y 157, y, especialmente CUESTA RUTE, ob. cit., pp. 128-132

<sup>194</sup> PINO ABAD, [2005] ob. cit., pp. 51, 52

<sup>195</sup> Pino Abad, [2005] ob. cit., p. 52

<sup>196</sup> Anteriormente el artículo establecía: “Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer”. Vale la pena recordar, por lo impresionantes que resultan, algunas consideraciones de CUESTA al respecto del artículo aquí citado: “Grotesco es entonces el último

Así pues, se sirve un ejemplo en el que la regulación de indicios periféricos utilizados para la construcción de apelaciones emocionales salvaguarda no sólo los intereses de los consumidores, al restringirse la persuasión irracional, sino, sobre todo, se salvaguarda el interés general, al defenderse la dignidad de la persona impidiendo que la imagen del cuerpo femenino sea consumida a través de la publicidad como un mero objeto sexual. De igual forma, la limitación del uso de la imagen de la mujer “asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar [...] violencia” (Art. 3.a) LOMPIVG) restringe su uso como indicio central o periférico, promoviendo condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas.

Otro supuesto de publicidad ilícita que vale la pena reseñar en este momento, al hilo del estudio de las apelaciones publicitarias y las probabilidades de procesamiento de la persuasión, hace referencia a la prohibición de la publicidad subliminal<sup>197</sup>. Tal y como dispone el artículo 4 de la LGP: “A los efectos de esta Ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”. En opinión de CUESTA RUTE,

---

inciso del apartado a) del artículo 3 LGP. Grotesco en un doble sentido. En primer lugar, porque se ignora qué puede significar que un acto ilícito es ‘especialmente’ ilícito. En segundo término, porque no se entiende qué diferencia puede establecerse para hacer ‘especialmente’ reprobable el atentado a la dignidad de unas personas respecto del atentado, también reprobable, a la dignidad de otras personas. Tal parece que el legislador ignora—y es de temer que así suceda—lo que es la dignidad de la persona [...] Desde luego, carece de toda justificación incluir a la mujer en la enunciación de grupos merecedores de especial tutela. Si la mujer es menor, le alcanza la que se dispensa en atención a la minoría de edad; si es mayor, resulta injurioso para la mujer no considerarla como el varón. En ambos casos así debe ser considerada” (CUESTA RUTE, ob. cit., p. 129, ). Las opiniones de este autor, publicadas en el año 2002, dos años antes de la expedición de la LOMPIVG, resultarán seguramente más airadas en vista de las modificaciones introducidas. Opiniones estas que no puedo compartir. Si bien es cierto que existen instancias en las que la diferenciación legal entre hombres y mujeres puede resultar injuriosa, e incluso que determinadas medidas adoptadas siguiendo razonamientos de acción afirmativa o discriminación positiva no hacen más que reafirmar la discriminación y perpetuar una percepción de dignidad desigual, no por ello se puede desconocer que existen realidades presentes, y no ya históricas que se buscan compensar o recompensar, que exigen una atención ‘especial’ de los poderes públicos. Sin la menor duda, la utilización indiscriminada del cuerpo de la mujer y su grosera estereotipificación constituyen dos casos tales, que ameritan ser mencionados ‘especialmente’—lo cual no es óbice para que en virtud del enunciado titular o general del ilícito se persigan instancias en las que el cuerpo del hombre sea utilizado en tal manera, o se estereotipe de forma atentatoria contra su dignidad, pero la realidad es que éstos supuestos no son comparables en la realidad con aquellos. (Cfr. Los preocupantes y actuales ejemplos, y la importante jurisprudencia que se analiza, en sentido contrario a la opinión de CUESTA, en: LEMA DEVESA, C., “Los derechos de la mujeres en la publicidad”, publicado originalmente en “El reflejo de la diversidad a través de los medios de comunicación y de la publicidad”, Vitoria, 1997, y más recientemente en LEMA DEVESA, C., “Problemas jurídicos de la publicidad: Estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra”, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 329 ss.)

<sup>197</sup> Tal y como afirma LEMA DEVESA, citando a AREÁN LALÍN, “la esencial condición del hombre como ser libre y racional exige que no se determine su conducta mediante procedimientos que escapan al control de su razón’. Entre estos procedimientos se halla la publicidad subliminal, que actúa sobre el subconsciente del público destinatario, mediante estímulos imperceptibles, incitándole al consumo de determinados productos o servicios” (LEMA DEVESA, C., “La publicidad indirecta”, publicado originalmente en “XIX Actas de Derecho Industrial”, Madrid, 1999, y más recientemente en LEMA DEVESA, C., “Problemas jurídicos de la publicidad: Estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra”, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 415 ss).

[...] la condena de la publicidad subliminal como un supuesto de ilícito publicitario no era necesario realizarla por quedar incluida en la ilicitud de la publicidad atentatoria de la dignidad de la persona. La transmisión subliminal de mensajes supone rebajar a los destinatarios desde su dignidad de personas iguales al emisor a la consideración de cosas que pueden ser manipuladas a su antojo<sup>198</sup>

Indiscutiblemente, la publicidad subliminal representa un atentado contra la dignidad de las personas, como de hecho sucede con todos los supuestos de publicidad ilícita regulados por la LGP, pero no por ello se sigue que su explícita consagración como ilícito publicitario resulte superflua. La existencia de tecnología patentada para la realización de publicidad subliminal<sup>199</sup> demuestra que la concreción de este tipo de ilicitud responde a exigencias reales. Adicionalmente, la expresa consagración de la ilicitud de la publicidad subliminal no sólo sirve para concretar la protección de la dignidad de la persona, sino que sirve para determinar un extremo especialmente preocupante de la inobservancia del principio de autenticidad<sup>200</sup>, tal y como se consagra en el artículo 9 de la LGP: “Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”.

De acuerdo con la definición del artículo 4 de la LGP, y coincidiendo con la opinión de CUESTA RUTE en el sentido de que “no toda manipulación es subliminal. Lo es la específica manipulación consistente en transmitir el mensaje publicitario en forma tal que no pudiendo ser percibido por los sentidos del receptor lo sea por su subconsciente”<sup>201</sup>. Es decir, es subliminal la publicidad que es inauténtica hasta el punto

---

<sup>198</sup> CUESTA RUTE, ob. cit., p. 133.

<sup>199</sup> A lo largo de las últimas tres décadas se han patentado por lo menos 18 inventos ante la Oficina de Patentes de los Estados Unidos de Norteamérica, de entre los cuales, se pueden mencionar, por ejemplo, las siguientes: Patente No. 6,506,148, del 14 de enero de 2003, a nombre de Hendricus Loos, para la manipulación del sistema nervioso mediante el uso de campos electromagnéticos generados por las pantallas de ordenadores y televisores (esta es una de las al menos cinco invenciones que Hendricus Loos ha patentado para la manipulación transcranial del sistema nervioso a lo largo de los últimos diez años; ver también las Patentes Nos. 6,091,994, de 18 de julio de 2000; 6,081,744, de 27 de junio de 2000; 6,017,302, de 25 de enero de 2000; y 5,935,054, de 10 de agosto de 1999); Patente No. 5,644,363, de 1 de julio de 1997, a nombre de Talbert Mead, para un aparato utilizado para la superposición visual subliminal de instrucciones en señales de video (otra patente que utiliza estímulos visuales para alterar el comportamiento de las personas es la No. 4,717,343, de 5 de enero de 1988, a nombre de Alan B. Densky); y Patente No. 5,289,438, de 22 de febrero de 1994, a nombre de James Gall, para un método y un aparato para alterar la conciencia de las personas mediante el uso de diversos estímulos, preferiblemente sonoros (al igual que esta patente, existen muchas otras que utilizan los estímulos sonoros para alterar los estados conscientes de las personas, v. gr. Patente No. 5,330,414, de 19 de julio de 1994, a nombre de Mitsuo Yasushi, o la Patente No. 5,135,468, de 4 de agosto de 1992, a nombre de Juergen P. Meissner). (Información obtenida en <http://www.uspto.gov/>).

<sup>200</sup> “La prohibición de la publicidad subliminal supone llevar a sus últimas consecuencias el principio de autenticidad o de identificación publicitaria. El público destinatario tiene derecho a conocer de forma perceptible cuando está recibiendo mensajes publicitarios. Si anunciantes y medios tienen la obligación de identificar los mensajes publicitarios como tales comunicaciones publicitarias, resulta perfectamente coherente prohibir aquellas que se propaguen o difundan mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, de forma que actúen sobre los destinatarios sin ser conscientemente percibidas” (SANTAELLA LÓPEZ, ob. cit. p. 162).

<sup>201</sup> CUESTA RUTE, ob. cit. p. 132. La interpretación de este autor difiere, por ejemplo, de la de PINO ABAD, para quien la publicidad subliminal “se trata de aquella actividad publicitaria que se aprovecha del subconsciente humano, el cual es capaz de percibir sensaciones externas sin que la persona que las recibe se dé cuenta de ello, de forma que pueda llegar a tomar una decisión de manera inconsciente basándose



no ya de no ser percibida como tal, como publicidad, sino de no ser percibida conscientemente. No obstante, en virtud del artículo 3.a) de la LGP cabe esperar que se cuestione la licitud de la comunicación comercial que utilice indicios periférico y apelaciones emocionales de forma tal que, aun siendo consciente su destinatario de estar frente a publicidad, vea comprometida su libertad, constreñido por asociaciones valorativas subconscientes construidas sobre emociones y sentimientos, suscitados por un anuncio así construido, que comprometan, hasta el punto de limitarla, su capacidad de elección racional.<sup>202</sup> Un caso tal podría ser el de la publicidad dirigida a menores, que al tenor de lo establecido en el artículo 3.b) de la LGP se reputa ilícita en los siguientes términos:

La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

### 3. Recapitulación

La calificación que hace la LGP del anunciante, y la relación que establece entre este sujeto y la publicidad como objeto de regulación, permiten concluir que en España únicamente están regulados los usos de las herramientas publicitarias, de medios y promocionales que conforman el *promotional-mix* cuando se ponen al servicio de anunciantes, es decir de aquellos en interés y por cuenta de quienes se realiza la comunicación comercial, y sólo si esta guarda relación directa con el ámbito de la actividad, comercial, industrial, artesanal o profesional a la que se dedican. Es decir, en

---

en la percepción de esas sensaciones, sin ser consciente de que esa decisión ha sido tomada en virtud de las sensaciones que ha percibido sin darse cuenta” (PINO ABAD, [2005] ob. cit., p. 75). Toda vez que PINO ABAD se centra en la percepción subconsciente de sensaciones, y no de mensajes, su interpretación de la publicidad subliminal incluiría una gran cantidad de comunicaciones comerciales que utilizan indicios periféricos, tales como por ejemplo los ofertados por MUZAK (“*Audio Architecture is emotion by design. Our innovation and our inspiration, it is the integration of music, voice and sound to create experiences that link customers with companies. Its power lies in its subtlety. It bypasses the resistance of the mind and targets the receptiveness of the heart. When people are made to feel good in, say, a store, they feel good about that store. They like it. Remember it. Go back to it. Audio Architecture builds a bridge to loyalty. And loyalty is what keeps brands alive.*” (<http://music.muzak.com/>)), basándose en una distinción que la norma no establece, pues el objeto al que la ley alude que el destinatario no percibe conscientemente es la publicidad como tal y no las sensaciones producidas por el mensaje.

<sup>202</sup> A este respecto, tal y como afirma DAMASIO: “Los sentimiento conscientes son acontecimientos mentales significativos que llaman la atención hacia las emociones que los generaron, y hacia los objetos que desencadenaron dichas emociones. En individuos que poseen asimismo un yo autobiográfico (un sentido del pasado individual y del futuro anticipado que también se conoce como conciencia extendida), el estado del sentimiento hace que el cerebro procese de forma significativa objetos y situaciones relacionados con la emoción [...] Al tener lugar en un entorno autobiográfico, los sentimientos generan una preocupación por el individuo que los experimenta. El pasado, el presente y el futuro anticipado reciben las características significativas apropiadas y una mayor probabilidad de influir sobre el razonamiento y el proceso de toma de decisiones” (DAMASIO, A., “En busca de Spinoza: Neurobiología de la emoción y los sentimientos”, Barcelona: Crítica, 2006, p. 172. Ver también, del mismo autor: “El error de Descartes”, Barcelona: Crítica, 2006, y, “La sensación de lo que ocurre”, Barcelona: Debate, 2001).

España, a efectos legales, no cualquier tipo de publicidad es publicidad: sólo se puede considerar publicidad aquella realizada por un anunciante. Sin anunciante no hay derecho a anunciar, no hay publicidad como fenómeno regulado. Cualquier tipo de comunicación, así sea de índole comercial, que realice una persona, natural o jurídica, con el concurso de una o varias de las herramientas que conforman el *promotional-mix*, que no promueva la contratación de los bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones que ofrece en el mercado como resultado o en ejercicio de su propia actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, es completamente libre, en tanto y en cuanto no está regulada por la LGP, ni por la LCD, ni por la LGDCU, ni por el CP; es decir, no constituye publicidad a efectos legales, no es el resultado del derecho a anunciar.

Así pues, afirmar que la publicidad está regulada en España resulta ser una aseveración en extremo vaga. La LGP no regula “cualquier discurso realizado por un participante en el tráfico económico [o] cualquier opinión sobre una cuestión referida al mercado o a la economía”<sup>203</sup>, tal y como concluyen algunos autores; lo que se regula, principalmente mediante la LGP, es el derecho que tienen las personas para crear y difundir discursos, para anunciar o promover, mediante el uso del *promotional-mix*, la contratación de los bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones que ofrecen en el mercado como resultado o en ejercicio de su propia actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. La LGP no regula la publicidad, las comunicaciones comerciales, sin más, como tipo específico de información o expresión creada y comunicada con el concurso de herramientas promocionales, publicitarias y de medios, sino sólo y exclusivamente en cuanto resultado y manifestación del derecho a anunciar, que como se ha apuntado no es un derecho erga omnes.

La regulación de la publicidad, en tanto y en cuanto, exclusivamente, resultado del ejercicio del derecho a anunciar, refleja la naturaleza concurrencial del fenómeno que interesa al Derecho, y la necesidad de limitar su ejercicio para salvaguardar la lealtad en la competencia y los intereses de los destinatarios de la publicidad y de los consumidores. En este orden de ideas, al complementar los perfiles doctrinales de la publicidad con las matizaciones provenientes del marketing, se concluyó que la publicidad es comunicación persuasiva realizada por un anunciante que, en desarrollo de la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional a la que se dedica, ejerce su derecho a anunciar con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones identificados con signos distintivos que tiene derecho a utilizar. Por ello, se sostiene que en verdad la regulación de la publicidad sólo se puede entender en tanto en cuanto regulación del ejercicio del derecho que la origina.

Habiendo establecido la importancia de entender la publicidad como resultado del ejercicio del derecho a anunciar, en este Capítulo se estudió el ejercicio de este derecho en el contexto de las relaciones verticales de mercado. Se quiso hacer notar que la incidencia de la publicidad en conexión con la distribución asimétrica de la información en el mercado es generalmente negativa, toda vez que el tipo de información que introduce en el mercado, si bien debe ser siempre veraz, no sólo no sirve por lo general para facilitar la producción de resultados eficientes y equitativos, sino que en la mayoría de los casos produce una desinformación, basada en la “emocionalización” del consumo

---

<sup>203</sup> RUBÍ PUIG en Op. Cit. P. 32.

que aumenta la imperfección competitiva del mercado. Se subrayó que en la medida en la que la publicidad introduce más asimetría, o simplemente produce “información inútil” en términos de elección racional, sólo se puede sostener que contribuye a soslayar la eficiencia y la equidad en el mercado; tal y como se apuntó, la publicidad es a la vez causa y efecto de la imperfección de los mercados.

La creciente merma de contenidos informativos en la publicidad, los cuales se sacrifican en aras de potenciar la dimensión persuasiva de las comunicaciones comerciales y la consolidación de mecanismos heurísticos que promueven el consumo irreflexivo, y la cada vez mayor utilización de apelaciones emocionales e indicios periféricos que consolidan el VEM, justifican sobradamente que en la regulación del derecho a anunciar, como instancia que es de creación y difusión de significados connotativos meta-económicos, se limite como ilícito la falsedad o el engaño y el uso de determinadas apelaciones publicitarias e indicios periféricos mediante los que se busca asociar a las marcas significados que pueden llegar a vulnerar no ya sólo intereses económicos de los consumidores, sino también intereses y/o derechos extra-económicos de los destinatarios de la publicidad. Algunos de los casos más sobresalientes de este tipo de limitaciones, tal y como se vio, se refieren a la exigencia de veracidad en cuanto a la naturaleza y contenido de las comunicaciones comerciales, al uso de la imagen de la mujer como indicio periférico, a la publicidad subliminal, y a la publicidad que explota la credulidad o inexperiencia de los menores.

Sólo habiendo estudiado la relación real entre la publicidad y su función informativa en el mercado, y la creciente importancia del VEM, puede considerarse la relación entre el derecho a anunciar y el derecho a la libertad de información, tal y como se planteará en la Parte II de este estudio. Si no se tiene en cuenta la publicidad, tal y como funciona en la realidad, y sobre todo, como resultado del ejercicio del derecho a anunciar, cualquier intento por fundamentarla en el derecho a la libertad de información no sería más que ficción. Igualmente, al desconocer la creciente ausencia de contenidos informativos racionales en la publicidad, difícilmente se podrá estudiar la forma en que la publicidad afecta los intereses de los ciudadanos, en cuanto que destinatarios de la publicidad y/o consumidores.



### CAPÍTULO III. LA FUNCIÓN PUBLICITARIA DE LAS MARCAS Y LA CREACIÓN Y GESTIÓN DE CAPITAL SIMBÓLICO

Las páginas que siguen establecen un puente desde la perspectiva de la sociología económica entre el desarrollo precedente, en el que se destaca la importancia de la publicidad en la creación y comunicación del VEM, y el planteamiento que se defiende en el Capítulo VI, en el sentido de que la publicidad, y más concretamente el derecho a anunciar, es una manifestación directa del derecho de libertad de empresa. Son reflexiones en torno a la función publicitaria de las marcas, entendidas estas desde una perspectiva semiótica que hace eco de la dimensión comunicativa del mercado, y la naturaleza expresiva del consumo. He podido comprobar que tan sólo aquellos autores dedicados al estudio del Derecho de marcas se han percatado de la fundamental relación que existe entre la publicidad y las marcas, lo que les ha llevado a plantear la teoría de la función publicitaria de las marcas. No obstante, desde la perspectiva del Derecho de la publicidad y del Derecho de la información, nada se dice de esta fundamental función de las marcas. En este orden de ideas, partiendo de una distinción del concepto de marca que refleje los diferentes sentidos que esta voz puede invocar, y que en otros idiomas, como el inglés, se refleja más claramente al disponer de otras palabras como *brand*, que es bien diversa al *trademark*. Al entender las marcas como conjuntos de relaciones semióticas de referencia se podrá ahondar en el planteamiento de la función publicitaria de la marca tal y como se plantea desde el Derecho de marcas, para introducir el concepto de valor social de marca (VSM) como una función publicitaria de las marcas que se regula no ya desde el derecho de la propiedad industrial, sino desde el Derecho de la publicidad. Sentado esto, resultará fácil entender el derecho a anunciar como un mecanismo de gestión de capital simbólico, lo cual, refuerza de forma directa uno de los planteamientos centrales de la tesis, a saber, que el derecho a anunciar de los anunciantes es una manifestación de su derecho fundamental de libertad de empresa.

Como es bien sabido, el funcionamiento de los mercados no se enmarca dentro de condiciones de competencia perfecta; principalmente, y para los efectos que aquí interesan, porque los productos que ofrecen los competidores en el mercado, aun pudiendo ser similares, no son sustitutivos perfectos<sup>204</sup>. En el modelo de competencia perfecta—donde hay tantas empresas como para que las decisiones que una tome no afecten a las otras, y no hay diferenciación de productos—la elasticidad de la demanda es infinita, cualquier subida de precio efectuada por un oferente disminuye la demanda del producto de éste a cero. Por esto se dice que en el modelo de competencia perfecta las empresas son precio-aceptantes, o que carecen de poder de mercado. En la medida

---

<sup>204</sup> Esto significa que “las empresas de una industria en la que hay competencia imperfecta producen bienes que son sustitutivos imperfectos, es decir, bienes lo suficientemente parecidos como para poder utilizarlos para muchos de los mismos fines, pero lo suficientemente distintos como para que uno pueda ser algo mejor que otro, al menos para algunos fines o en opinión de algunas personas” (STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 452).

en que los productos se diferencian, la curva de demanda se torna menos elástica y adquiere una pendiente negativa<sup>205</sup>, por lo que la subida de precio de los productos o servicios de un oferente disminuirá la cantidad demandada, pero sin llegar a cero.<sup>206</sup>

Así pues, “en una industria perfectamente competitiva, en la que hay muchos productores que hacen bienes idénticos, a ninguno le compensa anunciar las virtudes de un bien”<sup>207</sup>. No obstante, en la realidad, los productos ofertados en el mercado no son, como se ha dicho, sustitutivos perfectos, y las empresas compiten, precisamente, mediante la diferenciación de sus productos: “Tanto en la concepción y diseño del producto como en los servicios añadidos de la oferta se deben buscar elementos y atributos comerciales que la hagan distinta de las demás”<sup>208</sup>. Es decir, el empresario debe gestionar el *product-mix* buscando maximizar la perceptibilidad de la diferencia de su oferta, para luego divulgar esa diferencia de forma integral mediante la promoción o *promotional-mix* y la función comunicativa inmanente en la política de precios y la estrategia de distribución.

De los cuatro elementos que componen el *product-mix* (los atributos comerciales—esto es, el diseño y los servicios añadidos como las garantías y los servicios postventa—el envase/embalaje, la marca y el precio) es necesario destacar aquí la importancia de la marca<sup>209</sup>. Ésta identifica al producto, identifica su diferencia, y la representa. Interesa pues, indagar en la relación entre las marcas y la publicidad, para así evidenciar cómo es que la publicidad comunica, y participa de forma protagónica en la creación de la diferencia, de la diferenciación, de un determinado producto, identificado por una marca específica. Tal y como sostiene KAPFERER:

Habiendo invertido para crear, innovar, y producir un producto, la empresa necesita a la publicidad para comunicar esa diferencia. La publicidad es una consecuencia de la marca [...] Si bien es verdad que la cantidad de gastos publicitarios de un sector constituye un freno a la entrada, la primera función de estos gastos publicitarios no debe ser olvidada: son la última fase de un proceso que comienza con la creación de una diferencia, de un valor añadido, seguido por la puesta en fabricación industrial y la asunción del riesgo financiero que implica<sup>210</sup>

---

<sup>205</sup> Tal y como afirma STIGLITZ, “si la mayoría de los consumidores consideran que las diferentes marcas son sustitutivos imperfectos, la curva de demanda a la que se enfrentaría cada empresa tendría pendiente negativa [...] lo que, como ya hemos visto, implica un alejamiento de la competencia perfecta” (STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 453).

<sup>206</sup> Vale la pena recordar que “los bienes para los que es fácil encontrar sustitutivos tienen una elevada elasticidad-precio [y] los bienes para los que no es fácil encontrar sustitutivos tienen una baja elasticidad-precio” (STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 134).

<sup>207</sup> STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 559.

<sup>208</sup> IZQUIERDO SAUGAR, I., “El Producto”, en AA.VV., “Factbook Marketing y Comercial”, Navarra: Aranzadi, 2002, p. 429.

<sup>209</sup> Según MADRID, “para que un producto exista en el mercado debe ser visto, debe tener una marca que lo haga visible a los ojos del consumidor [...] La marca, pues, elabora su forma bajo el imperio del código visual ya sea una palabra (tipografía de Marlboro), un dibujo (el murciélago de Bacardi), o ambos a la vez—los llamados metagrafos—(como la “e” de Retevisión) de tal modo que es imposible disociar el objeto consumible de su presentación visual pues, ¿puede alguien pensar en alguna marca sin evocar su significante visual?” (MADRID CÁNOVAS, S., “Semiótica del discurso publicitario: Del signo a la imagen”, Murcia: Universidad de Murcia, 2005, p. 126).

<sup>210</sup> KAPFERER, J-N., La cara oculta de las marcas, en KAPFERER, J-N., & THOENING, J-C., “La marca: Motor de la competitividad de las empresas y del crecimiento de la economía”, Madrid: Mc Graw Hill, 1991 [1989], p. 18-19

El objetivo de este Capítulo es poner de manifiesto que la publicidad no es sólo consecuencia de la marca, sino que simultáneamente hace parte de su origen; entre publicidad y marca más que existir una relación lineal de causa y efecto existe una relación cíclica de continua complementariedad y dependencia. La postura clásica descrita por KAPFERER debe matizarse, pues la marca, tal y como se argumentará más abajo, también se ha de considerar como consecuencia de la publicidad. A lo largo de las próximas páginas se sostendrá, entre otras cosas, que no se puede desconocer que la publicidad también construye la diferencia de la marca, su significado y su valor.

En este orden de ideas, resulta que la publicidad es, simultáneamente, causa y efecto de la competencia imperfecta<sup>211</sup>; la publicidad genera imperfección en el mercado al contribuir a la diferenciación de los productos, pero a la vez, dada la imperfección, se hace necesaria. Tal y como afirma STIGLITZ:

Apenas importa que las diferencias entre las marcas sean verdaderas diferencias o simplemente diferencias percibidas. Los copos de maíz de la marca desconocida y los de Kellogg's podrían ser idénticos, pero si los anuncios de Kellogg's han convencido a algunos consumidores de que existe una diferencia, no cambiarán aunque el precio de Kellogg's sea más alto<sup>212</sup>

En el modelo de competencia imperfecta, “el objetivo de la publicidad es desplazar la curva de demanda. Una empresa puede atraer clientes de las rivales o puede atraer clientes de otros productos haciendo más publicidad”<sup>213</sup>. Al hacer más publicidad, en ejercicio de su derecho a anunciar, los anunciantes consiguen una mayor difusión de mensajes, a través de los cuales dan a conocer su oferta, y simultáneamente dotan a los consumidores de razones y, sobre todo, de afectos para percibir y justificar diferencias entre las marcas con las que se identifican los productos o servicios ofertados. Se verá como, por todo esto, en la realidad no hay solución de continuidad entre producto o servicio, marca y publicidad.

## 1. Las marcas: de *trademarks* y *brands*

Las marcas, junto con los nombres comerciales, conforman, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1. de la Ley 17/2001, de 17 de diciembre, Ley de Marcas (en adelante LM), una categoría de propiedad industrial denominada “signos distintivos”. Según el artículo 4.1 de la LM: “Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los

---

<sup>211</sup> Ver STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 559

<sup>212</sup> STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 455.

<sup>213</sup> STIGLITZ [1993], ob. cit., p. 559. Al comparar las curvas de demanda a las que se enfrenta un productor cuando no se anuncia o se anuncia tanto éste como su competencia, con la curva de demanda correspondiente al supuesto de que sólo se anuncia el productor, la curva de demanda final es igual a la inicial; “el precio y el nivel de producción son idénticos; los beneficios son más bajos en la cuantía del gasto dedicado a la publicidad [...] Si las empresas pudieran cooperar y acordar no hacer publicidad, las dos disfrutarían de un bienestar mayor. Pero al no cooperar, a ambas les compensa anunciarse, independientemente de lo que haga la rival [...] En la práctica, cuando se anuncian [, por ejemplo,] todas las empresas de cigarrillos los anuncios no sólo se anuncian mutuamente; algunas personas que no fumarían se dejan convencer y fuman y otras son inducidas a fumar más de lo que fumarían. Pero el desplazamiento de la curva de demanda a la que se enfrenta una empresa cuando todas se anuncian sigue siendo mucho menor que cuando sólo se anuncia una” (STIGLITZ [1993], ob. cit., pp. 560, 561)

de otras”. De entre las múltiples clasificaciones que es posible establecer a partir de la lectura de la LM, se debe distinguir entre marcas registradas—aquellas cuya solicitud de registro culmina en la concesión del mismo por parte de la Oficina Española de Patentes y Marcas (en adelante OEPM) según lo dispuesto en la LM—y aquellas otras marcas no registradas. Una de las consecuencias de esta diferenciación es que permite, en términos contables, caracterizar a los nombres comerciales y a las marcas registradas, su propiedad y los demás derechos que sobre estas adquiere el titular con su registro, como un tipo específico de capital, a saber, como un activo intangible, “identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física” (NIC 38, 1998, 2004)<sup>214</sup>.

Desde la perspectiva jurídica, la doctrina caracteriza la marca como un bien inmaterial:

[...] esto es, un bien que no tiene una existencia sensible, sino que, por el contrario, necesita materializarse en cosas tangibles (*corpus mechanicum*) para ser percibido por los sentidos, siendo, además, susceptible de ser reproducido ilimitadamente y de modo simultáneo en diversos lugares [...] Si se quiere dotar a la marca de perfiles definidos dentro de la familia de los bienes inmateriales, cabría afirmar que la marca es un signo. Y, efectivamente, a primera vista la marca se nos aparece como un signo denominativo, gráfico o mixto. El signo es una realidad intangible; para que los demás perciban el signo, es preciso que éste adquiera forma sensible: que se materialice en un envase o en el propio producto; o bien en las correspondientes expresiones publicitarias<sup>215</sup>

Se ve claramente cómo el Derecho comprende y aborda la marca en cuanto signo, en cuanto *corpus mysticum*, intangible, que se materializa en el tráfico económico mediante su particular relación con productos y servicios determinados, o su correspondiente publicidad. Es importante subrayar que la función identificadora y diferenciadora de la marca se materializa, no sólo mediante su asociación con los productos y servicios para los que se usa y/o registra, sino que verdaderamente la asociación del respectivo signo con la respectiva publicidad materializa plenamente la marca. A este respecto, resulta especialmente ilustrativo el hecho de que “hay que admitir que la inserción de la marca en la publicidad constituye, en principio, un acto suficiente para que el titular de la marca cumpla su deber de uso”<sup>216</sup>.

Por ello, y en principio, “la marca no es solamente un signo, sino esencialmente un signo que se relaciona con productos o servicios determinados dentro del mercado para identificarlos y distinguirlos. Por tanto el derecho exclusivo sobre la marca, no se refiere al signo en abstracto, sino a la relación entre el signo y los productos o servicios que identifica”<sup>217</sup>. Esta es pues, en esencia, y en principio, la relación, la manifestación

---

<sup>214</sup> Tal y como recuerda SALINAS, las marcas registradas, para efectos contables, son activos intangibles reconocibles de forma separada, toda vez que cumplen todos los requisitos establecidos en la respectiva norma técnica: “La Norma Internacional de Información Financiera número 3 (NIIF 3) establece que para que un activo intangible sea reconocido por separado del fondo de comercio, debe ser: 1. Identificable (esto es, que surja de un contrato o de otros derechos legales o bien que sea separable—i.e., si se puede vender por sí solo o con otros activos—). 2. Controlado por la empresa. 3. Una fuente de beneficios económicos futuros. 4. Su valor justo puede ser medido con fiabilidad” (SALINAS, ob. cit., p. 36).

<sup>215</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., “Tratado sobre Derecho de marcas”, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 27, 28

<sup>216</sup> PALAU RAMÍREZ, F., “La obligación de uso de la marca”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 113

<sup>217</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, C., “Introducción a las Marcas y otros Signos Distintivos en el Tráfico Económico”, Navarra: Aranzadi, 2002, p. 59). En este mismo sentido, afirma FERNÁNDEZ-NÓVOA, que “el señorío del titular de la marca recae sobre el signo relacionado con una determinada clase de productos o servicios. Y puede impedir tan sólo que el signo correspondiente se reproduzca en unión con



fenoménica de la marca que el Derecho de marcas reconoce y regula. Se insiste en que esto es así sólo en principio pues como se expondrá más adelante, el caso de las marcas notorias y renombradas constituye una excepción a la regla de la especialidad de tal calado que quizás sea más correcto entender que la vinculación fundamental de las marcas, más que con una clase de productos, se debe entender establecida con una determinada connotación de calidad, tal y como se argumenta más adelante.<sup>218</sup>

Para analizar cómo es que la publicidad utiliza y participa en la creación de las marcas, y más precisamente, de la imagen de las marcas, para persuadir de su consumo, es necesario enriquecer el concepto “marca” que se acaba de reseñar. En primer término, según el sentido ordinario de las palabras una marca, para los efectos que aquí interesan, es aquel “instrumento con que se marca o señala una cosa para diferenciarla de otras, o para denotar su calidad, peso o tamaño”. La definición del DRAE, si bien destaca la característica que se ha resaltado hasta el momento, a saber, la diferenciación, no obstante resulta vaga; no da cuenta de la rica variedad de matices con los que se utiliza esta voz en campos tan diversos como la sociología, la economía, el derecho o la mercadotecnia. A manera de ejemplo vale la pena dejar constancia de al menos tres definiciones diferentes de “marca” que recoge SALINAS:

1. Un nombre, un logo y otros elementos visuales asociados: Ésta es la definición de marca más específica, que se enfoca en los elementos verbales y visuales legalmente protegibles que son utilizados para diferenciar los productos y servicios de una compañía de los de otra [...]
2. Un conjunto más amplio de nombre, logo y otros elementos verbales y visuales y derechos de propiedad intelectual asociados: Bajo esta definición, el concepto de ‘marca’ se extiende para incluir un conjunto amplio de derechos de propiedad intelectual tales como nombres de dominio, derechos de diseño de producto, *trade dress*, *packaging*, y *copyright* sobre logotipos, descriptores, sonidos, fragancias, etc. [...] Esta visión más holística es coherente con la opinión de que la marca es una experiencia mucho más amplia y profunda que el logo y sus elementos visuales asociados. Esta es la definición de marca a que se refiere generalmente cuando se habla de valoración de marca en un contexto de marketing.
3. Una compañía holística o una marca organizacional [...] bajo esta definición, se incluirán todos los elementos visuales y verbales, y otros derechos de propiedad intelectual relacionados, conjuntamente con la cultura, el personal y los programas de una organización, que proporcionan una base para la diferenciación y la creación de valor para la organización<sup>219</sup>

Adicionalmente, tal y como se ha mencionado más arriba, recuerda esta misma autora que en inglés existen dos términos diferenciados que sirven para referirse a las primeras dos definiciones que se han citado. De un lado, al hablar de un nombre, un logo y otros

---

productos o servicios pertenecientes a esa clase. Quiere esto decir que el objeto del derecho sobre la marca es un signo puesto en relación con una clase de productos o servicios: regla de la especialidad de la marca” (FERNÁNDEZ-NÓVOA [2004], ob. cit, p. 28)

<sup>218</sup> Vale la pena recordar desde ya que el principio o la regla de especialidad hace alusión al hecho de que las marcas no otorgan a sus titulares derechos de monopolio sobre los signos de los que se trate, sino que se concede un derecho de uso exclusivo del signo pero únicamente en relación con los tipos de productos o servicios para las que se registra y usa la marca.

<sup>219</sup> SALINAS, G., “Valoración de marcas: Revisión de enfoques, metodologías y proveedores”, Barcelona: Ediciones Deusto, 2007, p. 37-38

elementos visuales asociados se utiliza la voz ‘*trademark*’, y cuando se quiere significar un conjunto más amplio de nombre, logo y otros elementos verbales y visuales y derechos de propiedad intelectual asociados se utiliza la voz ‘*brand*’. No obstante, tal y como puntualiza SALINAS, “en español se ha generado confusión por el uso de un único término para referirse a ambos conceptos”.<sup>220</sup>

En el marketing abundan las definiciones de “marca” o “*brand*”<sup>221</sup>, y si algo tienen en común es que todas describen significados que exceden la función instrumental material, es decir, su dimensión de “*trademark*” o “*brand name*”—que son los términos que se corresponden a la definición de marca tal y como la recoge el DRAE. En este sentido HACKLEY afirma: “una marca [*brand*] usualmente se describe en términos de cuatro dimensiones principales: es una *insignia* de origen que conlleva una *promesa* de calidad y desempeño que *reafirma* al consumidor y puede transformar su *experiencia*”<sup>222</sup>. Respecto a la dificultad de definir la marca, en cuanto que *brand*, especialmente desde una perspectiva jurídica, puede resultar ilustrativo citar las palabras del magistrado LEWINSON de la *High Court of Justice* del Reino Unido, tomadas de una sentencia en la que se decidió a favor del demandado en un caso de supuesta publicidad comparativa ilícita por violación de derecho de marca<sup>223</sup>:

Definir una marca [siempre que no se indique de otra forma, la palabra “marca” se utilizará como traducción de “*brand*”] no es fácil. Un abogado tendería a pensar en buen nombre [*goodwill*], signos distintivos [*trade marks*], etc. Pero una marca incluye muchos otros elementos; tales como la imagen y la reputación; los valores que el propietario de la marca intenta inculcar en el público consumidor. Una marca es aquello que un cliente elige comprar. Los consumidores toman numerosas decisiones acerca de las marcas de manera emocional o intuitiva y no de forma racional [...] La ley inglesa

---

<sup>220</sup> SALINAS, Ob. Cit. p. 38

<sup>221</sup> Por ejemplo, se ha dicho que “una marca, desde la perspectiva del comprador, puede definirse como una cesta específica de atributos que proporciona al comprador no sólo el servicio básico propio de la categoría del producto, sino también una serie de servicios suplementarios, necesarios o añadidos, que constituyen electos de diferenciación entre marcas, y que pueden influir en las preferencias de los compradores. El conjunto de estos servicios ofrecidos constituye una cesta o combinación de atributos” (LAMBIN, J.-J., “La marca y el comportamiento de elección del comprador”, en KAPFERER & THOENING, ob. cit. p. 72). Para GRANT, una marca es un “conglomerado de ideas culturales estratégicas”. Este autor sostiene que las marcas son un subconjunto construidas y comunicadas estratégicamente, con fines persuasivos, en forma conglomerada, “como moléculas de ideas, que cambian a lo largo del tiempo, en la medida en que se añaden nuevas ideas y otras antiguas desaparecen [...] La consistencia en el viejo modelo depende de relacionar todo con una afirmación de marca. Desde la perspectiva molecular lo que se necesita es coherencia, que deviene de la credibilidad de la concatenación entre ideas, la orientación estratégica global y también los valores de la empresa” (GRANT, J., “The Brand Innovation Manifesto: How to Build Brands, Redefine Markets and Defy Conventions”, Chichester: John Wiley & Sons, Ltd., 2006, p. 61)

<sup>222</sup> HACKLEY, ob. cit., p. 60.

<sup>223</sup> La decisión que aquí se cita, que resuelve el caso en torno al uso de marcas de terceros en publicidad comparativa, fue apelada por los demandantes ante la *Court of Appeals*, que planteó una petición de decisión prejudicial ante el TJCE para que determinara si en el ámbito de dicho tipo de publicidad el titular de una marca registrada objeto de comparación puede prohibir su uso cuando no da lugar a confusión. El TJCE estimó que “el titular de una marca registrada no está facultado para prohibir el uso en publicidad comparativa, por parte de un tercero, de un signo similar a esa marca para productos o servicios idénticos o similares a aquellos para los que dicha marca está registrada, cuando tal uso no dé lugar a riesgo de confusión por parte del público, y ello independientemente de que dicha publicidad comparativa cumpla o no todas las condiciones de licitud enunciadas en el artículo 3 bis de la Directiva 84/450” (TJCE – Sala Primera, *O2 (UK) Limited y otros contra Hutchison 3G UK Limited*, Sentencia de 12 junio de 2008, párrafos 69 y 73).

no protege las marcas en cuanto tales. Protegerá el buen nombre (por medio de la ley de explotación de la reputación ajena [*law of passing off*]); los signos distintivos [*trade marks*] (por medio de la ley de marcas [*law of trade mark infringement*]); el uso de determinadas palabras, sonidos e imágenes (por medio de la ley de propiedad intelectual [*law of copyright*]); la configuración y la forma de los bienes (por medio de la ley de derechos de diseño industrial no registrado [*law of unregistered design right*]), etc. Pero en la medida en que una marca es más que la suma de las partes que la ley inglesa protegerá, esta permanece indefensa frente a los gélidos embates de la competencia<sup>224</sup>

Llegados a este punto, conviene mencionar dos dimensiones de la marca especialmente importantes. En primer lugar, la imagen de marca, *brand image*, que tal y como reconoce LEWINSON, se crea mediante diversos mecanismos: “experiencia personal, boca-oreja [*word of mouth*], la forma en la que la marca se presenta en informes de los medios, el envase, la presentación en los puntos de venta, y, por supuesto, la publicidad”<sup>225</sup>. Se puede decir que la imagen de marca es el resultado de la CMI confirmada por el consumo; la imagen de marca, o actitud de marca (*brand attitude*), en última instancia “depende de las asociaciones que un consumidor guarda en su memoria con respecto a una marca”<sup>226</sup>. En segundo lugar, se habla del valor de marca, *brand equity*, que es un concepto eminentemente contable, se define, por ejemplo, como “el flujo de caja adicional percibido al asociar una marca con un determinado producto o servicio”<sup>227</sup>. Tal y como afirma SALINAS, “cuando hablamos de valor de marca nos referimos a valor económico financiero (monetario) y no a la valoración o apreciación subjetiva que un cliente o usuario puede realizar sobre una marca”<sup>228</sup>.

Resulta fundamental resaltar la relación que existe entre la imagen de marca y el valor de marca. Si bien desde una perspectiva económica basta con entender que “las marcas crean valor impactando tanto las curvas de oferta como de demanda”<sup>229</sup>, para estudiar jurídicamente la dimensión social, o socioeconómica de las marcas y de la publicidad, el análisis no se puede centrar en el resultado del consumo entendido como gasto, sino que debe contemplar el comportamiento del destinatario de la publicidad desde una perspectiva más amplia, que permita considerar derechos e intereses afectados, más allá de los meramente económicos. Debe tenerse en cuenta que el valor de marca depende directamente de la imagen de marca, que actúa como una especie de matriz, descrita por

---

<sup>224</sup> “Defining a brand is not easy. A lawyer would tend to think of goodwill, trademarks and so on. But a brand includes more elements; such as image and reputation; the values that a brand owner tries to inculcate in the buying public. A brand is what customers choose to buy. Many decisions about brands are made by customers emotionally or intuitively rather than rationally [...] English law does not ... protect brands as such. It will protect goodwill (via the law of passing off); trade marks (via the law of trade mark infringement); the use of particular words, sounds and images (via the law of copyright); shapes and configurations of articles (via the law of unregistered design right) and so on. But to the extent that a brand is greater than the sum of the parts that English law will protect, it is defenceless against the chill wind of competition”. Palabras del magistrado LEWINSON en la sentencia *O2 Holdings Ltd v Hutchinson ·G Ltd* [2006] EWHC 534 (Ch), párrafos 4-7.

<sup>225</sup> LEWINSON, ob. cit., párrafos 5-6.

<sup>226</sup> ELLIOT & PERCY, ob. cit., p. 87.

<sup>227</sup> ELLIOT & PERCY, ob. cit. p. 81.

<sup>228</sup> SALINAS, ob. cit., p. 47.

<sup>229</sup> SALINAS, ob. cit. p.47. Tal y como afirma esta autora, “por el lado de la demanda , permiten vender un producto a un precio superior dada una cantidad determinada de ventas [...] Por el lado de la oferta, las marcas reducen los costes operativos incrementando la lealtad de los distribuidores, mejorando los costes de adquisición y retención de personal, los costes financieros del capital, e incrementando las economías de escala a través de mayores volúmenes” (SALINAS, ob. cit. p.47, 48).

una serie de características objetivas y subjetivas, dentro de la cual se relacionan entre sí diversos aspectos que determinan en conjunto el valor de marca. Así pues, la imagen de marca refleja, subsume y sustenta la notoriedad de la marca, su carácter diferencial, la lealtad que suscita y una serie de asociaciones emocionales, que a su vez determinan el valor de la misma.<sup>230</sup>

El Derecho de marcas, en puridad, tan sólo trata de la regulación de la exclusividad que el registro confiere al titular para usar, e impedir que otros utilicen sin su consentimiento, un determinado signo en el mercado, con el fin de identificar y diferenciar sus productos o servicios de los de la competencia.<sup>231</sup> De hecho, al estudiar la LM se ve claramente que ésta es la lógica que informa toda la Ley; las prohibiciones de registro, tanto las absolutas (Art. 5 LM) como las relativas (Art. 6 LM). Igualmente, es ésta la lógica que informa todo el procedimiento de registro (Arts. 11 al 30 LM) y la configuración de los derechos conferidos por la marca, tanto en cuanto a la exclusividad del uso (Art. 34.1 LM) como con respecto a la facultad de prohibir a terceros su uso (Art. 34.2, 34.3 y 34.4 LM). En definitiva, aunque las marcas guardan una importante y estrecha relación con el Derecho de la competencia<sup>232</sup> y de la publicidad<sup>233</sup>, y verdaderamente cumplen funciones específicas muy importantes, más allá de la identificación y diferenciación de los productos y servicios en el mercado, no obstante, no se puede entender que el Derecho de marcas regule propiamente las funciones publicitarias, concurrenciales o de garantía que se vehiculan a través de este tipo de signos.

---

<sup>230</sup> Ver ELLIOT & PERCY, ob. cit., pp. 80-95. En cualquier caso, es claro que el VEM es un elemento que integra la imagen de marca, y, adicionalmente, será necesario considerarlo a la hora de cuantificar el valor económico de la marca. Pero, tal y como se verá, no obstante, el VEM no está protegido por el Derecho de marcas en todos los casos, por lo que en España sucede algo similar a lo descrito por LEWINSON en el caso del Reino Unido.

<sup>231</sup> Tal y como afirma BERCOVITZ, “la función identificadora y diferenciadora de los productos y servicios en el mercado es tan esencial a las marcas, que si tal función no está legalmente reconocida y protegida y protegida, no podrá decirse que existan las marcas como tales. Y lo mismo ocurre si el Derecho no atribuye al titular de la marca el poder de controlar la utilización de la misma dentro del mercado” (BERCOVITZ [2002], ob. cit., p. 64). Ver también: MARTÍN ARESTI, P. ob cit., p162 y ss.).

<sup>232</sup> En la medida en que “en un sistema de economía de mercado se hace necesario que los agentes económicos puedan identificar sus productos y servicios y, de este modo, diferenciarlos de los de la competencia” (LOBATO, M., “Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas”, 2ª ed., Navarra: Aranzadi, 2007, p.72), es indiscutible que “entre los perfiles propios del nuevo Derecho de marcas cabe señalar su estrecho parentesco con el Derecho de la competencia, tanto de la libre competencia como de la competencia desleal” (LOBATO, ob. cit., 76). Ahora bien, resulta claro que la interacción entre los respectivos ordenamientos no equivale a una confusión entre los mismos. Por ello, por ejemplo, el hecho de que sea “cada vez más frecuente la acumulación de acciones de infracción de marca y de competencia desleal” (LOBATO, ob. cit., 76) no desdice de la particularidad de cada una de las acciones, sino todo lo contrario, afirma su independencia y complementariedad. Así, por ejemplo las acciones por violación del derecho de marca, reguladas en los artículos 40 al 45 de la LM, buscan restaurar e indemnizar al titular de una marca en cuanto a su derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico jurídico; cosa esta bien diferente a que pueda el mismo titular de la marca buscar reparación por un acto de competencia desleal, como por ejemplo, la explotación ilícita de su reputación mediante el uso fraudulento de su marca, al tenor del artículo 12 de la LCD, o buscar reparación derivada de la publicidad comparativa ilícita, al hilo de lo dispuesto en el artículo 10 de la LCD.

<sup>233</sup> Así, por ejemplo, el hecho de que, en virtud del artículo 34.3.d) de la LM, pueda el titular de una marca registrada prohibir a un tercero utilizar el respectivo signo en documentos mercantiles y publicidad, no conlleva propiamente una regulación de la publicidad, si no, simplemente una extensión del derecho que confiere el registro, que de cualquier forma, no puede ejercitarse al margen de lo que las normas especiales (LGP y LCD) establezcan al respecto.

## 1.1. La teoría de las funciones de la marca

Cuando FERNÁNDEZ-NÓVOA enumera tres extremos en torno a los cuales se desencadenan en la mente del consumidor determinadas representaciones en conexión con una marca, está describiendo el sustrato psicológico de lo que la doctrina española tradicionalmente ha denominado como “teoría de las funciones de las marcas”. En opinión de dicho autor:

[...] una verdadera marca [...] desencadena ciertas representaciones en la mente del consumidor. Estas representaciones giran, básicamente, en torno a los extremos siguientes: el origen empresarial del producto vinculado con la marca; las características y nivel de calidad del producto dotado con la marca; y, en su caso el *goodwill* o buena fama del producto portador de la marca<sup>234</sup>

La teoría de las funciones de la marca empezó a desarrollarse por FERNÁNDEZ-NÓVOA<sup>235</sup>, y seguidamente otros autores, principalmente AREÁN LALÍN<sup>236</sup>, profundizaron sobre el tema y añadieron la función publicitaria a las funciones de indicación de origen de la procedencia empresarial de los productos o servicios, condensadora de prestigio e indicadora de calidad. Actualmente son varios los autores españoles que, en mayor o menor medida, tratan sobre la teoría de las funciones de la marca<sup>237</sup>.

### *a) La función indicadora de procedencia empresarial*

Un sector mayoritario de la doctrina española, encabezado por FERNÁNDEZ-NÓVOA, opina que “la función indicadora de la procedencia empresarial de los productos o servicios es, sin duda, la función primaria y fundamental de la marca: la que se apoya directamente en las reacciones de los consumidores y se basa de modo inmediato en la estructura del derecho de marca”<sup>238</sup>. Este autor opina también que “aunque el consumidor no conozca el nombre y el domicilio del titular de la marca, la marca garantiza a los consumidores que cuando adquieren productos identificados con una marca, obtendrán los productos que tienen idéntico origen empresarial que los productos de la misma marca anteriormente adquiridos”. No obstante, esta afirmación sencillamente no es cierta. Basta con recordar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 47.1 de la LM, “en el derecho español, la cesión de la marca es libre, esto es, se permite la cesión de la marca con independencia de la empresa”<sup>239</sup>. Así pues, tal y como afirma GALLI:

---

<sup>234</sup> Fernández-Nóvoa [2004], ob. cit., p. 29

<sup>235</sup> Ver: FERNÁNDEZ-NÓVOA, “Las funciones de la marca”, 5 ADI 1978, pp. 33 y ss.

<sup>236</sup> Ver: AREÁN LALÍN, “En torno a la función publicitaria de la marca”, 8 ADI 1982, pp. 57 y ss.

<sup>237</sup> Ver, entre otros: BERCOVITZ, ob. cit. pp. 61 y ss.; CASADO CERVIÑO, A., “Derecho de marcas y protección de los consumidores”, Madrid: Tecnos, 2000, pp. 27 y ss.; LOBATO, ob. cit., pp. 81 y ss.; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “La marca engañosa”, Madrid: Civitas, 2002, pp. 30 y ss.

<sup>238</sup> FERNÁNDEZ NÓVOA [2004], ob. cit., p. 70.

<sup>239</sup> LOBATO, ob. cit. p. 83. En opinión de este autor, “esta posibilidad, pese a todo, no parece suponer un menoscabo de la función de indicación de origen empresarial. En primer lugar, ésta es la regla que tradicionalmente se ha seguido en el Derecho de marcas español. En segundo lugar, desde un punto de vista económico y, además, por pura lógica, el principal interesado en no defraudar las expectativas del consumidor es el nuevo titular de la marca” (LOBATO, *Ibíd.*). Ahora bien, independientemente de la

[La presencia de la marca] informa únicamente de la existencia de una exclusiva sobre el signo mismo: exclusiva que, según el momento en que el producto ha sido realizado, puede hacer referencia a sujetos y a empresas del todo diversas [...] Este origen común temporal no pone a los consumidores en grado de contar ni siquiera sobre el hecho de que todos los productos que en un determinado momento se encuentran en circulación con una cierta marca tengan la misma procedencia empresarial, porque nada excluye que aquellos hayan sido realizados en tiempos diversos y bajo la responsabilidad de diversos empresarios<sup>240</sup>

Teniendo en cuenta estos datos, y toda vez que “la marca no garantiza hoy en día que los productos o servicios a que se aplica procedan de la misma empresa, sino solamente que esos productos o servicios han sido comercializados con autorización del titular de la marca, bien por la empresa de éste o bien por otras empresas distintas”<sup>241</sup>, parece más correcta la opinión minoritaria de la doctrina española, según la cual:

[...] la marca no cumple propiamente—o primordialmente—una función indicadora del origen, sino una función diferenciadora *stricto sensu*, de tal forma que, en cuanto signo distintivo, la marca permitiría no sólo un proceso de diferenciación *ad extra* de los productos que la portan respecto de aquellos otros no marcados o marcados con signo diverso, sino también un proceso de identificación *ad intra* de los mismos, al informar sobre la homogeneidad existente en los productos distinguidos con tal signo<sup>242</sup>

#### b) La función de garantía o de calidad

La designación original y caprichosa del signo mediante una marca registrable, identifica *ad intra* a todos los signos designados, valga la redundancia, con la misma marca registrable, en la medida en que todos comparten dicho significante, y también un mismo referente y significado, a saber, una determinada clase de productos connotados por una determinada buena fama o *goodwill* y una expectativa o promesa de calidad. Es decir, la identificación *ad intra* del signo describe la significación vertical que vincula como entidad al significante, al referente y al significado, y de esta manera cumple además una función semejante a la que la doctrina denomina “función de garantía o de calidad”<sup>243</sup>, esto es, que la marca “es un signo que proporciona al consumidor información acerca de una calidad relativamente constante del producto o servicio”<sup>244</sup>, y que deviene del prestigio que la marca condensa y crea, no tanto a favor de un origen empresarial determinado como a favor de sí misma<sup>245</sup>. Ahora bien, parece prudente

---

historia de esta regla, y del interés del nuevo propietario de la marca en no defraudar las expectativas del consumidor, lo cierto es que, por pura lógica, una cesión de marca impide, en el tiempo, garantizar “a los consumidores que cuando adquieren productos dotados con una marca, obtendrán los productos que tienen idéntico origen empresarial que los productos de la misma marca anteriormente adquiridos” (FERNÁNDEZ NÓVOA [2004], ob. cit., p. 70.)

<sup>240</sup> GALLI, C., “Il diritto transitorio dei marchi”, Milán, 1994, pp. 35 y 36, citado en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ [2002], ob. cit., p. 32.

<sup>241</sup> BERCOVITZ [2002], ob. cit., p. 61.

<sup>242</sup> Cito, por todos, a MARTÍNEZ GUTIÉRREZ [2002], ob. cit., pp. 32 y 33.

<sup>243</sup> Ver: BERCOVITZ [2002], ob. cit., pp. 61 y ss.; LOBATO, ob. cit., pp.86 y ss.; y FERNÁNDEZ NÓVOA [2004], ob. cit., pp. 73 y ss.

<sup>244</sup> FERNÁNDEZ NÓVOA [2004], ob. cit., p. 73

<sup>245</sup> “Históricamente la indicación de procedencia empresarial se configuraba como la función más importante de la marca y la que justificaba la existencia de la misma. En la actualidad, el consumidor no se interesa tanto por la fuente empresarial de la que procede el producto o el servicio, sino que confía y tiene la expectativa de que, sea cual sea el fabricante concreto, el titular de la empresa controla y

insistir en que, a diferencia de lo que sostiene el sector doctrinal mayoritario acerca de las funciones de la marca, la función de garantía o de calidad no es propiamente tal, ya que dicha calidad no es exigible en virtud de la LM<sup>246</sup>. En este sentido, BERCOVITZ señala:

La función de garantizar la homogeneidad de los productos o servicios no suele estar reconocida en las legislaciones, aunque puede tener en ellas algunas manifestaciones importantes. Tal ocurre cuando se exige que el licenciante de la marca tenga un control adecuado sobre la calidad de los productos o servicios comercializados con la marca por el licenciatario, o cuando se prohíbe la cesión de la marca si no se hace conjuntamente con la empresa o la parte de la empresa en la que se producen los productos o servicios a los que la marca se aplica. Mas, como ya se ha visto, estas normas no existen en nuestro ordenamiento positivo, que dispone expresamente que la marca puede transmitirse “con independencia de la transmisión de la totalidad o de una parte de la empresa”<sup>247</sup>

Por tal motivo es más correcto hablar, en términos del Derecho español, no de una garantía de calidad sino de una expectativa, o promesa, en sentido lato, de homogeneidad<sup>248</sup>.

### *c) La función condensadora de good will*

Por otra parte, conviene señalar que en opinión de algunos autores, “desde la perspectiva del titular, la función más importante de la marca es, sin duda alguna, la de

---

garantiza que ese producto o servicio se ajusta a los estándares de calidad que asocia con la marca” (LOBATO, ob. cit., p. 82).

<sup>246</sup> BERCOVITZ afirma, a propósito de la función de garantía, que esta “tiene apoyo legal en aquellos ordenamientos en que se impone al titular de la marca una responsabilidad por los daños ocasionados a los consumidores por los productos marcados. Se trata de la denominada responsabilidad del fabricante por los productos defectuosos establecida en nuestro país por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, de 19 julio 1984 (arts. 25 a 29) [actualmente refundida por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, arts. 128 al 149]. También cabe considerar como parte de esa garantía, la responsabilidad del titular de la marca por la publicidad engañosa que pueda hacer de los productos marcados aplicando al efecto la prohibición de publicidad engañosa establecida en la Ley General de Publicidad (arts. 3 y 4) y de la Competencia desleal (art. 7)” (BERCOVITZ [2002], ob. cit. p. 65).

<sup>247</sup> BERCOVITZ [2002], ob. cit. Pp. 64-65

<sup>248</sup> En este sentido, tal y como afirma BERCOVITZ, no “puede aceptarse la idea de que la marca favorece a los consumidores al ser indicadora de una determinada calidad de los productos o servicios distinguidos por ella. Más bien hay que considerar que los productos o servicios que se ofrecen en el mercado bajo una misma marca tienen iguales características, esto es, tienen una calidad homogénea y, en ocasiones, un precio similar u otras circunstancias relevantes para la elección que ha de realizar el posible adquirente. Conviene hablar, pues, de que la marca debe suponer una cierta homogeneidad de los productos o servicios a los que se aplica [...] Esta exigencia de homogeneidad no puede significar una garantía de una calidad determinada, que la marca no puede ofrecer, pero sí que debería implicar la exigencia de que el titular de la marca adopte las medidas necesarias para garantizar esa homogeneidad particularmente en los casos de transmisión o licencia sobre marcas. Lamentablemente, sin embargo, la LMa, siguiendo lo dispuesto por la Directiva comunitaria, no exige la adopción de tales medidas por el transmitente o licenciatario [...] Pero, en cualquier caso, parece claro que la función de asegurar la homogeneidad de los productos o servicios diferenciados por la marca viene impuesta básicamente por el propio mercado, pues lo normal es que los consumidores no se sientan atraídos por productos o servicios que, aunque diferenciados por la misma marca, puedan ser muy distintos de calidad, precio u otras circunstancias relevantes para aquéllos” (BERCOVITZ, ob. cit., p. 64, 65).

constituir un mecanismo en el que va condensándose progresivamente el eventual *good will* o buena fama de que gocen entre el público de los consumidores, los productos o servicios diferenciados por la marca<sup>249</sup>. Resulta curioso que los autores que propugnan la función indicadora de procedencia de la marca adscriban el buen nombre de la misma al producto designado y no al titular de la marca. Lo cierto es que hacerlo resulta ser una velada concesión frente a la mejor teoría de la procedencia empresarial anónima formulada por SCHECHTER, sobre la que se tratará en detalle en el siguiente apartado, tan criticada por quienes defienden la teoría de la función indicadora de procedencia empresarial<sup>250</sup>. En cualquier caso, tal y como se apuntaba más arriba, y sea cual sea la teoría adoptada para su estudio, resulta patente que la marca no sólo condensa el buen nombre del producto o servicio, sino que también contribuye a generarlo, al comunicar expectativa y servir de promesa de homogeneidad entre los productos marcados de la misma forma, diferenciándolos de los que están marcados de forma diversa.<sup>251</sup>

## 1.2. La marca como conjunto de relaciones semióticas de referencia.

La teoría de las funciones de la marca, si bien carece de contenido normativo<sup>252</sup>, sirve para explicar el funcionamiento de lo que FERNÁNDEZ-NÓVOA describe como la marca en sentido propio, o la “verdadera marca”, quizás para distinguirla de la marca entendida como mero signo distintivo, en cuanto signo regulado por el derecho; es decir, en cuanto signo susceptible de representación gráfica, y que aquí se ha venido denominando “marca registrable”. Este autor considera que “la marca en sentido propio es la unión entre el signo y producto en cuanto que tal unión es aprehendida por los consumidores<sup>253</sup>”. Ya que este autor, tal y como se ha mencionado antes, defiende la importancia de la función indicadora de origen empresarial de la marca entendida en términos clásicos, resulta claro que su descripción de la “verdadera marca” se corresponde al modelo de signo triádico tal y como es descrito por PEIRCE<sup>254</sup>.

---

<sup>249</sup> FERNÁNDEZ NÓVOA [2004], ob. cit., p. 76; en este mismo sentido ver: CASADO CERVIÑO, ob. cit., pp. 28-29

<sup>250</sup> Como por ejemplo FERNÁNDEZ-NÓVOA ([2004], ob. cit., p. 71)

<sup>251</sup> Tal y como señala SCHECHTER, “hoy en día la marca no es meramente el símbolo del buen nombre, sino que a menudo es el medio más efectivo para la creación del buen nombre, grabando en la mente del público una garantía anónima e impersonal de satisfacción, creando el deseo de más satisfacción. La marca de hecho vende los productos. Y, evidentemente, cuanto más distintiva la marca, más efectivo es su poder de venta” (SCHECHTER, “The Rational Basis of Trademark Protection”, 40 *Harvard Law Review* 813, 1926-1927, pp. 819). Más recientemente se ha sostenido que “a través de los medios masivos de comunicación, el producto se reemplaza cada vez más por el signo como sede del fetichismo; la atención del fetichismo de bienes cambia del producto al valor de signo que la imaginería corporativa y las estructuras de significado del marketing le imprimen a los productos” (COOMBE, R., “The Cultural Life of Intellectual Properties: Authorship, Appropriation, And the Law”, Durham: Duke University Press, 1998, p. 56).

<sup>252</sup> Ver LOBATO, ob. cit., p. 81.

<sup>253</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA [2004], ob. cit., p. 28. Presupongo que el autor al referirse al producto está haciendo alusión a la clase de productos con los que se vincula una marca y no a un objeto concreto. Es decir, si la marca es Marlboro el producto al que se refiere el autor no es el cigarrillo que me estoy fumando, sino la clase de productos a los que se vincula la marca registrable, es decir, el concepto “productos del tabaco”; así pues, el producto necesariamente es un concepto.

<sup>254</sup> Ver, entre otros: PEIRCE, C. S., “Peirce on Signs: Writings on Semiotic By Charles Sanders Peirce”, North Carolina: The University of North Carolina Press, 1991; o PEIRCE, C. S., “La Lógica Considerada Como Semiótica: El Índice Del Pensamiento Peirceano”, Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2007.



### a) La marca como signo triádico

Para PEIRCE el signo conlleva una triple conexión entre significante, significado y referente, donde la marca correspondería al significante, el origen empresarial y su *goodwill* al significado, y los productos o bienes y servicios a los que se asocian al referente. Es decir, según el modelo de signo triádico de PEIRCE, lo que percibe el consumidor de la marca asociada con una determinada clase de productos es su origen empresarial, y por ello, el respectivo nivel de calidad y buena fama o *goodwill* del producto. En cualquier caso, se ha de recalcar que “estrictamente hablando, el propietario de una marca no tiene derechos sobre el significante aisladamente. Sin duda, en sí mismo, aislado de su significado y de su referente, el significante de la marca no es una ‘marca’ que amerite ‘derechos de marca’”<sup>255</sup>. Así pues, se puede afirmar que la “verdadera marca” es un conjunto de relaciones semióticas de referencia.

Ahora bien, con el fin de profundizar en el estudio del concepto de marca como conjunto de relaciones semióticas de referencia resulta fundamental contrastar la teoría de las funciones de la marca, y concretamente la función de indicación de origen de la procedencia empresarial de los productos o servicios, con la tesis de la procedencia empresarial anónima de los productos<sup>256</sup>. SCHECHTER, haciendo eco de jurisprudencia norteamericana que comenzó a surgir a finales del Siglo XIX<sup>257</sup>, se convirtió en el principal defensor de la tesis de la procedencia empresarial anónima de los productos. Tal y como afirma este autor:

Los mismos tribunales que insisten en defender las marcas en términos de propiedad u origen empresarial han señalado repetidamente que los consumidores rara vez conocen la fuente u origen empresarial de los bienes identificados con una marca conocida, debido a las ramificaciones del comercio moderno y a la distribución nacional e internacional de bienes realizada por fabricantes a través de intermediarios o importadores y por minoristas hasta llegar a los consumidores<sup>258</sup>

Por esta razón, y descartada la idea de que las marcas informan a los consumidores sobre la verdadera fuente u origen empresarial de los bienes, SCHECHTER propone que una marca indica:

[...] no que el producto en cuestión tiene un determinado y particular origen, cuyas características o personas que lo componen son específicamente conocidas por el consumidor, sino simplemente que los bienes en conexión con los cuales se utiliza emanan de la misma—posiblemente anónima—fuente, o han llegado al consumidor a través de los mismos canales que ciertos otros bienes que ya han proporcionado satisfacción al consumidor, y que estaban identificados con la misma marca[...] superficialmente puede parecer que se está hilando demasiado fino al afirmar que si bien el consumidor no conoce el origen específico de un producto identificado con una determinada marca, no obstante sabe que dos productos que porten la misma marca tienen un único origen. No obstante, esta precisa distinción es vital a este respecto,

---

<sup>255</sup> BEEBE, B., “The Semiotic Analysis of Trademark Law”, 51 *UCLA Law Review* 621, 2003-2004, p. 651

<sup>256</sup> Vale la pena mencionar que la tesis de la procedencia empresarial anónima de los productos fue originalmente propuesta por SCHECHTER en su artículo, ya citado, “The Rational Basis of Trademark Protection” (40 *Harvard Law Review* 813, 1926-1927)

<sup>257</sup> SCHECHTER cita entre otras las siguientes sentencias: McLean v Fleming, 96 U.S. 245 (1877); y Rous v Winchester Co., 300 Fed. 706, 722-723 (C. C. A. 2d, 1924).

<sup>258</sup> SCHECHTER, Ob. Cit., p.814.

porque muestra claramente la naturaleza creativa, y no meramente simbólica, de la marca o nombre comercial moderno<sup>259</sup>

Siguiendo la línea marcada por SCHECHTER, se entiende que BEEBE afirme que “la emergencia de una economía [...] de la ‘pura producción de imagen y marketing’, ha producido enormes tensiones sobre el edificio triádico de la marca y sobre el derecho diseñado para preservarlo. En última instancia, ha provocado la fusión del significado y el referente, y la emergencia de la estructuración diádica de la marca”<sup>260</sup>. Por ello, coincidiendo con BEEBE, puede afirmarse que:

[...] las marcas han ‘comenzado a salir expelidas de su papel como identificadoras de origen, y en algunas instancias, se han convertido efectivamente en bienes en sí mismas’. En una situación tal, el referente, cuyo origen se informa al consumidor de forma ostensible mediante la marca, se reduce a cero. Su ausencia hace colapsar la estructuración triádica convencional de la marca al forzar la unión entre significado y referente. El buen nombre [*goodwill*] de la marca se materializa como bien y se vende como su propio producto<sup>261</sup>

#### b) La marca como signo diádico

Si a diferencia de FERNÁNDEZ-NÓVOA se acepta la mejor teoría de la procedencia empresarial anónima, y se reconoce así que la marca en sentido propio no funciona actualmente como un signo triádico al estilo de PEIRCE, se abre la posibilidad de estudiar y entender el conjunto de relaciones semióticas de referencia que se comunican a través de las marcas en términos de lo que SAUSSURE denomina el modelo de signo diádico<sup>262</sup>. En este sentido, la “verdadera marca” es una entidad bifronte inescindible conformada por un significante y un significado en la que el “signo susceptible de representación gráfica”, la marca registrable, es el significante, y el significado es una particularización abstracta, una idea, un concepto, de la clase de productos o servicios a la que está asociada, o a la que evoca, connotados en la percepción de cada consumidor de forma más o menos homogénea por unas características determinadas de calidad y *goodwill*. Al igual que sucede con el lenguaje, sólo es posible aislar la marca registrable, el significante perceptible, de la clase de productos que designa, el concepto significado, haciendo una abstracción que resulta, por un lado, en puro diseño gráfico, y por el otro, en pura nomenclatura.<sup>263</sup>

La marca, en sentido propio, sería pues el signo en términos saussureanos, que como tal es la entidad total que resulta de la asociación entre significante—“marca registrable”—y significado—una clase de productos o servicios connotados de forma subjetiva por una determinada calidad y *goodwill*. En palabras de SAUSSURE el signo es:

<sup>259</sup> SCHECHTER, ob. cit., pp. 816-817

<sup>260</sup> BEEBE, ob. cit., p. 656

<sup>261</sup> BEEBE, ob. cit., p. 657-658

<sup>262</sup> Ver SAUSSURE, F. DE, “Curso Lingüística General”, Buenos Aires: Losada, 2002 y “Escritos de Lingüística General”, Barcelona: Gedisa, 2004.

<sup>263</sup> Para SAUSSURE, la lengua es “comparable a una hoja de papel: el pensamiento es el anverso y el sonido el reverso: no se puede cortar uno sin cortar el otro; así tampoco en la lengua se podría aislar el sonido del pensamiento, ni el pensamiento del sonido; a tal separación sólo se llegaría por una abstracción y el resultado sería hacer psicología pura o fonología pura” (SAUSSURE [2002], ob. cit., p. 137).

[...] la combinación del concepto y de la imagen acústica: pero en el uso corriente este término designa generalmente la imagen acústica sola, por ejemplo una palabra (*árbol*, etc.). Se olvida que si llamamos signo a *árbol* no es más que gracias a que conlleva el concepto 'árbol', de tal manera que la idea de la parte sensorial implica la del conjunto. La ambigüedad desaparecería si designáramos las tres nociones aquí presentes por medio de nombres que se relacionen recíprocamente al mismo tiempo que se opongán. Y proponemos conservar la palabra *signo* para designar el conjunto, y reemplazar *concepto e imagen acústica* respectivamente con *significado y significante*; estos dos últimos términos tienen la ventaja de señalar la oposición que los separa, sea entre ellos dos, sea del total de que forman parte<sup>264</sup>

Se podría considerar que la marca registrable es para el consumo, o para la competencia, lo que la palabra es para el lenguaje. La marca registrable, que aun siendo inmaterial es visible, actúa como la palabra, que también inmaterial, mas audible, es significante. Las marcas registrables son las entidades sensorialmente perceptibles que articulan el discurso, el discurrir de la competencia y del consumo, las cuales, junto con sus correspondientes significados, conforman y materializan la marca propiamente dicha, el signo. Así pues, al igual que la lingüística—que trabaja “en el terreno limítrofe donde los elementos de dos órdenes [el sonido y el pensamiento] se combinan; [y] *esta combinación produce una forma, no una sustancia*”<sup>265</sup>—el derecho de marcas trata sobre las formas, y no sobre las sustancias, del consumo y la competencia. Desde esta perspectiva, en la competencia—que opera mediante la diferenciación, tal y como se comunica y construye con las marcas en las que se identifica y representa—al igual que en la lengua no hay más que diferencias<sup>266</sup>.

Ahora bien, se ha de subrayar que para el Derecho lo esencial del significado de la marca no es únicamente su dimensión objetiva, lo que denota, a saber, la clase de productos, sino también su dimensión subjetiva, lo que connota, a saber, la calidad y *goodwill*<sup>267</sup>. De lo contrario no se podría explicar que el artículo 8 de la LM, recogiendo una tendencia cada vez más acusada que comenzó a mediados de la década de 1920<sup>268</sup>, contemple la figura de las marcas notorias y renombradas, a las que se les brinda una protección que excede la clase de productos o servicios con respecto a la cual se usa en el mercado, o para la cual fueron registradas. Es decir, sólo si se entiende que el elemento más sobresaliente o valioso del significado de una marca es una determinada connotación de calidad y *goodwill* se puede explicar que las marcas notorias y renombradas se protejan, toda vez que dicha protección supone una excepción al principio de especialidad, según el cual:

La marca no es otorgada como un derecho de monopolio sobre la denominación o signo *in abstracto*, es decir, para *marcar* todo tipo de productos o servicios. La marca se concede como derecho de exclusiva sobre un signo en relación con un determinado

---

<sup>264</sup> SAUSSURE [2002], pp. 92, 93

<sup>265</sup> Saussure [2002], ob. cit., p. 132

<sup>266</sup> Saussure [2002], ob. cit., p. 139.

<sup>267</sup> Resulta muy ilustrativo a este respecto recordar que el artículo 12 de la LCD establece como práctica comercial desleal con los consumidores la explotación de la reputación ajena en los siguientes términos: “Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como «modelo», «sistema», «tipo», «clase» y similares”.

<sup>268</sup> Me remito al recuento histórico que plantea FERNÁNDEZ-NÓVOA ([2004], ob. cit., pp. 390-394).

producto o servicio, que es el que la marca distingue. De este modo, pueden coexistir legalmente en el tráfico económico o en el Registro signos idénticos pertenecientes a titulares distintos siempre que los productos o servicios que distingan no sean susceptibles de confusión. Esta regla no es de aplicación cuando se trata de una marca renombrada.<sup>269</sup>

Es de anotar que el principio de especialidad se recogía expresamente en el artículo 1 de la derogada Ley 32/1988, al definir las marcas en los siguientes términos: “se entiende por marca todo signo o medio que distingue o sirva para distinguir en el mercado productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona”. Dicha consagración explícita desapareció en la LM, cuyo artículo 4 ya no habla de “productos o servicios idénticos”, sino que simplemente define las marcas como “todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras”.

De forma coincidente con lo que sucede en la LM, ni la legislación comunitaria<sup>270</sup>, ni el Acuerdo sobre los ADPIC recogen explícitamente el principio de especialidad. Esta tendencia generalizada a no explicitar dicho principio, más allá de poderse interpretar en el sentido de que “se trata de un elemento sobrentendido en la definición de marca”<sup>271</sup>, evidencia la creciente relevancia, la fuerza expansiva, de las marcas notorias y renombradas, y simultáneamente facilita y potencia su protección. En este sentido, autores como FERNÁNDEZ-NÓVOA opinan que:

La protección de la marca renombrada frente a su utilización respecto de productos o servicios no similares constituye hoy una pieza indispensable del sistema de marcas. No hay que olvidar, sin embargo, que en una etapa anterior la protección reforzada de la marca famosa o renombrada era una figura excepcional que fue abriéndose paso trabajosamente merced a los esfuerzos de la doctrina y—sobre todo—de la jurisprudencia. Es muy ilustrativo a este efecto el progresivo reconocimiento de la figura de la marca renombrada por parte de la jurisprudencia alemana [desde mediados de la década de 1920]. La labor creadora desarrollada en este punto por los Tribunales alemanes es verosíblemente lo que ha hecho posible que la protección de la marca renombrada más allá de la regla de la especialidad sea actualmente uno de los pilares básicos del Derecho europeo de marcas. Debe destacarse, por otro lado, que la fuerza expansiva de la figura de la marca renombrada se ha extendido incluso a la esfera supranacional [...] la protección de la marca renombrada más allá de la regla de la especialidad constituye—obviamente—una piedra angular del actual Derecho europeo de marcas<sup>272</sup>.

En potencia, y con sujeción a la capacidad económica del titular de la marca—que determina en parte su posibilidad real de implementar una inversión en publicidad que impacte con suficiente fuerza uno o todos los sectores de la economía—todas las marcas tienen vocación de ser notorias o renombradas. En esa medida, resulta válido entender que lejos de constituir una excepción, la fuerza expansiva de este tipo de marcas, las convierte en una especie de modelo del sistema.

---

<sup>269</sup> Lobato, ob. cit. P. 161.

<sup>270</sup> Directiva 89/104/CEE y Reglamento CE 40/1994

<sup>271</sup> LOBATO, ob. cit., p. 89

<sup>272</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA [2004], p. 389, 394

## 2. La función publicitaria de la marca desde la perspectiva del anunciante

Los elementos que se han descrito como conformadores del significado de la marca—clase de productos o servicios denotados y calidad y *goodwill* connotados—se presentan de forma simultánea en la percepción del consumidor. No obstante, la nomenclatura que clasifica las clases de bienes y servicios denotados por una marca no hace referencia a especificación alguna de calidad. Sin embargo, tal y como afirma MARTÍN ARESTI:

[...] es obvio que la utilización de la marca en el contexto publicitario permite la traslación al público de determinados valores positivos asociados a la marca, lo que afianza las relaciones con la clientela y contribuye a dotar de reputación al signo, el cual puede llegar a adquirir, así, un valor autónomo e independiente de las concretas características de los productos o servicios que distingue.<sup>273</sup>

El componente subjetivo o apelativo del significado, la connotación de la marca, es verdaderamente el elemento, la sustancia, de las relaciones semióticas de referencia del signo en el que reside su poder de venta, su fuerza publicitaria. Por ello, procede ahora estudiar en mayor detalle la cuarta función de las marcas, su función publicitaria. Es precisamente mediante la función publicitaria de las marcas que se explica la protección jurídica del *goodwill* que estas connotan. En opinión de algunos de los autores que defienden la importancia de la función publicitaria de las marcas, postura que aquí también se sostiene, incluso podría decirse que esta función sirve para explicar “la protección del signo en cuanto generador, por sí solo, de un poder de ventas desvinculado de los productos o servicios distinguidos”<sup>274</sup>.

Recogiendo el testigo de AREÁN LALÍN actualmente el autor que reconoce de forma más contundente la función publicitaria de la marca es sin duda LOBATO. Para este autor, “la protección de la función publicitaria postula que la fuerza publicitaria de la marca (*selling power*) debe corresponder en exclusiva al titular de la misma, quien puede evitar que terceros se aprovechen de cualquier modo, directo o indirecto, de su signo distintivo”<sup>275</sup>. Así pues, LOBATO, haciendo referencia a la teoría del poder de venta de las marcas de SCHECHTER, circunscribe la función publicitaria a la exclusividad que tiene el titular de las mismas para redimir, e impedir que otros se aprovechen o disminuyan, la naturaleza generadora y la capacidad simbólica de la marca en conexión con el buen nombre o *goodwill* del producto o servicio que designa<sup>276</sup>.

Una correcta identificación de la función publicitaria de las marcas exige descubrir cuáles son las manifestaciones, o las instancias, en las que el uso de marcas en la publicidad adquiere relieve e importancia para el Derecho de marcas. En opinión de LOBATO son nueve las manifestaciones de la función publicitaria de la marca, a saber: 1.) el nacimiento de la marca renombrada; 2.) el estiramiento de la marca o *brand stretching*; 3.) el *merchandising* de marca; 4.) el contrato de patrocinio; 5.) la

---

<sup>273</sup> MARTÍN ARESTI, ob. cit., pp. 166.

<sup>274</sup> MARTÍN ARESTI, ob. cit., pp. 167

<sup>275</sup> LOBATO, ob. cit., p. 88.

<sup>276</sup> Tal y como afirma LOBATO, “la marca puede llegar a adquirir un valor superior en el mercado al valor del bien que distingue, se compra el producto no por su calidad, sino por la marca que lleva” (LOBATO, ob. cit., p. 88).

consolidación del riesgo de confusión; 6.) la planificación de los canales de distribución; 7.) la publicidad recuerdo; 8.) la evolución del diseño de la marca y su cambio de forma; y, 9.) la publicidad indirecta.<sup>277</sup> No obstante, tal y como se explicará a continuación, parece más acertado considerar que sólo cinco de estas son verdaderamente funciones publicitarias relevantes para el Derecho de marcas, a saber: 1.) el nacimiento de la marca renombrada; 2.) el estiramiento de la marca o *brand stretching*; 3.) el *merchandising* de marca; 4.) la consolidación del riesgo de confusión; y 5.) la evolución del diseño de la marca y su cambio de forma.

## 2.1. Manifestaciones no reguladas en la LM

El contrato de patrocinio, regulado en el artículo 22 de la LGP, en cualquiera de las modalidades que identifica LOBATO<sup>278</sup> (*partnership, product placement* o *testimonial sponsoring*), evidentemente, al igual que sucede con la publicidad en general, implica necesariamente el uso de marcas, tal y como se sostiene en el Capítulo I de la investigación<sup>279</sup>. No obstante, al estudiar la legislación marcaria se observa claramente que dicho uso de signos distintivos en el patrocinio no es relevante para el Derecho de marcas. Es decir, el hecho de que se usen signos distintivos, de forma más o menos destacada en la publicidad, y en concreto en el patrocinio<sup>280</sup>, no puede servir por sí sólo de criterio para identificar una determinada manifestación publicitaria como función publicitaria de la marca, sino que resulta indispensable, tal y como se ha dicho, que el uso o la manifestación de la que se trate conlleve una especial atención, una consecuencia normativa concreta para y desde el Derecho de marcas. Esto, sencillamente no ocurre en el caso del contrato de patrocinio, que, estando regulado en la LGP, no implica ni directa ni indirectamente ninguna consecuencia normativa para el Derecho de marcas.

Otro tanto sucede con respecto a la planificación de los canales de distribución y las franquicias. La distribución es uno de los cuatro elementos de la mezcla de marketing, y como tal cumple una importante función comunicativa desde la perspectiva de la CMI; es decir, contribuye a crear, consolidar y a transmitir la imagen de marca. No obstante, el derecho que tienen los titulares de una determinada marca a controlar los canales de distribución de sus productos y a conceder franquicias no es publicidad en el sentido en que se regula en el Derecho español, no es *promotional-mix*. Cosa bien distinta es que la celebración de un contrato de franquicia, por ejemplo, conlleve la licencia de una o varias marcas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 48 de la LM. Pero, de nuevo, tal supuesto no es una manifestación de uso de marcas en la publicidad que adquiera connotaciones normativas en el marco de la LM.

---

<sup>277</sup> Cfr. LOBATO, ob. cit., p. 89.

<sup>278</sup> A saber, (LOBATO, ob. cit., p. 91).

<sup>279</sup> Tal y como afirma CUESTA, “entre marca y creación publicitaria se da una interdependencia indiscutible. La comunicación publicitaria reclama que las posiciones en el mercado estén definidas y, a su vez, en una relación cibernética contribuye a redefinirlas. La definición de las distintas posiciones en el mercado se logra gracias a las marcas, y, a su vez, éstas condensan para el futuro la reputación alcanzada gracias a la publicidad” (CUESTA, ob. cit., p. 108).

<sup>280</sup> Parece ser que LOBATO considera que el contrato de patrocinio es una manifestación de la función publicitaria de las marcas por su creciente importancia, y por la preponderancia de la marca en la forma en que se ejecuta la publicidad.

Para LOBATO, la denominada publicidad recuerdo y la publicidad indirecta también son manifestaciones publicitarias de la marca. No obstante, es claro que en ambos casos se trata simplemente de modalidades publicitarias en las que el uso de la marca, al igual que sucede en el contrato de patrocinio, adquiere una relevancia muy singular. Pero, en ninguno de estos dos casos se registra en la LM disposición alguna que refleje consecuencias concretas de estas dos modalidades de publicidad. Por lo que se refiere a la publicidad recuerdo<sup>281</sup>, baste con mencionar que el ejemplo que cita el autor, la publicidad recuerdo en el ámbito farmacéutico, está contemplada en el artículo 11 del Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, como una excepción de los contenidos mínimos que el artículo 10 del mentado Decreto exige en la publicidad dirigida a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos.

Finalmente, el otro recurso publicitario que no parece correcto considerar que pueda ser entendido como función publicitaria de la marca, por no encontrar ningún tipo de consecuencia normativa en la LM es la denominada publicidad indirecta. Este tipo de publicidad, según LEMA, puede definirse como “aquella modalidad publicitaria que realza una marca, generalmente notoria, que distingue un determinado producto, con el pretexto de identificar un nuevo producto, suscitando en el consumidor el recuerdo de un producto diferente que—con anterioridad—ya venía distinguiendo esta misma marca”<sup>282</sup>. Es de anotar que este tipo de publicidad en la mayoría de los casos—sobre todo cuando se trata de marcas reconocidas y características de un sector específico (generalmente productos derivados del tabaco o bebidas alcohólicas), es utilizada para promover la marca en otro sector diferente—es un tipo de publicidad que puede resultar en fraude de ley, y por ello se debe considerar como publicidad ilícita. Tal y como apunta el mismo LEMA, “a través de esta modalidad publicitaria, el público asocia la publicidad del nuevo producto con el producto anterior, cuya publicidad estaba prohibida”<sup>283</sup>. Sin lugar a dudas el papel de la marca en la publicidad indirecta es protagónico, pero no obstante no encuentra en la legislación del Derecho de marcas ninguna regulación o consecuencia específica.

## 2.2. Manifestaciones reguladas en la LM

Parece que desde el punto de vista de LOBATO basta con que el uso de signos distintivos cobre algún nivel de protagonismo en la publicidad para que se considere manifestación de la función publicitaria de las marcas al hilo de la teoría de las funciones de la marca. No obstante, tal y como se expuso más arriba, este criterio parece equivocado, pues no se centra en aquellos usos de los signos distintivos en la publicidad que logran resonar de forma clara y concreta en el Derecho de marcas. Ahora bien, el nacimiento de la marca renombrada, el estiramiento de la marca—o *brand stretching*—, el *merchandising* de marca, la consolidación del riesgo de asociación y la evolución del

---

<sup>281</sup> Tal y como la describe el mismo LOBATO, “la publicidad recuerdo consiste en mantener en el consumidor la imagen de la marca desvinculándola del producto o servicio concreto que distingue, mediante la evocación de la mera denominación de la marca” (LOBATO, ob. cit., p. 93).

<sup>282</sup> LEMA DEVESA, C., “La publicidad indirecta”, publicado originalmente en “XIX Actas de Derecho Industrial”, Madrid, 1999, y más recientemente en LEMA DEVESA, C., “Problemas jurídicos de la publicidad: Estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra”, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 419.

<sup>283</sup> *Ibidem*.

diseño de la marca y su consecuente cambio de forma parecen ser cinco instancias en las que se manifiesta claramente la función publicitaria de la marca propiamente.

Sin embargo, la presentación que hace LOBATO de estos cinco casos de función publicitaria de la marca carece de una sistemática que permita identificar los rasgos que determinan que esto sea así. Para subsanar esta carencia metodológica aquí se propone que estas cinco manifestaciones de la función publicitaria de la marca sólo se entienden como tales en la medida en que se explicita su relación con el principio de especialidad: la LM establece estas cinco funciones publicitarias de las marcas como excepciones al principio de especialidad, que como se ha visto antes supone que una marca se concede como derecho de exclusiva sobre un signo en relación con un determinado producto o servicio, que es el que la marca distingue o denota. Conviene pues releer dichas manifestaciones organizándolas en torno al principio de especialidad, y a la relación que guardan con éste. Adicionalmente, cosa que no hace LOBATO, es imprescindible considerar que la distintividad sobrevenida, o *secondary meaning*, es una manifestación del carácter distintivo de las marcas que debe ser tenido en cuenta como función publicitaria de las marcas. A éste respecto, haciendo eco, en cierta medida, de la opinión de CUESTA, debe subrayarse que el “mutuo aprovechamiento, esta sinergia que se produce entre publicidad y marcas, lleva a hablar de la función publicitaria de la marca como, hasta cierto punto, podía hablarse de una función identificadora o distintiva de la publicidad”<sup>284</sup>.

#### *a) La función publicitaria de las marcas y el principio de especialidad*

En primer lugar, conviene traer a colación la función publicitaria de la marca en el caso de los signos distintivos notorios y renombrados<sup>285</sup>—el nacimiento de la marca renombrada—en relación con el principio o regla de especialidad. Tal y como se recordaba más arriba, de acuerdo con el principio de especialidad se entiende que el registro de una marca no se otorga “como un derecho de monopolio sobre la denominación o signo *in abstracto*, es decir, para marcar todo tipo de productos o servicios. La marca se concede como derecho de exclusiva sobre un signo en relación con un determinado producto o servicio, que es el que la marca distingue”<sup>286</sup>. Por esta razón, tal y como se ha dicho antes, se entiende que puedan coexistir “signos idénticos pertenecientes a titulares distintos siempre que los productos o servicios que distingan no sean susceptibles de confusión”.<sup>287</sup> En palabras de BERCOVITZ:

Esto significa como regla básica que para determinar si existe o no el riesgo de confusión no es suficiente la comparación de los signos enfrentados en sí mismos considerados, sino que es preciso realizar una doble comparación, esto es, tanto de los signos, como de los productos o servicios a los que se aplican para distinguirlos en el mercado.

---

<sup>284</sup> CUESTA, ob. cit., p. 108.

<sup>285</sup> Tal y como afirma SCHECHTER, “cuando una marca ha llegado a ser indicativa para el público de una fuente de satisfacción constante y uniforme, a su dueño debería concedérsele el más amplio espectro posible para ‘la expansión natural de su comercio’ a otras líneas o campos de los negocios” (SCHECHTER, ob. cit., p. 823).

<sup>286</sup> LOBATO, ob. cit., p. 161.

<sup>287</sup> LOBATO, ob. cit., p. 161.



Ésta es la regla conocida como especialidad de la marca, vinculada al hecho de que la protección de la marca no se refiere al signo en sí mismo, sino al signo como medio para distinguir en el mercado determinada clase de productos o servicios<sup>288</sup>

No obstante, “es sabido que en el tráfico moderno determinadas marcas alcanzan renombre o prestigio y sobrepasan de esta manera los estrechos cauces del principio de especialidad, esto es, su originaria vinculación registral a determinados productos o servicios”<sup>289</sup>. Por esto, lo que interesa destacar ahora es que este principio no se aplica en el caso de los signos distintivos notorios y renombrados. Tal y como apunta LOBATO, “gracias a la protección de la función publicitaria de la marca el titular de una marca renombrada puede impedir que terceros utilicen el valor sugestivo o publicitario de tal marca en el tráfico económico. Con ello el titular de la marca evita el riesgo de que el valor de la marca se diluya”<sup>290</sup>. Es decir, partiendo de la base de que ciertos signos distintivos alcanzan un elevado nivel de notoriedad o renombre, en gran medida, por no decir que exclusivamente, debido a la publicidad que se hace de la marca, la LM establece un régimen especial para salvaguardarlo. Tal y como afirma MARTÍN ARESTI:

Más allá de esta finalidad paradigmática y principal de contribuir a promover la contratación de las prestaciones del anunciante, el uso de la marca en la publicidad colabora en la consecución de otros objetivos que redundan en beneficio del propio signo registrado, propiciando el reforzamiento, el mantenimiento (o en su caso, la adquisición sobrevenida) de su capacidad distintiva. Así, es indudable que una intensa actividad publicitaria que contribuye a difundir el conocimiento del signo entre el público coadyuva (en su caso, junto a otros factores asociados a la calidad de los productos, a sus características, a la política comercial del titular) a la adquisición de notoriedad o renombre del signo<sup>291</sup>

La Ley distingue entre marcas notorias y renombradas y otorga a cada una diferentes privilegios. Por ello, antes de mencionar cada uno de estos dos regímenes, es necesario tener en cuenta que las “marcas notorias son aquellas que son ampliamente conocidas en el sector del mercado al que pertenecen los productos o servicios distinguidos por ellas; mientras que las marcas renombradas son conocidas por el público en general y no sólo dentro de un sector determinado del mercado”<sup>292</sup>. Como regla general el artículo 8.1 LM establece:

No podrá registrarse como marca un signo que sea idéntico o semejante a una marca o nombre comercial anteriores aunque se solicite su registro para productos o servicios que no sean similares a los protegidos por dichos signos anteriores cuando, por ser éstos notorios o renombrados en España, el uso de esa marca pueda indicar una conexión entre los productos o servicios amparados por la misma y el titular de aquellos signos o, en general, cuando ese uso, realizado sin justa causa, pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dichos signos anteriores.

Se ve como, en principio, se impide el registro de signos distintivos semejantes o idénticos a otros notorios o renombrados, incluso para productos o servicios diferentes a aquellos designados por las marcas notorias o renombradas, es decir, más allá de las

---

<sup>288</sup> BERCOVITZ [2002], ob. cit., p. 86. Ver también: FERNÁNDEZ NÓVOA [2004], ob. cit., pp. 242 y ss.

<sup>289</sup> LOBATO, ob. cit., p. 89.

<sup>290</sup> LOBATO, ob. cit., p. 90.

<sup>291</sup> MARTÍN ARESTI, ob. cit., pp.165-166

<sup>292</sup> BERCOVITZ [2002], ob. cit., p. 169.

exigencias de la regla de especialidad<sup>293</sup>. En otras palabras, el principio de especialidad no se tiene en cuenta, no se aplica, en ciertos casos, como sucede cuando se trata de marcas o nombres comerciales notorios o renombrados. La función publicitaria de las marcas notorias y renombradas es pues una excepción al principio de especialidad. Es tal el impacto que puede llegar a tener la publicidad sobre la conformación o el nacimiento del renombre o notoriedad de determinados signos distintivos, que la LM consagra excepciones tendentes a preservar y proteger las consecuencias de la publicidad con respecto a determinadas marcas. Si bien la excepción del principio de especialidad con respecto a las marcas renombradas es absoluta<sup>294</sup>, en el caso de las marcas notorias la excepción será proporcional al nivel de notoriedad de la marca<sup>295</sup>. Adicionalmente, se debe mencionar que la protección que la LM brinda a los signos distintivos notorios se refuerza en la medida en que la existencia de una marca tal, aun no estando registrada, genera una prohibición relativa de registro<sup>296</sup>—aun cuando en este caso sí se aplica la regla de especialidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.4 de la LM<sup>297</sup>.

Cabe señalar también que la notoriedad de una marca justifica una protección adicional, que sobrepasa el principio de especialidad, al servir para impedir el registro de otra marca idéntica o similar en la medida en que se considera implícito el riesgo de asociación o de confusión mediato, que es un tipo de riesgo de confusión.<sup>298</sup> A este

---

<sup>293</sup> Es de anotar que además de poder impedir el registro, el titular de una marca notoria o renombrada puede prohibir que terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico: “Cualquier signo idéntico o semejante para productos o servicios que no sean similares a aquellos para los que esté registrada la marca, cuando ésta sea notoria o renombrada en España y con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes o servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dicha marca registrada” (Art. 34.2.c) LM).

<sup>294</sup> “Cuando la marca o nombre comercial sean conocidos por el público en general, se considerará que los mismos son renombrados y el alcance de la protección se extenderá a cualquier género de productos, servicios o actividades” (Art. 8.3. LM)

<sup>295</sup> “A los efectos de esta Ley, se entenderá por marca o nombre comercial notorios los que, por su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial. La protección otorgada en el apartado 1, cuando concurren los requisitos previstos en el mismo, alcanzará a productos, servicios o actividades de naturaleza tanto más diferente cuanto mayor sea el grado de conocimiento de la marca o nombre comercial notorios en el sector pertinente del público o en otros sectores relacionados” (Art. 8.2 LM)

<sup>296</sup> El artículo 6 de la LM, establece que: “1. No podrán registrarse como marcas los signos: a) Que sean idénticos a una marca anterior que designe productos o servicios idénticos. b) Que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior. 2. Por marcas anteriores se entenderá a los efectos del apartado 1: [...] d) Las marcas no registradas que en la fecha de presentación o prioridad de la solicitud de la marca en examen sean ‘notoriamente conocidas’ en España en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de París”. Adicionalmente, es de anotar que las marcas notorias no registradas confieren todos los mismos derechos a sus titulares que las marcas registradas, aun cuando respetando el principio de especialidad a diferencia de lo que sucede con las marcas notorias o renombradas registradas (Ver. Art. 34.5 LM).

<sup>297</sup> “A los efectos del apartado 1 por marca o nombre comercial anteriores se entenderán los signos contemplados, respectivamente, en el artículo 6.2, letras a), b) y c), y en el artículo 7.2” (Art. 8.4 LM). Así pues, se excluye la marca notoria no registrada de la que habla el artículo 6.1.d).

<sup>298</sup> Tal y como se ha mencionado más arriba, siguiendo la interpretación restrictiva del riesgo de asociación o de confusión mediato, éste “es un subtipo o modalidad dentro del género riesgo de confusión, de tal modo que el riesgo de asociación no puede desnaturalizar el concepto básico de riesgo

respecto conviene traer a colación el artículo 6.1.b) de la LM, en el que se establece que: “1. No podrán registrarse como marcas los signos: [...] b) Que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior”.<sup>299</sup> Ahora bien, la jurisprudencia ha hecho extensivo el régimen de las marcas notorias y renombradas al caso del riesgo de asociación, y ha considerado que este riesgo existe de forma implícita con respecto a este tipo de signos distintivos por lo que ha impedido el registro de marcas idénticas para identificar productos diferentes, contrariando así, nuevamente, el principio de especialidad<sup>300</sup>. Cabe preguntarse hasta qué punto la protección especial que le brinda el Derecho a este tipo de signos, y en general a ciertos tipos de instrumentos comerciales, realmente se justifica por su especial valor económico—resultante de apreciables esfuerzos de producción, promoción y comercialización—o si por el contrario el especial valor económico de estos signos depende precisamente de su privilegiada protección legal<sup>301</sup>.

En cuanto al denominado estiramiento de la marca, este “consiste en que la marca nacida para un producto o servicio concreto se expande a otros productos o servicios”<sup>302</sup> como “consecuencia de la reputación que dicho producto o servicio ha adquirido”<sup>303</sup>. Nuevamente, el renombre que alcanza la marca, en gran medida debido a la publicidad que de ella se ha hecho, permite que se suspenda la aplicación del principio de especialidad. Vale la pena anotar que el estiramiento de marca no es propiamente un uso publicitario de la marca que encuentre resonancia en la LM, sino que constituye una técnica de marketing, que como tal necesariamente conllevará la realización de publicidad. Por ello, y a pesar de que sería más propio hablar de una función mercadotécnica de la marca, el estiramiento de marca puede considerarse función publicitaria de la marca toda vez que el uso publicitario de marcas para la promoción de productos y servicios que no estén vinculados en el Registro a los respectivos signos distintivos encuentra sustento en el régimen legal de las marcas notorias y renombradas.

Algo similar ocurre con el *merchandising* o la “licencia colateral” de marca, que en palabras de FERNÁNDEZ-NÓVOA es la técnica mediante la cual:

[...] el titular de una marca que ha logrado dotar a la misma de notoriedad o incluso de renombre como consecuencia de la elevada calidad de los productos y de cuantiosas

---

de confusión. El riesgo de confusión mediato se presenta cuando el consumidor, aun sabiendo que las marcas son distintas y de distinta fuente productiva, cree injustificadamente que existe algún vínculo jurídico (licencia, pertenencia a un grupo de sociedades, etc.) entre los titulares de las marcas en conflicto” (LOBATO, ob. cit., p. 305).

<sup>299</sup> Correlativamente, el artículo 34.2.b) de la LM otorga al titular de la marca registrada el derecho de prohibir a terceros utilizar, sin su debido consentimiento, “cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación entre el signo y la marca”.

<sup>300</sup> Ver. STS de 13 de marzo de 1997 en la que se impide el registro de la marca ‘Fortuna’ para servicios de seguros por la posible asociación con la marca ‘Fortuna’ registrada para servicios de hostelería. En este mismo sentido, en el ámbito de la CE ver: SSTJCE de 2 de abril de 1998, del caso Canon v Pathe, y del 22 de junio de 1999, caso Lloyd v Klijsen

<sup>301</sup> Cfr. COHEN, F., S., “Transcendental Nonsense and the Functional Approach”, 35 *Columbia Law Review* 809, 1935.

<sup>302</sup> LOBATO, ob. cit., p. 90.

<sup>303</sup> LOBATO, ob. cit., p. 90.

inversiones publicitarias, pretenderá, frecuentemente, extender a otros productos la fuerza distintiva y el goodwill inherentes a la correspondiente marca. Con este fin, el titular de una marca notoriamente conocida y renombrada celebrará—a veces [ya que también lo podrá hacer directamente]—con un tercero un contrato de licencia por virtud del cual el licenciatario está autorizado para fabricar y distribuir bajo la marca licenciada ulteriores productos. Justamente porque la marca licenciada se aplica a productos colaterales del producto principal tradicionalmente diferenciado por la marca, cabe hablar en este supuesto de una ‘licencia colateral’ de marca<sup>304</sup>

Al igual que ocurre en el caso del estiramiento de marca que se menciona más arriba, el *merchandising* es una técnica de marketing, concretamente relacionada con la distribución, que implica el uso publicitario de marcas notorias o renombradas en conexión con productos y servicios para los cuales no fueron registradas, en conexión con una licencia que se podrá conceder al tenor del artículo 48 LM<sup>305</sup>, y por ello, y en esta medida, es correcto identificarlas como una función publicitaria de la marca.

Cabe centrarse, por último, en otra de las manifestaciones de la función publicitaria de las marcas que contempla LOBATO es el cambio de forma de la marca. Esta es la manifestación de la función publicitaria de la marca en la que mayor hincapié hizo AREÁN<sup>306</sup>, y que se constituye en medio idóneo para que la marca mantenga el aura o impresión comercial de la marca anterior, pudiendo su diseño y su forma cambiar para adecuarse a las preferencias de los consumidores. Ahora bien, el cambio de la forma de la marca no es más que un supuesto de marca pseudoderivada<sup>307</sup>, que, nuevamente, puede implicar una excepción al principio de especialidad. El régimen legal de las marcas pseudoderivadas refleja y protege prácticas mercadotécnicas que conllevan un uso publicitario de marcas que, o bien no coinciden con las originalmente registradas, o extienden la protección más allá de los productos y servicios para las que fueron originalmente registradas. Así pues, la LM permite que “con una nueva solicitud en la que varía parcialmente el distintivo y/o los productos o servicios [el solicitante pueda] beneficiarse de una anterioridad propia y que no le sean oponibles marcas pertenecientes a terceros con fechas de solicitud previas a la de su nueva solicitud”<sup>308</sup>.

---

<sup>304</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA [2004], ob. cit., pp. 544, 545.

<sup>305</sup> A este respecto LOBATO afirma: “El valor publicitario de las marcas renombradas no sólo se utiliza por el propio titular para entrar en nuevos segmentos del mercado, sino que puede ceder este uso a terceros a través de licencias colaterales o *merchandising*. El valor sugestivo correspondiente a la marca renombrada puede ser objeto de tráfico patrimonial. De este modo, el titular de una marca renombrada autoriza a un tercero a que utilice dicha marca en relación con productos o servicios que no están directamente vinculados con el sector de productos o servicios para el que se registró en un principio la marca renombrada” (LOBATO, ob. cit., pp. 90, 91).

<sup>306</sup> AREÁN LALÍN, ob. cit. pp. 82-83.

<sup>307</sup> Este es un concepto acuñado por LOBATO, con el que se explica la superación de la problemática propiciada por la interpretación restrictiva de la OEPM en torno a la definición de marcas derivadas que ocasionó que fueran cada vez menos las solicitudes de este tipo de marcas (Ver: LOBATO, ob. cit., pp. 199-215). Las marcas derivadas son independientes, para efectos de anulación y caducidad, de la marca principal con respecto a la que se solicitan, pero dependen de la principal para su cesión y consolidación (LOBATO, ob. cit., p. 205). Tal y como afirma LOBATO, “la marca derivada ha permitido el cambio de forma de la marca para adaptarla a los gustos del público, pero no ha logrado un desarrollo espectacular. El menguado uso de esta modalidad de marca puede deberse, en nuestra opinión, a la permisividad de los criterios de examen de la OEPM y de los Tribunales ante la doble inmatriculación parcial de marcas a favor de un mismo titular, esto es, a la marca pseudoderivada” (LOBATO, ob. cit., p. 201).

<sup>308</sup> LOBATO, ob. cit. p. 209.

Se ha de señalar que LOBATO hace hincapié en que lo que justifica la existencia de las marcas derivadas es “poder variar el diseño [de la marca] acomodándose a las nuevas modas y gustos del consumidor, pero sin perder la fecha de prioridad de la marca principal”<sup>309</sup>. No obstante, esta justificación, si bien es fundamental, no es la única. Bajo este supuesto tan sólo se contempla la marca pseudoderivada como mecanismo excepcional para subvertir las prohibiciones relativas relacionadas con la existencia de marcas anteriores<sup>310</sup>, pero, adicionalmente, se puede esperar que mediante el uso de marcas pseudoderivadas se superen limitaciones inicialmente impuestas por la regla de especialidad, ya que en ambos casos la existencia de una marca anterior viene a servir de justificación de la inexistencia de riesgo de confusión. En este orden de ideas, a diferencia de lo que sucede con las marcas derivadas, que deben vincularse a productos o servicios idénticos a los identificados por la marca principal, en el caso de las marcas pseudoderivadas existe la posibilidad de extender su vinculación a productos similares; y si la marca pseudoderivada se asocia a marcas notorias o renombradas, cabe esperar que su solicitud se conceda incluso tratándose de productos enteramente diferentes. Así pues, mediante las marcas pseudoderivadas el titular de una marca puede implementar técnicas de estiramiento de marcas y de *merchandising*.

#### *b) La función publicitaria de las marcas y la distintividad sobrevenida*

La sistematización propuesta en el apartado anterior describe cinco de las manifestaciones de la función publicitaria de la marca que identifica LOBATO. La novedad de esta sistematización consiste en que se ha buscado poner de manifiesto que lo que tienen en común es que constituyen excepciones al principio de especialidad. Ahora bien, otra función publicitaria de la marca que se recoge en la LM, y que LOBATO no reconoce como tal, se refiere al carácter distintivo de las marcas en relación con el uso que de ellas se hace en la publicidad: el reconocimiento y la regulación de la distintividad sobrevenida. Gracias a la distintividad sobrevenida, o *secondary meaning*, que en gran medida es resultado de la actividad publicitaria, se permite el registro como marca de signos en principio carentes de distintividad, tales como los eslóganes. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 51.3 de la LM, se introduce en el ordenamiento español el principio de sanación o convalidación<sup>311</sup>, mediante el cual se ampara la distintividad sobrevenida en los siguientes términos:

La nulidad no podrá ser declarada cuando su causa haya desaparecido en el momento de interponer la demanda. En particular, no podrá ser declarada la nulidad de una marca, cuando habiéndose registrado contraviniendo el artículo 5, apartado 1, letras b), c) o d), dicha marca hubiera adquirido después de su registro un carácter distintivo para los

---

<sup>309</sup> Lobato, ob. cit., p. 209.

<sup>310</sup> El artículo 6.1. de la LM establece: “1. No podrán registrarse como marcas los signos: a) Que sean idénticos a una marca anterior que designe productos o servicios idénticos. b) Que, por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan, exista un riesgo de confusión en el público; el riesgo de confusión incluye el riesgo de asociación con la marca anterior”.

<sup>311</sup> “La sanación de las marcas es una figura que supone una atenuación al carácter absoluto, intrínseco e imprescriptible de la nulidad. En efecto, marcas que originalmente son nulas pueden ser convalidadas en los casos en que dichas marcas cumplan dos condiciones: que adolezcan de alguna causa de nulidad susceptible de ser convalidada (carácter descriptivo, pero no, p. ej., denominación contraria al orden público) y que la marca sea reconocida como tal marca por el público. La sanación se enmarca en la categoría de la convalidación de los actos o contratos nulos” (Lobato, ob. cit., p. 901).

productos o servicios para los cuales esté registrada por el uso que se hubiera hecho de ella por su titular o con su consentimiento

Es decir, aquí se sostiene que la LM regula los efectos de la publicidad en cuanto que ésta es capaz de generar *secondary meaning*, o distintividad sobrevenida.

Al tenor del artículo 4.1 de la LM, anteriormente citado, se constata que la marca debe servir para distinguir: “Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otra”. Tal y como afirma RUIPÉREZ, son dos las manifestaciones de la exigencia de distintividad de los signos: “Por un lado, es un requisito esencial para que el signo pueda ser registrado como marca, y por otro, es una prohibición absoluta de registro”<sup>312</sup>. Estas dos manifestaciones se recogen en los artículos 5.1.a) y b) de la LM: “1. No podrán registrarse como marca los signos siguientes: a) Los que no puedan constituir marca por no ser conformes al artículo 4.1 de la presente Ley. b) Los que carezcan de carácter distintivo”. Tal y como afirma FERNÁNDEZ-NÓVOA:

[...] el examen del carácter distintivo de un signo que aspira a ser registrado como marca debe realizarse en dos etapas: en una primera etapa hay que comprobar si el signo posee capacidad distintiva en un plano abstracto (esto es, prescindiendo de los productos y servicios cubiertos por la solicitud), y en una segunda etapa hay que comprobar si el signo que posee capacidad distintiva abstracta es apto para diferenciar los productos o servicios indicados en la solicitud.<sup>313</sup>

Se ha de tener en cuenta que el artículo 5.2 de la LM es muy claro al establecer la protección de la distintividad sobrevenida, del *secondary meaning* que las marcas pueden adquirir—entre otras mediante su uso publicitario—como excepción a la prohibición absoluta derivada del requisito de distintividad concreto establecido en el artículo 5.1.b)<sup>314</sup>. Reza el artículo 5.2 LM: “Lo dispuesto en las letras b), c) y d) del apartado 1 no se aplicará cuando la marca haya adquirido, para los productos o servicios para los cuales se solicite el registro, un carácter distintivo como consecuencia del uso que se hubiera hecho de la misma”. Así pues, tal y como afirma RUIPÉREZ:

[...] la falta de carácter distintivo (abstracto) que exige el artículo 4 LM, y cuya carencia impide que el signo sea registrado (art. 5.1a LM), no es subsanable, mientras que la prohibición de registro por falta de carácter distintivo (concreto), a que se refiere

---

<sup>312</sup> RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, C., “El carácter distintivo de las marcas”, Madrid: Editorial Reus, 2008, p. 33. Continúa esta autora diciendo: “En el primer caso nos encontramos ante un concepto abstracto que se refiere a la distintividad del signo en cuanto tal, es decir, su capacidad para diferenciar bienes o servicios en términos generales. El segundo caso se refiere a la distintividad del signo como requisito absoluto de registro, a la aptitud distintiva concreta que tiene ese signo en relación con los productos o servicios específicos para los que se solicita su registro” (Ibídem).

<sup>313</sup> FERNÁNDEZ-NÓVOA [2004]. ob. cit., p. 162.

<sup>314</sup> Se ha de recordar que: “Las prohibiciones absolutas de registro pretenden evitar el acceso al registro de aquellos signos que carecen de los requisitos necesarios para que la marca pueda cumplir sus funciones básicas en el mercado. El fundamento de estas prohibiciones se encuentra en la protección del interés general, que exige la libre utilización de los signos, ya que el registro de un signo como marca supone el otorgamiento de un derecho exclusivo de uso del signo a un único agente económico, impidiendo que el resto pueda utilizar este signo para identificar la misma clase de bienes o servicios. Mientras las prohibiciones absolutas [contempladas en los artículos 6 al 10 de la LM] llevan el peso de la protección del interés general, las prohibiciones relativas se fundamentan en la protección del interés de agentes económicos concretos. Tratan de proteger a aquellos sujetos individuales que pueden ver afectados los derechos de los que son titulares a raíz del eventual registro del signo” (RUIPÉREZ, ob. cit., p. 30-31).

el artículo 5.1b LM, es subsanable si, a consecuencia del uso del signo como marca, aquel acaba adquiriendo la distintividad de la que en principio carecía (art. 5.2 LM)<sup>315</sup>

Correlativamente a lo dispuesto en el artículo 5.2 LM, el artículo 51.3 de la LM establece que:

La nulidad no podrá ser declarada cuando su causa haya desaparecido en el momento de interponer la demanda. En particular, no podrá ser declarada la nulidad de una marca, cuando habiéndose registrado contraviniendo el artículo 5, apartado 1, letras b), c) o d), dicha marca hubiera adquirido después de su registro un carácter distintivo para los productos o servicios para los cuales esté registrada por el uso que se hubiera hecho de ella por su titular o con su consentimiento

La sanación o convalidación por distintividad sobrevenida a la que se refiere el artículo 51.3 de la LM antes citado, que es una modalidad de la figura general de convalidación o sanación, permite “preservar las inversiones efectuadas por el empresario titular de un signo que es originariamente descriptivo, pero que ha logrado imponerse en el tráfico”<sup>316</sup>. En este orden de ideas, es claro que la LM reconoce que el uso de ciertos signos en el tráfico económico, y en concreto en la publicidad, puede llegar a desarrollar en la percepción del público destinatario<sup>317</sup> una distintividad del signo que en principio no poseía, y que al sobrevenir subsana la prohibición absoluta del artículo 5.1.b) de la LM. Un buen ejemplo de cómo la publicidad crea *secondary meaning* se observa en el caso de los eslóganes publicitarios, verbi gracia, el famoso “*Just do it*” asociado a NIKE.<sup>318</sup>

### 3. La función publicitaria de las marcas desde la perspectiva del consumidor

Interesa ahora entender cómo es que las marcas sirven y funcionan no ya en el ámbito concurrencial sino en el del consumo. Resulta imprescindible dejar constancia de cómo es que la promoción de productos-marca incide en las decisiones de consumo, más allá de la esfera personal o individual al que se accede, como se ha dicho, principalmente mediante la utilizaciones de da apelaciones emocionales que sirven para construir el VEM. Ahora interesa descubrir cómo funcionan la publicidad y los signos distintivos, que se conciben tal y como se ha propuesto hasta ahora como realidades inescindibles, desde una perspectiva interpersonal o social, para lo cual se describirá el papel y la

---

<sup>315</sup> RUIPÉREZ, ob. cit., p. 35.

<sup>316</sup> LOBATO, ob. cit., p. 902.

<sup>317</sup> Cfr. RUIPÉREZ, ob. cit., pp.135 y ss.

<sup>318</sup> Tal y como reconoce el mismo LOBATO, quien como ya he indicado no considera la distintividad sobrevenida como una función publicitaria de la marca: “La marca ‘eslogan’ constituye un supuesto de marca nacida en la práctica, práctica en la que a veces es difícil apreciar el carácter distintivo del signo para los productos o servicios para los que se destina. En este sentido, puede que el ‘eslogan’, aun careciendo aparentemente de carácter distintivo por no tener ningún elemento característico en el que apoyarse, lo haya adquirido como consecuencia de su uso prerregistral (*secondary meaning*). En este caso el signo sería registrable conforme al artículo 5.2 LM” (LOBATO, ob. cit., p. 183. Ver también: MARCO ARCALÁ, L. A., “En torno a la protección jurídico-marcaria del *slogan* publicitario”, en, MARTÍNEZ GUTIÉRREZ [2009], ob. cit., pp. 635 y ss.; y GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B., “Creaciones publicitarias y uso marcario de, los elementos definitorios de una campaña publicitaria”, en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ [2009], ob. cit., pp. 755 y ss).

función de las marcas en el consumo, entendido este como fenómeno simultáneamente material y simbólico. Tal y como aquí se argumenta, las marcas sí tienen un valor intrínseco que, aun cuando no se protege ex LM en todos los caso tal y como se ha visto, conforma lo que se definirá como “capital simbólico” del anunciante, el cual se gestiona principalmente a través de la publicidad como sede de creación y comunicación del valor social de las marcas (en adelante VSM).

Tras haber analizado algunos extremos sobresalientes de la teoría de la función publicitaria de la marca<sup>319</sup>, es decir de aquella doctrina que se ocupa de explicar cómo operan las marcas en el tráfico económico en conexión con manifestaciones publicitarias que adquieren resonancia explícita en el Derecho de marcas, se concluyó que todas las manifestaciones de la función publicitaria de las marcas, y en general todo el Derecho de marcas, puede considerarse que trata exclusivamente, en términos semiológicos, de lo que se ha denominado función denominadora *ad intra* y *ad extra*. Es decir, de las relaciones recíprocas entre significantes (signos distintivos) y significados (clase de productos o servicios denotada, toda vez que la calidad o *goodwill* connotados sólo encuentran resonancia normativa en la LM en el caso de las marcas notorias y renombradas), con respecto a un mismo signo, y con respecto a los significantes y significados de los signos entre sí. Mas no se ha tratado hasta el momento, por no pertenecer a la materia que regula el Derecho de marcas, sino que corresponde al Derecho de la publicidad propiamente, el tema del VSM.

Antes de introducir el concepto de VSM, y la forma en que se construye y comunica mediante el ejercicio del derecho a anunciar productos-marca, resulta aconsejable hacer algunas aclaraciones sobre la dimensión simbólica del consumo, en la medida en que el consumo es “un fenómeno clave de la sociedad, por su estructura significativa más que por su función utilitaria, al ser un producto profundamente histórico”<sup>320</sup>. Esclarecida la dimensión simbólica del consumo será posible, y necesario, explicitar cómo es que la publicidad incide en este proceso, para lo que se presentará el concepto de VSM como componente del signo, de la “verdadera marca”, creado y comunicado a través de la publicidad. Posteriormente se podrá estudiar la función social del consumo de los significados simbólicos de los productos-marca como signos de posicionamiento social, de estatus, mediante los que se articula, en términos de oposición, de lucha distintiva y de autodefinición, el gusto y los estilos de vida.<sup>321</sup>

---

<sup>319</sup> Vale la pena traer a colación algunas de las conclusiones de LOBATO en conexión con la patrimonialización como nueva función de la marca: “Como conclusión podemos señalar que las funciones de la marca tienen una virtualidad meramente explicativa de cómo operan las marcas en el tráfico, sin que sirvan para resolver conflictos concretos. Las funciones tradicionales (de indicación de origen, de garantía y publicitaria) continúan desempeñando el cometido que les atribuyó la doctrina clásica, si bien ha de destacarse el desarrollo específico que ha alcanzado la función publicitaria. Las diferentes manifestaciones de la patrimonialización de la marca se deben, en buena medida, al auge de la función publicitaria de la marca” (LOBATO, ob. cit., p. 100).

<sup>320</sup> MORENTE MEJÍAS, F., “Visiones del consumo desde la perspectiva sociológica”, en MARTÍNEZ GUTIÉRREZ [2009], ob. cit., pp. 49-50.

<sup>321</sup> Es de anotar que actualmente el concepto de estilo de vida es ampliamente utilizado y aceptado en diferentes disciplinas, como por ejemplo la economía, los estudios sobre el consumo, el marketing, y la publicidad. Así, por ejemplo, SOLOMON afirma que: “el estilo de vida se refiere a un patrón de consumo que refleja las elecciones de una persona con respecto a cómo utiliza su tiempo y su dinero, pero en muchos casos también se refiere a las actitudes y valores implícitos en estos patrones de comportamiento [...] el concepto-identitario que tiene una persona de sí misma, los grupos de referencia y la clase social son utilizados como ‘materia prima’ para modelar un estilo de vida único. En un sentido económico, el



### 3.1. La función simbólica del consumo

Con el fin de estudiar y comprender el consumo como fenómeno social, y poder así determinar la función comunicativa inmediata de la publicidad—y no sólo mediata tal y como se refleja en el desplazamiento de la curva de demanda—es necesario superar las limitaciones impuestas por lo que MALLOY denomina “el análisis tradicional en derecho y economía”: “En este análisis tradicional, por ejemplo, se examina el proceso de intercambio y organización social desde la perspectiva teórica de la maximización de la riqueza y se postula la búsqueda de acuerdos sociales eficientes. Este punto de vista abraza la concepción típica de la economía como ciencia de elección en condiciones de escasez e incertidumbre”<sup>322</sup>. Este análisis está sustentado en una teoría de decisiones racionales basadas exclusivamente en el interés propio, tal y como se plantea desde el individualismo metodológico, en el que el proceso de elección “se concibe como un ejercicio racional de cálculo de costes y beneficios de acciones o inacciones alternativas”<sup>323</sup>. Sólo superando estas limitaciones será posible entender en profundidad las consecuencias, jurídicamente relevantes, que la comunicación comercial puede acarrear con respecto a los intereses de las personas, como ciudadanos, destinatarios de la publicidad y consumidores, y no tan sólo en términos de competencia imperfecta. Para ello, conviene tener en cuenta que “el mercado es un proceso de intercambio social que se ocupa de provocar continuamente reajustes en las relaciones de valor, o significaciones, entre los individuos (junto con las cosas que les definen) y las comunidades en las que se encuentran”<sup>324</sup>.

Aproximarse al estudio de los fenómenos de mercado desde esta perspectiva permite resaltar el hecho de que los mercados son estructuras sociales que implican y permiten intercambios, los cuales necesariamente conllevan interacciones “por parte de las personas y entre las personas. Por lo tanto, permite centrar la atención en el proceso social de intercambio, más que en el ejercicio óptimo o eficiente de la elección puramente racional”<sup>325</sup>. Desconocer la dimensión social del mercado implica ignorar las formas a través de las cuales los consumidores se relacionan con los productos, con las marcas, y las disposiciones personales y relaciones interpersonales que determinan las propiedades útiles y los usos reales de los productos y las marcas en determinados contextos. Tal y como afirma BOURDIEU:

[...] asumir que los productos poseen características objetivas, o ‘técnicas’, tal y como se les denominan, que pueden imponerse como tales en todos los sujetos que las perciben, es proceder como si la percepción sólo se detuviera en las características designadas en los catálogos de los productores (y en la llamada publicidad ‘informativa’), y como si los usos sociales se pudieran derivar de las instrucciones de uso. Los objetos, incluso los productos industriales, no son objetivos en el sentido

---

estilo de vida propio representa la forma en que uno ha decidido distribuir sus ingresos, tanto en términos relativos entre diferentes productos y servicios, como con respecto a alternativas específicas dentro de las respectivas categorías” (SOLOMON, ob. cit., p. 558). Es muy importante tener en cuenta que “a menudo, esta forma de distribuir los ingresos genera un nuevo tipo de sistema de estatus que se basa menos en la renta que en el acceso a la información sobre productos y cómo éstos funcionan como marcadores sociales” (SOLOMON, ob. cit., p. 558).

<sup>322</sup> MALLOY, ob. cit., p. 53

<sup>323</sup> MALLOY, ob. cit., p. 54

<sup>324</sup> MALLOY, ob. cit., p. 55.

<sup>325</sup> MALLOY, ob. cit., p. 55.

ordinario de la palabra, es decir, independientemente del interés y los gustos de aquellos quienes los perciben, y no se imponen de forma auto-evidente, como un significado unánimemente aprobado<sup>326</sup>

En este mismo orden de ideas, tal y como sostiene SOLOMON, “nuestros gustos y preferencias de consumo no se forman en un vacío”<sup>327</sup>. Muy por el contrario, las elecciones de los consumidores, sus decisiones, “están motivadas por las imágenes que se nos presentan en los medios de comunicación masiva, nuestras observaciones respecto de las personas de nuestro entorno, e incluso por nuestros deseos de vivir en un mundo fantasioso creado por los profesionales del marketing”<sup>328</sup>. Desde la perspectiva de los estudios modernos del consumo se sostiene que los consumidores utilizan los productos que adquieren para expresar su identidad social, es decir, el consumo tiene una importante dimensión simbólica. En otras palabras, el consumo “no cumple una función solamente económica sino que se convierte en signos y símbolos culturales de intercambio, de relación social e identidad, de tal manera que las expectativas de consumo se basan más en el deseo que en la necesidad”<sup>329</sup>.

Esto es así toda vez que los productos tienen un significado aprendido, construido a través de la publicidad; “la publicidad sirve como una especie de diccionario cultural y/o de consumo, en el que las entradas son productos y sus definiciones son significados culturales”<sup>330</sup>. Así pues, los profesionales del marketing, y los publicistas en particular, los autores de la publicidad, lejos de crear necesidades artificiales, tienen un papel protagónico en la socialización de las necesidades, en la creación de sistemas sociales de necesidad, son verdaderos intermediarios culturales.<sup>331</sup> Tal y como afirman ELLIOT & PERCY:

[...] la publicidad es reconocida como una de las más potentes fuentes de significados simbólicos valorizados. Como parte del sistema cultural, la publicidad es vista como una guía para plasmar todos los aspectos de la existencia de los consumidores; de otro lado, todos los aspectos de la existencia de los consumidores también son guías para plasmar la creatividad publicitaria. La relación entre publicidad y consumidor es dialéctica: la publicidad no sólo ayuda a crear, modificar y transformar significados culturales para el consumidor, sino que también representa significados culturales tomados de la visión de mundo del consumidor e invertidos en producto publicitado. Esta relación dialéctica dinamiza un flujo cíclico de significados simbólicos derivados de la cultura y transferidos al mundo semiótico de la publicidad, y que luego son interpretados y utilizados por el consumidor para construir internamente su concepto-identitario, y externamente su mundo social [...] Así pues, la publicidad es tanto un medio para transferir o crear significados en la cultura como un producto cultural en sí mismo<sup>332</sup>

---

<sup>326</sup> BOURDIEU, P., *Distinction: A Social Critique of the Judgement of Taste*, Londres: Routledge, 2007 [1979], p. 100.

<sup>327</sup> SOLOMON, ob. cit., pp. 530-531.

<sup>328</sup> SOLOMON, ob. cit., pp. 530-531.

<sup>329</sup> PICÓ LÓPEZ, J., “Cultura y modernidad: seducciones y desengaños de la cultura moderna”, Madrid: Alianza, 1999, p. 276.

<sup>330</sup> DOMZAL, T. J. & KERNAN, J. B., *Reading Advertising: The what and how of product meaning*, 9 Journal of Consumer Marketing 49, 1992.

<sup>331</sup> Cfr. SOLOMON, ob. cit., pp. 22 y ss.

<sup>332</sup> ELLIOT & PERCY, ob. cit., p. 49

Los sistemas sociales de necesidad son producto de la publicidad en la medida en que ésta actúa como subsistema comunicativo en el proceso de producción cultural, “dotando de significado a los nuevos productos y otorgándoles un conjunto de atributos simbólicos que se comunican a los consumidores”<sup>333</sup>. Por esta razón, se entiende que “la publicidad se ha transformado de práctica comercial en teoría de la praxis del consumo, una teoría que ahora corona todo el edificio social”<sup>334</sup>. En este sentido, el efecto principal de la publicidad es la promoción de la idea de que la identidad, las relaciones personales, el éxito y la imagen dependen de las decisiones de consumo.<sup>335</sup>

Tal y como sostiene ELLIOT & PERCY:

La interpretación simbólica es en esencia una improvisación no-racional que no obedece a los códigos del lenguaje sino que opera en un nivel inconsciente. Un análisis jungiano va incluso más allá y sugiere que la significación completa de un símbolo no puede asirse en términos puramente intelectuales; si llega a ser totalmente definible en términos racionales deja de ser un verdadero símbolo. Esto sugiere que, probablemente, la función de las emociones es completar la insuficiencia de la razón y ayudarnos a llevar a cabo la vital tarea de la interpretación simbólica para que podamos construir efectivamente una identidad y comunicarla a los demás. Así pues, el significado simbólico del consumo puede verse como una potente, y quizás primaria motivación de la elección dinamizada por emociones<sup>336</sup>

Así pues, existe una motivación que nace de la interpretación del significado simbólico del consumo, tal y como se construye a través de la publicidad. Como consecuencia de la interpretación y de la identificación con este significado simbólico se conforman preferencias no-racionales que se materializan en el consumo de un determinado producto o servicio. Este consumo no se agota en la utilidad derivada de la materialidad del acto, sino que lleva implícito un consumo simbólico que estructura tanto la identidad personal del consumidor, como sus relaciones sociales. Citando nuevamente a ELLIOT & PERCY, se tiene que:

Así como el consumo juega un papel central en la dotación de significados y valores para la creación y el mantenimiento del mundo personal y social del consumidor, que es una definición de lo que constituye una sociedad de consumo, así mismo la publicidad

---

<sup>333</sup> SOLOMON, ob. cit., pp. 531

<sup>334</sup> BAUDRILLARD J., “The System of Objects”, Londres: Verso, 2005 [1968], p. 201. Adicionalmente, la filosofía de la competencia en el ámbito del consumo, y los modelos construidos y propuestos por la publicidad como consecuencia, conlleva y sustenta la “filosofía” de la realización personal, que se basa en una sencilla tesis: “(1) La sociedad de consumo (objetos, productos, publicidad) ofrece al individuo la posibilidad, por primera vez en la historia, de la liberación total y la autorrealización; (2) el sistema de consumo, al trascender el consumo puro y simple hacia la expresión personal y colectiva, se constituye en un verdadero lenguaje, una nueva cultura” (BAUDRILLARD [1968], ob. cit., 201).

<sup>335</sup> Aun cuando la Escuela de Frankfurt ha sido criticada por elitista, y por ser incapaz de abordar el consumo en toda su complejidad, y por su “tendencia a considerar que las industrias culturales producen una cultura de masas homogénea que atenta contra la individualidad y la creatividad” (FEATHERSTONE, ob. cit., p. 15), no obstante, vale la pena recordar aquí que: “Las reacciones más íntimas de los seres humanos han sido tan enteramente materializadas que la idea de algo específico a sí mismos tan sólo existe ahora como una noción enteramente abstracta: la personalidad escasamente significa algo más que dientes blancos y brillantes y estar libre de olores corporales y de emociones. El triunfo de la publicidad en la industria cultural consiste en que los consumidores se sienten obligados a adquirir y utilizar productos aún cuando ven a través de ellos” (ADORNO, T., & HORKHEIMER, M., *Dialectic of Enlightenment*, Londres: Verso, 1997 [1944], p. 167).

<sup>336</sup> ELLIOT & PERCY, ob. cit., p. 25.

es reconocida como una de las mayores fuentes de estos significados simbólicos. Estos significados culturales se transfieren a las marcas y son las marcas las que a menudo se utilizan como recursos simbólicos para la construcción y el mantenimiento de la identidad<sup>337</sup>

### 3.2. El Valor Social de las Marcas

Llegados a este punto, parece oportuno introducir algunas consideraciones al respecto del VSM, y al concepto mismo de valor en este contexto. Así pues, conviene comentar cómo la facultad, o mejor, la necesidad de utilizar los signos distintivos en la publicidad conlleva para el anunciante la facultad de crear y comunicar el VSM. Para describir y definir el VSM es preciso, nuevamente, recordar algunas ideas de SAUSSURE, quien afirma:

No solamente son confusos y amorfos los dos dominios enlazados por el hecho lingüístico, sino que la elección que se decide por tal porción acústica para tal idea es perfectamente arbitraria. Si no fuera éste el caso, la noción de valor perdería algo de su carácter, ya que contendría un elemento impuesto desde fuera. Pero de hecho los valores siguen siendo enteramente relativos, y por eso el lazo entre la idea y el sonido es radicalmente arbitrario. A su vez lo arbitrario del signo nos hace comprender mejor por qué el hecho social es el único que puede crear un sistema lingüístico. La colectividad es necesaria para establecer valores cuya única razón de ser está en el uso y en el consenso generales; el individuo por sí solo es incapaz de fijar ninguno. Además, la idea de valor, así determinada, nos muestra cuán ilusorio es considerar un término sencillamente como la unión de cierto sonido con cierto concepto. Definirlo así sería aislarlo del sistema del que forma parte; sería creer que se puede comenzar por los términos y construir el sistema haciendo la suma, mientras que, por el contrario, hay que partir de la totalidad solidaria para obtener por análisis los elementos que encierra<sup>338</sup>

El valor, y concretamente el VSM—de estos significantes radicalmente arbitrarios—es completamente relativo. Al igual que sucede en el caso de las lenguas, es la colectividad, la sociedad, quien se constituye y existe como sustrato necesario para el establecimiento del VSM. Sólo en un contexto social se puede verificar y establecer el VSM; valor que la publicidad crea y propone y el anunciante supone y espera que el consumo verifique. El VSM es una de las dimensiones fundamentales, junto con el VEM, que puede servir para aislar y explicar la particularidad específica del Derecho de la publicidad, toda vez que la función primordial de la comunicación comercial consiste en persuadir a los destinatarios de la publicidad como potenciales consumidores mediante la creación de valor, tanto social como emocional, es decir, mediante la creación y comunicación de información apelativa.

La publicidad, como se ha visto, participa en la creación y comunicación de una parte del significado del signo, a saber, no la clase de productos o servicios denotados por ella, sino la calidad y *goodwill* connotados. Las apelaciones publicitarias, y especialmente las de tipo emocional, sirven para construir el VEM, que como se sabe<sup>339</sup>, entre otras cosas, aumenta la notoriedad de la marca, mejora su personalidad o imagen, fideliza a los consumidores y usuarios, atrae a nuevos consumidores y usuarios, y

---

<sup>337</sup> ELLIOT & PERCY, ob. cit., p. 44.

<sup>338</sup> SAUSSURE [2002], ob. cit., p. 137.

<sup>339</sup> Ver Capítulo II.2.

mejora la percepción de la calidad del producto o servicio denotado. Ahora bien, el VSM que crea y comunica la publicidad, a diferencia de lo que ocurre con el VEM, no constituye la contraparte o contracara del significante, sino que se constituye en contraparte o contracara de otros signos, de otras “verdaderas marcas”.

Tal y como afirma SAUSSURE al referirse al concepto de “valor”, y que en el caso de la publicidad puede entenderse referido al VSM tal y como aquí se plantea, “tomado en su aspecto conceptual, es sin duda un elemento de la significación, y es muy difícil saber cómo se distingue de la significación a pesar de estar bajo su dependencia. Sin embargo, es necesario poner en claro esta cuestión so pena de reducir la lengua a una simple nomenclatura”<sup>340</sup>. Así pues, se puede decir que el VSM, en tanto en cuanto tipo específico de valor, no es un contenido diferenciable de los elementos que constituyen el signo, y que en modo alguno resulta pertinente para el Derecho de marcas, sino que es precisamente aquel contenido significativo que permite la oposición, la comparación de los signos como tales entre sí, en su entidad, pero como elementos de un sistema, a saber, el sistema de consumo.

Es importante recalcar que la noción de VSM que aquí se propone sería un elemento de la “verdadera marca” que no encuentra protección desde el Derecho de marcas al no cumplir, ni poder cumplir, una función denominadora *ad intra* o *ad extra* toda vez que esta función se agota en el contenido denotativo del significado. No obstante, se ha de recordar que en el caso de las marcas renombradas la LM concede un verdadero monopolio sobre el signo, y no ya sólo sobre la unidad entre significante y significado objetivo o denotado. Situación ésta que comporta un tipo de protección sobre el signo más propia del régimen de la propiedad intelectual puesto que como se comentó, en estos casos no se aplica el principio de especialidad. La marca prácticamente otorga a su titular, en tales supuestos, un derecho de monopolio sobre el significante en abstracto, desvinculado de significado objetivo concreto, es decir de productos o servicios específicos según la clasificación de Niza.

Con el fin de enriquecer la descripción del concepto de VSM conviene traer a colación otra cita de SAUSSURE que sirve para ilustrar el sentido en el que se propone el VSM como contraparte de otros signos, creada y comunicada por la publicidad:

[...] consignemos primero que, incluso fuera de la lengua, todos los valores parecen regidos por ese principio paradójico. Los valores están siempre constituidos: 1° por una cosa *desemejante* susceptible de ser *trocada* por otra cuyo valor está por determinar; 2° por cosas *similares* que se pueden *comparar* con aquella cuyo valor está por ver. Estos dos factores son necesarios para la existencia de un valor. Así, para determinar lo que vale una moneda de cinco francos hay que saber: 1° que se la puede trocar por una cantidad determinada de una cosa diferente, por ejemplo, de pan; 2° que se la puede comparar con un valor similar del mismo sistema, por ejemplo, una moneda de un franco, o con una moneda de otro sistema (un dólar, etc.). Del mismo modo una palabra puede trocarse por algo desemejante: una idea; además, puede compararse con otra cosa de la misma naturaleza: otra palabra. Su valor, pues, no estará fijado mientras nos limitemos a consignar que se puede «trocar» por tal o cual concepto, es decir, que tiene tal o cual significación; hace falta además compararla con los valores similares, con las otras palabras que se le pueden oponer. Su contenido no está verdaderamente determinado más que por el concurso de lo que existe fuera de ella. Como la palabra

---

<sup>340</sup> SAUSSURE [2002], ob. cit., p. 138.

forma parte de un sistema, está revestida, no sólo de una significación, sino también, y sobre todo, de un valor, lo cual es cosa muy diferente<sup>341</sup>

Así como la diferenciación competitiva, de la que se ocupa el Derecho de marcas, conlleva significación, el VSM sería el mecanismo a través del cual opera esta significación en el ámbito del consumo, haciendo posible la comparación; y es la publicidad la sede en la que se crea y comunica, y el Derecho de la publicidad la normatividad que lo regula. En otras palabras, la publicidad genera significado en el sistema del consumo, distinguiendo los productos mediante la generación de valor que los sitúa en relación de oposición:

Quando se comparan los signos entre sí —términos positivos—, ya no se puede hablar de diferencia; la expresión sería impropia, puesto que no se aplica bien mas que a la comparación de dos imágenes acústicas, por ejemplo *padre* y *madre*, o a la de dos ideas, por ejemplo la idea 'padre' y la idea 'madre'; dos signos que comportan cada uno un significado y un significante no son diferentes, sólo son distintos. Entre ellos no hay más que *oposición*<sup>342</sup>

Tal y como se pasa ahora a explicitar, la dinámica competitiva del mercado que se ha expuesto antes en el contexto de las relaciones concurrenciales en términos de diferenciación, al estudiarse desde la perspectiva del consumo debe entenderse en términos de oposición, de lucha distintiva y de autodefinición; en términos de estilos de vida.

#### **4. La publicidad como creación y gestión de capital simbólico**

Tal y como propone BAUDRILLARD, la dimensión simbólica del consumo supone una transposición de la ideología de la competencia económica desde el ámbito de la producción al ámbito del consumo<sup>343</sup>. Para este autor, es precisamente en el surgimiento del “valor de signo”, o del valor del significado simbólico de los productos-marca que se consumen, que se observa la transición del capitalismo de producción al capitalismo de consumo<sup>344</sup>. Así como en el capitalismo de producción se da una transición desde el valor de uso al valor de cambio, en el capitalismo de consumo el valor de cambio es reemplazado por el valor de signo. La lógica de la lucha económica entre los distintos oferentes en el mercado, que dada la gran similitud entre los productos y servicios se diferencian más por la imagen de sus respectivas marcas que por cualidades objetivas, se traslada al consumo, mediante el que los adquirentes de productos-marca compiten entre sí por el estatus derivado de ciertos tipos de consumo y de los estilos de vida que estos conforman y representan.

---

<sup>341</sup> SAUSSURE [2002], ob. cit., p. 139.

<sup>342</sup> SAUSSURE [2002], ob. cit., p. 145.

<sup>343</sup> “Gracias a miles de distinciones marginales y la usual y pura difracción formal de un producto mediante el condicionamiento, la competencia se ha exacerbado en todos los planos, abriendo un inmenso campo de posibilidades para una libertad precaria; y, sin lugar a dudas, de la mayor de las libertades, a saber, la libertad de escoger los objetos que distinguirán a una persona de otra” (BAUDRILLARD [1968], ob. cit., p. 199).

<sup>344</sup> Cfr. BAUDRILLARD, J., “Crítica de la economía política del signo”, México: Siglo XXI, 1979.

Así pues, para este autor, “confrontar el crecimiento de las necesidades y el crecimiento de la producción significa sacar a relucir la diferenciación como variable ‘intermedia’ decisiva. Por ello, se deben estudiar las interrelaciones entre la cada vez mayor diferenciación de productos y la cada vez mayor diferenciación de la demanda social de prestigio”<sup>345</sup>. En el capitalismo de consumo, la lógica de la diferenciación de productos y servicios mediante la que se articula la competencia económica entre oferentes, se traslada al ámbito del consumo en el que el valor signo de los productos-marca confiere a los adquirentes la posibilidad de diferenciarse en términos de prestigio social. En este orden de ideas, BAUDRILLARD sostiene:

La publicidad como un todo no tiene significado. Tan sólo transmite significaciones. Sus significaciones (y los comportamientos a los que invitan) nunca son personales: todos son diferenciales; todos son marginales y combinatorios. En otras palabras, todos son del orden de la producción industrial de la diferencia—y esto, me parece, puede servir como la más comprensible definición del sistema de consumo<sup>346</sup>

Ahora bien, para este autor el sistema de consumo, el sistema de los objetos-devenidos-en-publicidad, de los objetos-publicidad, no estructura la personalidad ni las relaciones sociales, sino que sirve para designar a aquella y para clasificar a estas subdividiéndolas en una especie de “repertorio jerarquizado”<sup>347</sup>. Este repertorio jerarquizado, en su expresión formal, “constituye un sistema universal para la identificación del rango social: el código del ‘estatus’”<sup>348</sup>. No obstante lo sugerente de la propuesta de BAUDRILLARD, se debe advertir que este tipo de conceptualizaciones tienden a exagerar el papel que cumple el significado simbólico y su consumo. Tal y como sostiene este autor:

[...] el comportamiento de los consumidores, que parece estar dirigido hacia un objeto y hacia el placer, de hecho responde a objetivos bien diferentes: la expresión metafórica y desplazada del deseo, y la producción de un código de valores sociales a través del uso de signos diferenciadores. Lo determinante no es la función del interés individual dentro de un universo de objetos, sino más bien las funciones específicamente sociales del intercambio, la comunicación y la distribución de valor dentro de un universo de signos<sup>349</sup>

Sentenciar, como hace él, que la función del interés individual no es determinante equivale a desconocer, tal y como ha apuntado SWEDBERG, que “el consumo está vitalmente unido a la producción; que el consumo está anclado en relaciones sociales concretas; y que la fuerza motriz del consumo es el interés individual, tal y como se promueve y muchas veces se conforma por el ánimo de lucro”<sup>350</sup>. Así pues, reconociendo que la dimensión simbólica del consumo implica aceptar el hecho de que los consumidores al actuar como tales no sólo buscan suplir necesidades materiales,

---

<sup>345</sup> BAUDRILLARD, J., “The Consumer Society: Myths and Structures”, Londres: Sage Publications, 2005 [1970], p. 64. Tal y como insiste BAUDRILLARD, “es importante captar que esta personalización, esta búsqueda de estatus y posicionamiento social, se basan en signos. Es decir, se basan no en objetos o bienes como tales, sino en diferencias” (BAUDRILLARD [1970], ob. cit., p. 90).

<sup>346</sup> BAUDRILLARD [1970], ob. cit., p. 64. En otro lugar afirma este autor: (BAUDRILLARD [1970], ob. cit., p. 88).

<sup>347</sup> Baudrillard [1968], ob. cit., p. 212.

<sup>348</sup> Baudrillard [1968], ob. cit., p. 212.

<sup>349</sup> BAUDRILLARD, J., *Consumer Society*, en GLICKMAN, L. B. (ed.), *Consumer Society in American History: A Reader*, New York: Cornell University Press, 1999, p. 47.

<sup>350</sup> SWEDBERG, op. Cit., p. 250.

sino que también buscan satisfacer deseos mediante el consumo del significado simbólico de los productos-marca que adquieren, se debe recordar que los deseos e intereses que motivan las elecciones de los consumidores no se satisfacen entera y exclusivamente mediante el consumo de tales significados simbólicos. El consumo del significado simbólico de los productos-marca, tal y como sostienen ELLIOT & PERCY:

[...] es un proceso social que ayuda a hacer visible y a estabilizar las categorías básicas de una cultura que están en permanente cambio, y las decisiones de consumo ‘se convierten en una fuente vital de la cultura del momento’. Los significados de los bienes de consumo están enraizados en su contexto social, y la demanda de bienes se deriva más de su papel en las prácticas culturales que de la satisfacción de necesidades humanas sencillas. Así pues, los bienes de consumo son más que simples objetos de intercambio económico, ‘son bienes con los que pensar, bienes con los que hablar’, y son una parte importante de los símbolos y signos que utilizamos para situarnos en nuestra sociedad. [...] Es dentro de este contexto social que el individuo utiliza los bienes de consumo y el proceso de consumo como los materiales con los que construir y mantener una identidad, formar relaciones y encuadrar eventos psicológicos<sup>351</sup>

Se debe evitar ir más allá de conceder al consumo, y en particular al consumo del significado simbólico de los productos-marca, un papel en el posicionamiento social del individuo—mediante la autodefinición y la consolidación de relaciones—desnaturalizándolo como fenómeno real vinculado con la producción, imbricado dentro de relaciones sociales específicas y concretas, y definido, en gran medida, por el ánimo de lucro de los anunciantes. En otras palabras, reconocer la importancia del consumo del significado simbólico de productos y servicios, de marcas en definitiva, no se puede explicar fuera del contexto económico que lo origina, de su contexto socioeconómico. El consumo mismo, es bifronte, inescindible. En este orden de ideas, tal y como sostiene SOLOMON:

[...] una de las premisas fundamentales del comportamiento de los consumidores es que las personas a menudo adquieren productos, no por lo que estos hacen, sino por lo que significan. Este principio no implica que la función primordial de los productos no sea importante, sino que el papel y el significado que tienen los productos en nuestras vidas exceden en mucho a las tareas que realizan. El significado más profundo de un producto puede servir para destacarlo de entre otros productos y servicios similares—siendo todas las cosas iguales, una persona elegirá la marca que tenga una imagen (¡o incluso una personalidad!) consistente con sus ideas subyacentes<sup>352</sup>

Por todo lo anterior, parece más conveniente, como hace BOURDIEU, plantear la cuestión del estatus, de las relaciones entre consumo y estilo de vida, en el contexto del “espacio social”<sup>353</sup> y sus “campos”<sup>354</sup>, como un fenómeno de “distinción”, de posicionamiento

---

<sup>351</sup> ELLIOT & PERCY, ob. cit., p. 46.

<sup>352</sup> SOLOMON, ob. cit., p. 15. Al coincidir con el planteamiento de SOLOMON se reconoce que “el consumo está vitalmente encadenado con la producción; que el consumo está anclado en relaciones sociales concretas; y que la fuerza motora del consumo es el interés personal, tal y como se motiva y a menudo se forma por el interés de lucro [...] el consumo es más que un juego semiótico de significados; está sólidamente anclado en un sistema de relaciones sociales que no sólo involucra al consumidor y al vendedor, sino a menudo también a la familia del consumidor, sus relaciones, compañeros, colegas de trabajo, y así mismo a sus relaciones de clase de forma más general” (SWEDBERG, R., *Principles of Economic Sociology*, Princeton: Princeton University Press, 2003, p. 250).

<sup>353</sup> “La noción de espacio contiene, en si misma, el principio de la comprensión relacional del mundo social. Afirma que toda ‘realidad’ que designa reside en la mutua exterioridad de sus elementos



distintivo<sup>355</sup>. La distinción, tal y como la presenta este autor, no es simplemente diferenciación, sin más, pues el simple hecho de “existir en un determinado espacio social, ocupar un punto o ser un individuo dentro de un espacio social, es diferir, es ser diferente”<sup>356</sup>. La distinción es la diferencia que se percibe como tal por otro, que se convierte en diferencia socialmente pertinente sólo cuando “es percibida por alguien capaz de hacer la distinción—porque al estar inmerso en el espacio en cuestión, no es indiferente y posee categorías de percepción, esquemas clasificatorios, un determinado gusto, que le permite diferenciar, discernir, distinguir”<sup>357</sup>.

Ahora bien, para entender correctamente la propuesta de BOURDIEU, que supera la concepción de clase social ligada a la producción, y la de estatus ligada al consumo y el estilo de vida<sup>358</sup>, recuperando la necesaria correlación que debe mantenerse entre el consumo y la producción, es menester traer a colación el concepto de “habitus” formulado por dicho autor:

El *habitus* es a la vez el principio generativo de juicios objetivamente clasificables y el sistema de clasificación (*principium divisionis*) de estas prácticas. Es en la relación entre las dos capacidades que definen el *habitus*, la capacidad de producir prácticas y

---

compuestos. Los seres directamente visibles, aparentes, bien sean individuos o grupos, existen y subsisten en y a través de la diferencia; esto es, ocupan posiciones relativas en un espacio de relaciones que, aunque invisible y siempre difícil de mostrar empíricamente, es la más real de las realidades (el *ens realissimum*, como diría el escolasticismo) y el principio real del comportamiento de los individuos y de los grupos” (BOURDIEU, P., *Practical Reason: On the Theory of Action*, Cambridge: Polity, 2007 [1994], p. 31). Tal y como apunta este autor, al optar por hablar en términos de espacio social “se resuelve, haciéndolo desaparecer, el problema de la existencia o inexistencia de las clases sociales que ha dividido a los sociólogos desde los comienzos. Uno no puede desconocer la existencia de clases sin desconocer también el elemento esencial de aquello que los defensores de la noción buscan afirmar al usarla, a saber, la diferenciación social, que puede generar antagonismos individuales y, a veces, confrontaciones colectivas entre agentes situados en diferentes posiciones del espacio social. La ciencia social debería construir no clases, sino el espacio social dentro del cual las clases se pueden demarcar, pero que sólo existen sobre el papel” (BOURDIEU [1994], ob. cit., p. 32)

<sup>354</sup> El concepto de campo es central en la obra de BOURDIEU, y suele utilizarlo siempre en un contexto específico, refiriéndose a campos determinados. Por ello resulta muy oportuna, para los efectos que aquí interesan, una de las pocas alusiones que hace al concepto como tal cuando se le pide diferenciarlo de otros: “En un campo, los agentes y las instituciones luchan permanentemente por apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa, de acuerdo con las regularidades y reglas constitutivas de este espacio de juego (y, en ocasiones sobre las mismas reglas de juego), con distintos niveles de fuerza entre los competidores y, por lo tanto, con muy diversas probabilidades de éxito” (BOURDIEU, P., & WACQUANT, L. J. D., *An Invitation to Reflexive Sociology*, Chicago: University of Chicago Press, 1992, p.102). Así pues, el campo es un espacio social determinado, un sistema de relaciones definido en términos de un tipo de capital específico detentado por unos agentes que compiten entre sí.

<sup>355</sup> Tal y como recuerda CASTON BOYER, “la oposición de clases en Bourdieu no se reduce a su dimensión objetiva de oposición entre grupos definidos por su condición (condiciones materiales) y por su posición (lugar ocupado en relación con otros grupos sociales), sino que, además, tiene en cuenta las distinciones simbólicas, que redoblan las oposiciones precedentes, conservando con respecto a ellas una cierta autonomía. Como, por ejemplo, la menara diferente de vestirse, los gustos artísticos, los hábitos lingüísticos, los diversos tipos de consumo, etc” (CASTON BOYER, P., *La sociología de Pierre Bourdieu*, 76 REIS 75, 1996, p. 88).

<sup>356</sup> BOURDIEU [1994], p. 9.

<sup>357</sup> BOURDIEU [1994], p. 9.

<sup>358</sup> Tal y como afirma WEBER, las “clases” están estratificadas en función de sus relaciones con la producción y adquisición de bienes, mientras que los ‘grupos de estatus’ están estratificados en función de los principios de *consumo* de bienes tal y como se representan en ‘estilos de vida’ especiales” (WEBER, M., “*Class, Status, Party*”, en GERTH, H. & MILLS, C. W., “*From Max Weber: Essays in Sociology*”, New York: Oxford University Press, 1958, pp.186 ss.).

obras clasificables, y la capacidad de diferenciar y apreciar estas prácticas y obras (gusto), donde se constituye el mundo social representado, es decir, el espacio de los estilos de vida<sup>359</sup>

El “habitus”, en cuanto principio generativo, determina el consumo como práctica, y a la vez, en cuanto gusto, lo dota de significado, lo determina y lo distingue. Así pues, los estilos de vida, que son productos sistemáticos del “habitus”, “al ser percibidos en sus relaciones mutuas a través de los esquemas del *habitus* se convierten en sistemas de signos socialmente cualificados”<sup>360</sup>. No obstante, se debe matizar en el sentido de que el “gusto”, siendo parte del “habitus”, es la “fórmula generativa” del estilo de vida, de aquel “conjunto unitario de preferencias distintivas que expresan la misma intención expresiva dentro de la lógica específica de cada uno de los sub-espacios simbólicos, mobiliario, vestido, lenguaje o *hexis* [disposición] corporal”<sup>361</sup>—toda vez que constituye la propensión y la capacidad de apropiar material y simbólicamente una determinada clase de prácticas y objetos clasificados y clasificadores<sup>362</sup>.

Así pues, el concepto de distinción supone la diferencia, pero va más allá, la cualifica, la distingue; ya no se trata tan sólo de diferenciarse, sino, sobre todo, de distinguir la diferencia como expresión simbólica de la posición de clase.<sup>363</sup> Ahora bien, tal y como afirma BOURDIEU:

Existe una homología bastante cercana entre los campos especializados de producción en los que los productos se desarrollan, y los campos (el campo de las clases sociales o el campo de la clase dominante) en los que se determinan los gustos. Esto significa que los productos desarrollados en las pugnas competitivas de las que cada uno de los campos de producción es sede, y que son el origen del interminable cambio de estos productos, se encuentra, sin tener que buscarlo expresamente, con la demanda que se forma en las relaciones, subjetiva u objetivamente antagónicas, entre las distintas clases o fracciones de clases por bienes de consumo materiales o culturales o, más

---

<sup>359</sup> BOURDIEU [1979], ob. cit., p. 170. SWEDBERG comenta: “El *habitus* de todo individuo, en un nivel general, no sólo está formado por la clase a la que pertenece, sino que además lo está por las relaciones entre aquella y otras clases. El *habitus* de un individuo influye en la forma en que éste actúa mediante dos mecanismos específicos: esquemas de clasificación y gusto. Si muchas personas consumen el mismo producto, emerge un estilo de vida; y por ello, un estilo de vida puede ser descrito como un sistema de gustos. El gusto, según Bourdieu, opera como un mecanismo importante, y en gran medida inconsciente, en la reproducción de la sociedad de clases, un poco como la educación” (SWEDBERG, ob. cit., p. 256).

<sup>360</sup> BOURDIEU [1979], ob. cit., p. 172.

<sup>361</sup> BOURDIEU [1979], ob. cit., p. 173

<sup>362</sup> Se debe recordar que los “estilos de vida no duran para siempre, y no están escritos en piedra; a diferencia de los valores profundos, los gustos y las preferencias de las personas evolucionan a lo largo del tiempo, por lo que los patrones de consumo que fueron bien vistos en un determinado momento al cabo de unos pocos años pueden ser motivo de risas y burlas” (SOLOMON, ob. cit., p. 558).

<sup>363</sup> El gusto, pues, “transforma prácticas objetivamente clasificadas—en las que una condición de clase se significa (a través del gusto)—en prácticas clasificadoras, esto es, en una expresión simbólica de la posición de clase, al percibir las en sus mutuas relaciones y en términos de esquemas sociales clasificatorios. Por consiguiente, el gusto es la fuente del sistema de rasgos distintivos que no puede dejar de ser percibido como una expresión sistemática de una clase particular de condiciones de existencia, es decir, como un estilo de vida distintivo, por cualquiera que posea conocimiento práctico sobre las relaciones entre signos distintivos y posiciones en la distribución entre el universo de propiedades objetivas—que sale a luz por medio de construcción científica—y el no menos objetivo universo de los estilos de vida—que existe como tal para y a través de la experiencia ordinaria” (BOURDIEU [1979], ob. cit., p. 175).

exactamente, en la pugna competitiva entre ellas por estos bienes, que son la fuente de los gustos cambiantes<sup>364</sup>

El análisis de BOURDIEU sirve para explicar que el funcionamiento persuasivo de la publicidad, tal y como opera a través de los contenidos connotativos de las marcas, y particularmente del VSM, no tiene que ser buscado expresamente. Es decir, se da en virtud de los mecanismos más profundos, en alguna medida inconscientes, que estructuran la competencia y el consumo, y que son expresados o plasmados por los publicistas en los anuncios. Consecuentemente, el trabajo de los intermediarios culturales, de los autores de la publicidad, que también está dinamizado por estos mecanismos, conlleva que la creación de significados simbólicos, ya mencionados, no necesariamente se concibe como consecuencia de estrategias de segmentación. Esos significados simbólicos se darán, tal y como opina este autor, como fruto de un encuentro hermenéutico fortuito pero necesario, se determinan, mutuamente, de forma “natural”. Así pues, son precisamente los intermediarios culturales, los autores de la publicidad, quienes idean, expresan y hacen visibles y comunicables, las actitudes y valores implícitos del habitus, en cuanto que esquema clasificatorio, para influir en él, y en cuanto gusto, educándolo mediante la creación de apelaciones publicitarias, especialmente de tipo emocional, que se comunican prioritariamente a través de indicios periféricos. De esta forma, los estilos de vida no son creados por la publicidad, sino por el consumo mismo que generaliza un determinado sistema de gustos en un campo específico.

La marca registrada, y los nombres comerciales, como se ha dicho antes, forman parte del capital de una empresa y se reputan en términos contables como activos intangibles. La valoración económica financiera, o monetaria, de las marcas como activos intangibles es un proceso contable complejo, que generalmente se basa “en percepciones de los consumidores y actitudes conductuales medibles [que] difieren en términos de escalas, definiciones de índices y bases de comparación. Por lo tanto, siempre deben ser considerados como medidas e índices relativos”<sup>365</sup>. Dejando de lado estas cuestiones bien importantes, mas recordando no obstante que las marcas registradas y los nombres comerciales son de hecho activos que forman parte del capital de una empresa en términos económico financieros y contables, y que además se protegen jurídicamente a través de la LM, lo que aquí se propone es que la marca registrada, en cuanto “verdadera marca”, esto es, el signo y su valor social, como un todo, constituye un particular tipo de capital, en términos amplios o socioeconómicos, a saber, capital simbólico. El capital simbólico, tal y como aquí se concibe y propone, no es pues propiamente capital en términos económico financieros o contables, mas no obstante se verá como resuenan en este concepto—que se construirá en parte utilizando categorías e instituciones jurídicas, propias, en España, de la LM—los criterios utilizados desde la contabilidad para la evaluación de su valor monetario.

Como punto de partida para explicar este concepto es necesario traer a colación la definición propuesta por BOURDIEU, quien sostiene que el capital simbólico es “cualquier propiedad (cualquier forma de capital bien sea físico, económico, cultural o social) cuando es percibida por agentes sociales dotados con categorías de percepción

---

<sup>364</sup> BOURDIEU [1979], ob. cit. p. 230.

<sup>365</sup> SALINAS, op. cit., p. 47.

que les llevan a conocerlo y a reconocerlo, a otorgarle valor”<sup>366</sup>. En este orden de ideas, la marca registrada—que como se ha sostenido es creada por la publicidad mediante la comunicación de significados connotativos que se han descrito en términos de VEM y VSM, los cuales incluso se protegen ex LM en los casos de las marcas notorias y renombradas—es capital simbólico toda vez que los destinatarios de la publicidad están dotados de categorías de percepción y gusto, de habitus, que la misma publicidad contribuye a crear y educar respectivamente, que les posibilita otorgarle valor, que se puede cuantificar en términos contables y por ello es constitutivo del valor económico de los activos intangibles de un anunciante.

El capital simbólico, tal y como sostiene este autor, es “la forma que toma cualquier tipo de capital cuando es percibido a través de categorías de percepción que son el producto de la corporeización de divisiones o de oposiciones inscritas en la estructura de la distribución de este tipo de capital”<sup>367</sup>. Este capital, propiedad del titular de la marca, a diferencia de lo que ocurre con el capital económico, se valoriza en la medida en que es consumido por terceros: por los destinatarios de la publicidad que se convierten en consumidores de los productos y servicios distinguidos por la respectiva marca. Los consumidores de tales productos o servicios, y por ello de la marca y su correspondiente significado simbólico, se convierten en copropietarios del VSM, y del capital simbólico mismo, al haberlo reconocido y distinguido como tal, y por ello, y a la vez, quedan distinguidos por tal valor, y se hacen así mismo distinguibles.

En esta medida, el consumo se constituye en actividad expresiva del consumidor mediante la apropiación de un capital simbólico, ideado por los creadores de la publicidad que son los verdaderos intermediarios culturales que lo concretan, bajo la dirección del anunciante y en provecho éste, que siendo también el propietario de la publicidad, ejerce su derecho a anunciar y la realiza o comunica precisamente para generar, consolidar o aumentar ese capital simbólico que transfiere al vender su producto-marca. El consumo de los productos y servicios identificados por una determinada marca, que conlleva el consumo de su significado simbólico, implica la existencia de un consumidor que conoce y reconoce, y desea ser reconocido por, el valor mismo que en un determinado campo se le otorga a este capital simbólico, a esta marca, por el habitus. En esta medida, cuanto más se consume este capital simbólico, más valor adquirirá para sus propietarios, incluso al punto de que la respectiva marca pueda llegar a merecer protección más allá del principio de especialidad como marca notoria o renombrada, y precisamente con base en estos niveles de consumo se puede generalizar el sistema de gustos que define un estilo de vida.

Pero hay que agregar que la marca registrada, es capital simbólico objetivado. No es un capital simbólico difuso, que depende únicamente de un reconocimiento colectivo, como puede ser el caso del *goodwill* de una empresa, o incluso de la marca no registrada que no obstante es “verdadera marca”. Al decir que la marca registrada es un tipo de capital simbólico objetivado se quiere poner de relieve el hecho de que es un capital que ha sido “codificado, delegado y garantizado por el Estado, en una palabra, burocratizado”<sup>368</sup>. El Registro, que mediante el registro de la marca, actuando en nombre del Estado, declara la existencia de una marca, en conexión con los productos o

---

<sup>366</sup> BOURDIEU [1994], ob. cit., p. 47.

<sup>367</sup> BOURDIEU [1994], ob. cit., p. 47.

<sup>368</sup> BOURDIEU [1994], ob. cit., p. 51.

servicios que identifica, y define a quién pertenece en exclusiva su uso y explotación, ejerce un poder genuinamente creativo, casi divino, como diría BOURDIEU<sup>369</sup>. Pero además, en virtud de la creación de este capital simbólico objetivado, el Estado le otorga al titular de la marca una especie de “nominación oficial para instituir identidades socialmente garantizadas”<sup>370</sup>, con el concurso del mercado.

No obstante, el poder otorgado al titular de la marca para permitir a terceros participar de su capital simbólico, no es autónomo como el del Estado, toda vez que además del reconocimiento de éste, y del concurso del mercado, necesita garantizar la permanencia del valor social de su capital simbólico mediante la creación, reproducción y comunicación de dicho valor, es decir, requiere también del concurso de la publicidad. Pues sólo existiendo dicho VSM que ayuda a conformar el significado simbólico, se venderá el producto, permitiendo así el consumo del capital simbólico embrionariamente contenido en el registro. Y, sólo al conseguir, con el concurso del mercado y de la publicidad, que su capital simbólico sea profusamente consumido conseguirá el capital simbólico objetivado el renombre necesario para que el VSM deje de ser capital simbólico difuso y pase a formar parte del mismo capital simbólico objetivado, que es precisamente lo que ocurre, como se ha puesto de relieve, con las marcas notorias o renombradas.

El capital simbólico objetivado, si bien necesita juridificarse a través del registro para poder ser tal, se construye mediante la creación del valor social y emocional con que la publicidad, y en concreto sus autores, los publicistas, dotan de significado a la marca en cuanto que signo, la hacen clasificable y educan el gusto de los destinatarios de la publicidad para que la puedan clasificar y puedan reconocer a quienes se distinguen con ella. Este valor es el significado simbólico que los autores de la publicidad idean, movidos también ellos por el habitus, y el anunciante comunica como connotación de una marca, entendida como signo, y que junto con el significado objetivo denotado, del significante, construye y constituye la imagen de marca. Este valor, o más bien, la interpretación de su significado simbólico, opera hasta cierto punto de forma inconsciente, a través del gusto, y se dinamiza por las emociones evocadas por las apelaciones emocionales hasta determinar la preferencia por consumir un determinado producto o servicio y su significado, un determinado estilo de vida y no otro<sup>371</sup>.

Es decir, la obra de los publicistas, la publicidad, actúa en dos niveles en la creación y reproducción de la imagen de marca: dota de significado simbólico a un producto en términos de valor social y emocional, que como tal no es protegido por el Derecho de

---

<sup>369</sup> “Declarando con autoridad lo que un ser (cosa o persona) es en verdad (veredicto) de acuerdo con su definición socialmente legítima, esto es, lo que está autorizado a ser, lo que tienen un derecho (y un deber) de ser, el ser social que pueden reclamar, el Estado ejerce un poder genuinamente creativo, casi divino” (BOURDIEU [1994], ob. cit., p. 52).

<sup>370</sup> BOURDIEU [1994], ob. cit., p. 52

<sup>371</sup> Es de anotar que “no obstante que el consumidor aprende y desarrolla los símbolos de consumo a través de procesos de socialización y de contacto con los medios de comunicación de masas (i.e. publicidad), esto no significa que todo el mundo que posee un mismo producto lo adquirió por el mismo significado simbólico. Un producto puede tener un amplio rango de significados ya que la creación de significado no es un proceso determinista y unidireccional, y cada individuo puede asociar significados culturales diferentes e inconsistentes a un producto, dependiendo del punto al que comparta la imaginación colectiva. Esto quiere decir que nos podemos equivocar con el simbolismo, esto es, podemos malinterpretar el significado de una marca, especialmente en el campo de productos culturalmente significativos donde el gusto es el árbitro de la corrección.” (ELLIOT & PERCY, ob. cit., p. 48).

marcas, salvo en el caso de las marcas renombradas que adquieren una protección comparable a la que otorga la propiedad intelectual, y, simultáneamente, el valor emocional con el que se impregna a la marca mediante el uso de apelaciones emocionales, a través de las cuales el consumidor completa su interpretación irracional e inconsciente, dinamiza su motivación hasta concluir en el consumo del producto cuyo significado simbólico se prefiere. El gusto pues, se asocia a la lectura del significado simbólico, mientras que la emocionalización del consumo forma parte de los resortes inconscientes del *habitus* que configuran la capacidad de producir prácticas y obras clasificables.

En este orden de ideas, lo que ahora se propone y sostiene es que el poder de venta de las marcas no se puede explicar exclusivamente en términos de calidad y *goodwill* connotados, sino que es necesario entender cómo el VSM, que la publicidad crea y comunica, estructura relaciones de oposición que dinamizan el consumo y que se verifican en él. El significado simbólico de la marca, el cual está compuesto tanto por el buen nombre connotado como por el VSM, al ser interpretado por parte del consumidor sirve de motivación y justificación de las preferencias de consumo, las cuales son conducidas y movilizadas emocionalmente, principalmente a través del procesamiento de los contenidos apelativos de la publicidad. En el caso de que el gusto que determina estas preferencias llega a ser lo suficientemente compartido se generará el estilo de vida, ese particular sistema de gusto.

## SEGUNDA PARTE: EL DERECHO A ANUNCIAR Y LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

### CAPÍTULO IV. LA DOCTRINA DEL DISCURSO COMERCIAL EN EL ORDENAMIENTO NORTEAMERICANO

Tal y como se sostiene en el Capítulo I, el régimen jurídico de la publicidad en España sólo regula aquellas comunicaciones/mensajes realizados por un anunciante para la promoción directa o indirecta de los bienes o servicios que suministra o presta; sólo regula aquel tipo de comunicación comercial realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. Esta importante distinción permite no sólo identificar aquellos discursos a los que se les aplica la normativa española que regula la publicidad, sino que, por ello mismo, sirve para identificar otras formas de expresión o discurso que, no obstante utilizar las herramientas que conforman el *promotional-mix*, o incluso otras herramientas mercadotécnicas que conforman el *marketing-mix*, pero que no son originadas por un anunciante que como tal ejerce su derecho a comunicar información tendente a promover de forma directa o indirecta los bienes o servicio que provee, no deben considerarse legalmente como “publicidad” entendida como comunicación comercial regulada. A pesar de que se trate de formas o discursos que utilizan la publicidad, en España, ésta es un tipo de comunicación/mensaje que ni incluye el etiquetado de los productos, ni la publicidad empresarial, corporativa o de imagen, ni las relaciones públicas que no promocionen de forma directa o indirecta productos o servicios de la empresa.<sup>372</sup> La publicidad, en definitiva, tal y como se define en la LGP, y toda vez que excluye la publicidad corporativa o de imagen y las relaciones públicas que no promocionan de forma directa o indirecta los productos o servicios del anunciante, no es sinónimo de comunicación comercial, es tan sólo un tipo o especie de comunicación comercial. En concreto, aquella que promueve el consumo de bienes o servicios ofertados por el anunciante, y que se ha denominado publicidad-promoción, para diferenciarla de otros tipos de publicidad que también se engloban dentro de la categoría de comunicación comercial, o publicidad-comunicación.

La comunicación que un empresario mantiene con diferentes grupos de sujetos interesados (*stakeholders*), tanto internos (v.gr. empleados, accionistas, etc.) como externos (v.gr. vecinos, asociaciones de consumidores, etc.), que no promueve de forma directa o indirecta el consumo de los bienes o servicios proporcionados por la empresa, e indistintamente de la utilización de herramientas mercadotécnicas, es un tipo de comunicación, de publicidad-comunicación, bien diferente a la “publicidad” regulada

---

<sup>372</sup> Ver Capítulo 1, apartado 2.2.d).

por la LGP, que cabe dentro de la definición de comunicación comercial. Tal y como se verá a lo largo del presente Capítulo, es fundamental diferenciar claramente entre la publicidad regulada en España mediante la LGP y la comunicación comercial y el discurso comercial articulado por la jurisprudencia norteamericana. Si se ignora esta distinción no se podría transparentar el hecho de que se trata de dos categorías de discurso diferentes, una de las cuales, la publicidad, está regulada en la LGP, y la otra, las comunicaciones comerciales, no, como ya se ha comentado. La comunicación comercial incluye la publicidad regulada en la LGP y otros tipos de comunicación, tales como la publicidad corporativa o de imagen y las relaciones públicas, que no promocionen de forma directa o indirecta productos o servicios de la empresa, por lo que no constituyen “publicidad” a efectos de lo dispuesto en la LGP.

A los efectos de poder dilucidar la relación entre los derechos de libertad del artículo 20 CE y la publicidad definida y regulada en la LGP, tal y como se propone en el Capítulo siguiente, nos resultará de gran utilidad examinar cómo la publicidad se protegió en los casos que se comentan en este Capítulo, y cómo la elaboración doctrinal y jurisprudencial norteamericana, que ha sido incorporada por buena parte de la doctrina y la jurisprudencia española, lo ha hecho desconociendo la diferenciación esencial entre las diversas modalidades de discurso configuradas y definidas por el Tribunal Supremo de los EE.UU. Es imprescindible recordar que la publicidad se protegió por primera vez como manifestación de los derechos de libertad de expresión e información a mediados de la década de los 70 en los EE.UU. Hecho que desde entonces, tal y como se evidencia en la estrecha mayoría que aprobó la sentencia<sup>373</sup>, es causa de constante y encarnizado debate. La polémica en torno a este tema, a lo que se ha denominado la doctrina del discurso comercial (*commercial speech doctrine*<sup>374</sup>), persiste hasta el día de hoy, tanto en sede jurisdiccional como en la academia. Analizar el desarrollo que esta cuestión ha tenido en Europa, y concretamente en España, tal y como se hará en el siguiente Capítulo, exige entender el origen y desarrollo de esta doctrina para poder enriquecer el análisis con los frutos del debate que genera.<sup>375</sup> Para ello, a continuación se analiza el desarrollo de la doctrina del discurso comercial desde sus orígenes hasta la actualidad, siguiendo sus tres primeros grandes hitos: *Valentine*, *Virginia Board* y *Central Hudson*. Acto seguido, se propondrá una relectura crítica de esta línea jurisprudencial que evidencia, de un lado, la similitud entre los conceptos de la doctrina norteamericana de discurso comercial (*commercial speech*) y comunicación comercial y las diferencias

---

<sup>373</sup> *Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al*, 425 US 748 (1976).

<sup>374</sup> El discurso comercial (*commercial speech*) se define en los siguientes términos: “*Communication (such as advertising and marketing) that involves only the commercial interests of the speaker and the audience, and is therefore afforded lesser First Amendment protection than social, political, or religious speech*” (“Black’s Law Dictionary”, St. Paul, Minn.: West Group, 1999 (7<sup>th</sup> Ed.)). Interesará estudiar, adicionalmente, el impacto de la doctrina del discurso comercial en materia de regulación de la ‘publicidad de vicios’ (o ‘vice’ advertising, que se define como aquel tipo de publicidad o promoción de productos o servicios que, siendo legales para mayores de edad, pueden resultar perjudiciales para los consumidores y la sociedad, y típicamente incluye la publicidad de juegos de azar, bebidas alcohólicas y productos del tabaco), y exponer su tratamiento dispar en ambos lados del Atlántico, concretamente con respecto a la regulación de la publicidad de los productos del tabaco y de las bebidas alcohólicas.

<sup>375</sup> A este respecto, en el ámbito español, vale la pena destacar trabajos tales como: RUBÍ PUIG, ob. Cit [2008], y “Publicidad y libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU”, *Revista InDret*, 4/2005; TATO PLAZA, A., “Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana: nuevos desarrollos”, ADI 15, 1993, pp. 843-848, y “Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana”, ADI 14, 1991-1992, pp. 169-196.



entre aquel (*commercial speech*) y la publicidad regulada en la LGP. Y por último, se analizará cómo justifica el Tribunal sus decisiones de proteger el discurso comercial: a quién se protege y cómo se justifica la intervención; y la problemática derivada de la definición variable o inestable del Tribunal Supremo estadounidense de discurso comercial, y su relación con el discurso corporativo, de empresa o de imagen (*commercial speech*).

## 1. Origen y evolución de la doctrina

Cualquier estudio sobre la relación entre publicidad y los derechos de libertad de expresión y/o de información debe partir, tal y como se ha apuntado, reconociendo que dicha relación se consideró por primera vez en la jurisprudencia estadounidense, al tenor de lo dispuesto en la Primera Enmienda de la Constitución. Dicha Enmienda—la cual fue adoptada en 1791, cuatro años después de la promulgación de la Norma Fundamental—de forma similar a lo que sucede con el artículo 20 de la Constitución española<sup>376</sup> no sólo reconoce y garantiza el derecho a la libertad de expresión sino que incluye otros aspectos de la vida social y cultural en los siguientes términos: “El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni impondrá obstáculos a la libertad de expresión o de prensa; ni coartará el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”<sup>377</sup>. Así, en la parte pertinente a la libertad de expresión, la Primera Enmienda establece que el Congreso no podrá elaborar ley alguna que limite dicha libertad, ni la libertad de prensa.

Al rastrear el origen jurisprudencial de la doctrina del discurso comercial se observa que hay autores que lo reconducen a diferentes precedentes.<sup>378</sup> La mayoría de los estudiosos coinciden en que ha de buscarse en el caso de *Valentine vs. Chrestensen*<sup>379</sup> de 1942. No obstante, al seguir la lectura del voto disidente del Magistrado Rehnquist en el caso

---

<sup>376</sup> El artículo 20 de la Constitución española establece:

1. Se reconocen y protegen los derechos:

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

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. 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.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

<sup>377</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

<sup>378</sup> Cfr. SHINER, R. A., “Freedom of Commercial Expression”, Oxford: Oxford University Press, 2003.

<sup>379</sup> *Valentine v Chrestensen* 316 US 52 (1942).

*Central Hudson*<sup>380</sup>, que se recoge por autores como SHINER<sup>381</sup>, pone de relieve que el juez Rehnquist se remonta a un precedente de 1919, a saber, el caso de *Abrams vs. EEUU*<sup>382</sup>. La razón que justifica remontarse a *Abrams* radica en que fue precisamente en este caso en el que el reconocido magistrado Oliver Wendell Holmes, en su voto particular, recurrió a la metáfora del libre comercio de las ideas y de la competencia en dicho mercado<sup>383</sup>. Holmes utiliza la figura para argumentar que el mejor test para la comprobación de la verdad o falsedad de una opinión consiste en ponerla a competir con otras:

[...] cuando los hombres caen en la cuenta de que el transcurso del tiempo ha perturbado muchas creencias contenciosas, puede que lleguen a creer, incluso más de lo que creen en los mismos fundamentos de su propia conducta, que la mejor manera de conseguir el bien último que se persigue es a través del libre intercambio de ideas; que la mejor prueba de veracidad es la fuerza que tiene una idea para conseguir ser aceptada en la competencia del mercado, y que la verdad es el único fundamento sobre el cual sus deseos se pueden realizar de forma segura<sup>384</sup>

Con base en esta apreciación, casi cincuenta años más tarde, se acuñó el concepto del “mercado de las ideas”<sup>385</sup>. En opinión de SHINER, la metáfora del mercado de las ideas representa un antecedente importante en la evolución de la doctrina del discurso comercial, a pesar de que en sus orígenes sólo se refería al debate político. En dicho contexto, el uso del mercado como metáfora ilustra la importancia y conveniencia del proceso de deliberación democrática, aun cuando en ocasiones tal metáfora pudiera resultar confusa, toda vez que no existe claridad ni consenso acerca de qué y cómo sería un “mercado político eficiente”, o de cómo un mercado podría producir resultados deseables en ausencia de regulación.<sup>386</sup> No obstante, cuando la metáfora se traslada al ámbito económico, se ha de subrayar que “[...] no se deriva del hecho de que la imagen del mercado de las ideas sea una imagen vivaz que sirve para transmitir algo profundo sobre las políticas democráticas, que por ello el libre intercambio de información comercial en el mercado económico sea una manifestación de la libertad de expresión”<sup>387</sup>.

---

<sup>380</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557 (1980)

<sup>381</sup> SHINER, ob. Cit.

<sup>382</sup> *Abrams et al v United States* 250 US 616 (1919).

<sup>383</sup> En el citado caso se confirma la condena contra cinco ciudadanos rusos por haber distribuido panfletos entre los operarios de una fábrica, en los que se instaba a cesar la producción de munición, que podría ser utilizada en contra de la Revolución rusa de 1917.

<sup>384</sup> “*But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out*” (*Abrams et al v United States* 250 US 616, 630 (1919); se omiten referencias).

<sup>385</sup> Cfr. *Lamont v Postmaster General of the United States* 381 US 301 (1965).

<sup>386</sup> Cfr. STRAUSS, D. A., “Persuasion, Autonomy and Freedom of Speech”, *Columbia Law Review* 91, 1991, p.349.

<sup>387</sup> “*But it does not follow from the fact that the marketplace of ideas image is a vivid image for conveying something profound about democratic politics that therefore the free flow of commercial information in the Economic marketplace is an instance of freedom of expression*” (SHINER, ob. Cit. p.300). Tal y como afirma WEINRIB en este mismo sentido: “Como una víbora que se muerde la cola, la realidad de las relaciones de mercado se valida a través de su propia imagen metafórica. La metáfora [del mercado de las ideas] nos invita, en primer lugar, a entender el papel de la expresión mediante determinadas

## 1.1. El discurso comercial como discurso sin protección (1942-1975)

### a) *Valentine v Chrestensen* (1942)

Transcurridas más de dos décadas desde la decisión del caso *Abrams*, el Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse, por primera vez, en el caso de *Valentine vs. Chrestensen*<sup>388</sup>, sobre la conveniencia y necesidad de incluir dentro del contenido de ‘*speech*’, de ‘expresión’ o ‘discurso’, de la Primera Enmienda un determinado tipo de discurso, el ‘*commercial speech*’, la expresión o el discurso comercial<sup>389</sup>. Chrestensen era propietario de un buque submarino que utilizaba como atracción turística, y que tenía atracado en un muelle estatal del *East River* de Nueva York. Con el fin de promocionar su atracción, el señor Chrestensen decidió imprimir anuncios que luego repartiría a los transeúntes. No obstante, la policía se lo impidió aplicando una norma municipal, entonces vigente, mediante la que se prohibía el reparto de publicidad en la calle. Sin embargo, dicha normativa permitía la distribución de mensajes que contuvieran exclusivamente información o protesta de naturaleza política. En vista de ello Chrestensen optó por repetir su estrategia modificando el anuncio; dejando intacto el contenido comercial del mensaje, imprimió en el reverso una protesta contra la ciudad por no haberle permitido atracar en uno de los puertos de la ciudad. No obstante, la policía impidió nuevamente que los anuncios fueran utilizados.

La normativa municipal que impedía a Chrestensen repartir su publicidad no era poco usual en aquel entonces. De hecho, el Tribunal ya había tenido ocasión de pronunciarse acerca de la constitucionalidad de este tipo de restricciones, declarando que las propuestas y promociones comerciales (*commercial soliciting and canvassing*) podían ser reguladas.<sup>390</sup> Y fue en esta misma línea que se resolvió el caso *Chrestensen*:

Este Tribunal ha sostenido de forma inequívoca que las calles son lugares adecuados para el ejercicio de la libertad de comunicar información y propagar opiniones y que, no obstante que los Estados y los Municipios pueden legítimamente regular tal privilegio en función del interés público, no pueden dificultar ni prohibir indebidamente su ejercicio en las vías públicas. Estamos igualmente convencidos que la Constitución no

---

presuposiciones sobre el mercado y luego a aplicar esa concepción al mercado mismo. La debilidad de este procedimiento radica en que tales presuposiciones acerca del mercado dejan de ser incuestionables” [*Like a snake swallowing its tail, the reality of market relationships is validated through its own metaphorical image. The metaphor [of the marketplace of ideas] invites us first to understand the role of expression through certain presuppositions about the market and then to apply that understanding to the market itself. The weakness of this procedure is that those presuppositions about the market are no longer unquestioned*] (WEINRIB, L. E., “Does Money Talk? Commercial Expression in the Canadian Constitutional Context”, en SCHNEIDERMAN, D., (ed.) “Freedom of Expression and the Charter”, Toronto: Thompson Professional Publishing, 1991, p.341, citado por SHINER, *Ibidem*).

<sup>388</sup> *Valentine v Chrestensen* 316 US 52 (1942).

<sup>389</sup> “El Tribunal Supremo ha dividido el discurso o la expresión en clases, cada una de las cuales recibe un diferente nivel de protección. El discurso se clasifica como fundamentado-en-contenido [*content-based*] o bien como neutral-en-contenido [*content-neutral*]. El discurso neutral-en-contenido se somete a una auscultación judicial intermedia, y el discurso fundamentado-en-contenido se somete a diferentes grados de auscultación judicial dependiendo de si el discurso es de bajo valor, alto valor, o comercial” (KELLER, K., “Lorillard Tobacco Co. V Reilly: The Supreme Court Sends First Amendment Guarantees Up in Smoke by Applying the Commercial Speech Doctrine to Content-Based Regulations”, 36 *Akron L. Rev.* 133 (2002)).

<sup>390</sup> *Schneider v State of New Jersey, Town of Irvington*, 308 US 147 (1939)

impone tal tipo de restricciones al gobierno con respecto a la publicidad puramente comercial<sup>391</sup>

El Tribunal sostuvo la constitucionalidad de la norma y revirtió el fallo del tribunal *a quo*, al considerar que el segundo intento de Chrestensen no había sido más que una estratagema para evadir el cumplimiento de la norma<sup>392</sup>. Así pues, se establece un nuevo precedente según el cual el discurso o expresión comercial no es uno de aquellos discursos protegidos por la Primera Enmienda, con lo cual debe entenderse como un tipo de discurso o expresión no protegida, cuyo “valor social para alcanzar la verdad es tan ínfimo que cualquier beneficio que pueda derivarse de ellas queda claramente sobrepasado por el interés público en el orden y la moral”<sup>393</sup>.

*b) Thomas v Collins (1945) & Breard v City of Alexandria (1951)*

Tras el pronunciamiento en el caso *Chrestensen*, y durante más de treinta años, el Tribunal siguió entendiendo que el discurso comercial—la publicidad puramente comercial, como se dijo en *Chrestensen*—no estaba amparado bajo la Primera Enmienda.<sup>394</sup> No obstante, una serie de casos a lo largo de esos años fueron estableciendo las bases para que ésta doctrina pudiera ser revisada. Tres años después de *Chrestensen*, en *Thomas vs. Collins*<sup>395</sup>, el Tribunal invalidó para el caso *sub examine* una ley tejana que exigía a los representantes sindicales registrarse y obtener una licencia. Si bien éste caso no toca directamente la protección constitucional de las expresiones comerciales, sí sirvió para desvirtuar definitivamente la idea de que las garantías de la Primera Enmienda eran del todo inaplicables a las actividades económicas o mercantiles<sup>396</sup>. Seis años tras haber fallado el caso *Thomas*, nuevamente se le presentó al Tribunal una oportunidad para elaborar su doctrina del discurso comercial.

En *Breard vs. Alexandria*<sup>397</sup> el Tribunal se pronunció sobre una norma que prohibía la venta directa, puerta a puerta, de suscripciones para revistas, dejando incólume la norma, distinguiendo aquel discurso, la promoción o invitación comercial (*commercial canvassing*), del proselitismo religioso que si es un tipo de discurso amparado por la Primera Enmienda<sup>398</sup>. En esta sentencia el Tribunal consideró que “sería, en nuestra opinión, un mal uso de las grandes garantías de la libertad de expresión y de la libertad

---

<sup>391</sup> “This Court has unequivocally held that the streets are proper places for the exercise of the freedom of communicating information and disseminating opinion and that, though the states and municipalities may appropriately regulate the privilege in the public interest, they may not unduly burden or proscribe its employment in the public thoroughfares. We are equally clear that the Constitution imposes no such restraints on government as respects purely commercial advertising” (Valentine v Chrestensen 316 US 52, 54 (1942); se omiten referencias).

<sup>392</sup> Valentine v Chrestensen, 316 US 52, 55 (1942).

<sup>393</sup> “It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.” (Chaplinsky v New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)).

<sup>394</sup> El precedente establecido en *Chrestensen* deja de ser ley aplicable en 1976 mediante Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al, que se comentará más adelante.

<sup>395</sup> Thomas v Collins, 323 US 516 (1945).

<sup>396</sup> Ver: Thomas v Collins, 323 US 516, 531 (1945).

<sup>397</sup> Breard v City of Alexandria, 341 US 622 (1951)

<sup>398</sup> Cfr. Martin v City of Struhers, 319 US 141 (1943)

de prensa el utilizar esas garantías para forzar a los ciudadanos de una comunidad a que admitan en sus residencias a vendedores de publicaciones”<sup>399</sup>. Tal y como apunta SWARTZ, “en *Chrestensen* y *Breard* no se articula de forma clara la lógica de la doctrina del discurso comercial. Si bien el Tribunal menciona una prueba, un *test*, para ‘equilibrar la conveniencia’ de intereses en conflicto en *Breard*, en ambos casos el fundamento de la decisión es simplemente que el discurso comercial es cualitativamente diferente al discurso no comercial y no merece amparo constitucional”<sup>400</sup>.

*Thomas* y *Breard* de alguna forma reabren la posibilidad de que se conceda al discurso comercial protección constitucional, ya que es indudable que hay una gran diferencia entre una regla prohibitiva, como la que se establece en *Chrestensen*, y otra que otorga escaso valor a la hora de sopesar razones, como ocurre especialmente en *Breard*.<sup>401</sup> Adicionalmente, se debe recalcar, tal y como hace SHINER, que tanto en éste caso como en *Thomas* el discurso, o la expresión comercial se da en conjunción con lo que éste autor denomina ‘otros valores fuertes de la libertad de expresión’ [*other forceful freedom of speech values*]<sup>402</sup>. Así, en *Thomas*, al igual que ocurrió en una serie de casos de esa época, se destaca el papel que cumple la Primera Enmienda con respecto al derecho de libertad de expresión de los trabajadores.<sup>403</sup> De forma similar, en el caso *Breard*, toda vez que el discurso comercial del vendedor se refiere a revistas impresas, su discurso se relaciona también con la libertad de prensa.

c) *New York Times v Sullivan*, (1964) & *Pittsburgh Press Company v Pittsburgh Commission on Human Relations et al* (1973)

En 1964, en el caso de *New York Times vs. Sullivan*<sup>404</sup>, se da un paso más allá en la determinación de lo que constituye expresión o discurso comercial, distinguiéndolo del discurso político. Sullivan era un Comisionado de Montgomery, Alabama, responsable, entre otras cosas de la policía, y sostenía haber sido injuriado en un anuncio pagado que apareció en el *New York Times*. El Tribunal declaró que el anuncio político pagado publicado en el *New York Times* no era discurso comercial:

[...] la publicación en éste caso no era publicidad ‘comercial’ en el sentido en el que tal palabra fue utilizada en *Chrestensen*. La publicación comunicaba información, expresaba opiniones, denunciaba agravios, protestaba por supuestos abusos, y buscaba

---

<sup>399</sup> “It would be, it seems to us, a misuse of the great guarantees of free speech and free press to use those guarantees to force a community to admit the solicitors of publications to the home premises of its residents” (*Breard v City of Alexandria*, 341 US 622, 645 (1951)).

<sup>400</sup> “Neither *Chrestensen* nor *Breard* clearly articulated the rationale of the commercial speech doctrine. While the Court mentioned a ‘balancing of the conveniences’ test in *Breard*, in both cases the basis of the holding was simply that commercial speech is qualitatively different from noncommercial speech and is not worthy of constitutional protection” (Swartz, K.R., “Constitutional Law First Amendment Protection of Commercial Speech : *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*” 32 U. Kan. Law Rev. 679 1983-1984)

<sup>401</sup> Ver a este respect: RAZ, J., “Practical Reasons and Norms”, Londres: Hutchinson, 1975.

<sup>402</sup> SHINER, ob. Cit. p. 29

<sup>403</sup> Ver tambien: *NLRB v Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 US 1 (1937); *Associated Press v NLRB*, 301 US 105 (1937); *Thornhill v Alabama*, 301 US 88 (1940); *AFL v Swing*, 312 US 321 (1941); y *NLRB v Virginia Electric & Power Co*, 314 US 469 (1941).

<sup>404</sup> *New York Times v Sullivan* 376 US 254 (1964)

apoyo financiero en nombre de un movimiento cuya existencia y objetivos son materia de suma relevancia e interés público<sup>405</sup>.

Adicionalmente, se establece que el mero hecho de recibir contraprestación económica por la publicación de un discurso o comunicación no es óbice para que dicho discurso reciba total amparo bajo la Primera Enmienda: “Que al Times se le pagara por publicar el anuncio es tan irrelevante a este respecto como lo es el hecho de que los periódicos y las revistas se vendan [...] Si las expresiones supuestamente injuriosas estuviesen, de otro modo, protegidas constitucionalmente [...] dichas expresiones no pierden la protección por ser publicadas en forma de un anuncio pagado”<sup>406</sup>. Así pues, con el caso *New York Times* se define una característica del discurso comercial, la de discurso o expresión remunerada que, en sí misma no constituye razón suficiente para no otorgarle amparo bajo la Primera Enmienda. SHINER opina que esta decisión “prepara el camino para la noción de ‘discurso comercial puro’ al acotar lo que el término ‘discurso o expresión comercial’ puede significar. *New York Times* hizo explícito lo que en casos anteriores había permanecido implícito, que el mero hecho de ser discurso o expresión por el que se recibe remuneración no impide que tal discurso pueda ser amparado íntegramente bajo la Primera Enmienda”<sup>407</sup>.

En la década de los setenta, antes de abrogar el precedente establecido en *Chrestensen* con el de *Virginia State Board of Pharmacy et al vs. Virginia Citizens Consumer Council Inc et al*<sup>408</sup>, el Tribunal se pronunció, entre otras, en dos ocasiones que vale la pena señalar. En ambos casos al Tribunal se le presenta la cuestión de apartarse de *Chrestensen*, y aunque no lo hace, sienta las bases para ello. En primer lugar, en el caso *Pittsburgh Press vs. Pittsburgh Commission*<sup>409</sup>, la ciudad demandó al periódico por violar una norma municipal que, entre otras cosas, prohibía anuncios de empleo que discriminaran por género, al publicar los anuncios separándolos entre aquellos dirigidos a hombres y aquellos dirigidos a mujeres. El hecho de que se tratara de anuncios pagados hizo de nuevo necesario estudiar la cobertura constitucional del discurso comercial, en este caso para valorar si había existido una violación de la Primera Enmienda en detrimento del periódico. Para el Tribunal la importancia del intercambio informativo en el mercado, del flujo libre de información comercial, no amerita amparar el discurso comercial bajo la primera enmienda como si se tratara de discurso político o religioso<sup>410</sup>. La limitación del discurso publicitario derivada de la ordenanza constituye, en opinión del Tribunal, una medida legítima para garantizar la igualdad de género. En éste caso, tal y como apunta SHINER, ocurre algo particular, “el hecho de que la

---

<sup>405</sup> “[...] the publication here was not a ‘commercial’ advertisement in the sense in which the word was used in *Chrestensen*. It communicated information, expressed opinion, recited grievances, protested claimed abuses, and sought financial support on behalf of a movement whose existence and objectives are matters of the highest public interest and concern” (*New York Times v Sullivan*, 376 US 254 (1964); se omiten referencias).

<sup>406</sup> “That the Times was paid for publishing the advertisement is as immaterial in this connection as is the fact that newspapers and books are sold... If the allegedly libelous statements would otherwise be constitutionally protected..., they do not forfeit that protection because they were published in the form of a paid advertisement” (*New York Times v Sullivan*, 376 US 254, 266 (1964); se omiten referencias).

<sup>407</sup> SHINER, óp. cit.

<sup>408</sup> *Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al* 425 US 748 (1976)

<sup>409</sup> *Pittsburgh Press Company v Pittsburgh Commission on Human Relations et al* 413 US 376 (1973).

<sup>410</sup> *Pittsburgh Press Company v Pittsburgh Commission on Human Relations et al* 413 US 376, 388 (1973).

discriminación proscrita se lleve a cabo mediante lo que parece en algún sentido ‘discurso o expresión comercial’, es coincidencia. Pero este aspecto se convierte en lo principal, el caso se convierte en un caso sobre la libertad de expresión (*speech case*) y no en un caso sobre discriminación<sup>411</sup>.

Vale la pena recordar que en *Pittsburgh Press* se deja entrever la posibilidad de que en un caso determinado se puedan dar las circunstancias que ameriten proteger el discurso comercial como discurso amparado por la Primera Enmienda, de alguna forma adelantándose al planteamiento de *Central Hudson* que se comentará más adelante. Concretamente, en *Pittsburgh Press* el Tribunal manifiesta que:

Cualquier interés relacionado con la Primera Enmienda que pueda realizarse mediante el anuncio de una propuesta comercial, y que pueda supuestamente exceder el interés del gobierno sobre el que se fundamenta la regulación, está del todo ausente cuando la actividad comercial misma es ilegal y la restricción de la publicidad es incidental a una limitación válida de la actividad económica<sup>412</sup>

Así, si bien cabe la posibilidad de amparar el discurso comercial como expresión del tipo protegida por la Primera Enmienda, no obstante, el carácter expresivo de la publicidad está supeditado a su naturaleza económica o mercantil. Por ello, toda vez que el regulador pueda limitar una actividad económica, en aplicación del principio *a maiori ad minus*, resulta a todas luces lógico y hasta cierto punto incuestionable, que pueda regular y limitar el derecho de anunciar tal actividad. Así, si bien se reconoce, como no podría ser de otra forma, la dimensión discursiva o expresiva de la publicidad, se recalca que ello no afecta la naturaleza comercial o mercantil de la comunicación. Para el Tribunal la limitación publicitaria es una consecuencia incidental, una manifestación, un corolario, de una legítima limitación de la actividad económica. Así pues, la publicidad guarda mayor relación con la actividad económica—con aquella libertad económica que se limita y de cuya existencia depende la publicidad—que con la libertad de expresión. Más aun, se dice que la ilegalidad de la discriminación deja sin fundamento cualquier intento por demostrar que los anuncios merecen cobertura constitucional. No obstante, se reconoce la posibilidad hipotética de que existan casos en los que la libertad de expresión tutelada constitucionalmente se sirva de la publicidad de transacciones comerciales ordinarias o corrientes. Es decir, podría existir discurso comercial que ameritara tutela bajo la Primera enmienda, y que como tal pudiera merecer protección frente a determinados intereses de la Administración.

#### *d) Bigelow v Virginia, (1975)*

Dos años después del caso de *Pittsburg Press* el Tribunal nuevamente tuvo ocasión de profundizar en la noción de discurso comercial en el caso de *Bigelow v Virginia*<sup>413</sup>. En el Estado de Virginia existía una ley que penalizaba la promoción del aborto mediante la venta o circulación de cualquier clase de publicación. Jeffrey Bigelow editaba un

---

<sup>411</sup> SHINER, óp. cit.

<sup>412</sup> “Any First Amendment interest which might be served by advertising an ordinary commercial proposal and which might arguably outweigh the governmental interest supporting the regulation is altogether absent when the commercial activity itself is illegal and the restriction on advertising is incidental to a valid limitation on economic activity” (*Pittsburgh Press Company v Pittsburgh Commission on Human Relations et al* 413 US 376, 389 (1973); se omiten referencias).

<sup>413</sup> *Bigelow v Virginia* 421 US 818 (1975).

semanario en el que se publicó un anuncio que informaba sobre la legalidad del aborto en Nueva York, y de cómo no existían requisitos de residencia para poderse someter a tal intervención, y de la disponibilidad de plazas en clínicas para mujeres de fuera del Estado. Tras ser condenado bajo la mentada ley de Virginia, Bigelow demandó para que se declarara la inconstitucionalidad de la ley, ante lo que Virginia respondió afirmando que bajo *Chrestensen* el discurso comercial no es discurso amparado bajo la Primera Enmienda. En primer lugar, el Tribunal, que declaró la inconstitucionalidad de la aplicación de la norma por violación de la Primera Enmienda, recordó que el carácter remunerado del discurso no conlleva *per se* que dicho discurso se halle fuera de la cobertura de la Primera Enmienda<sup>414</sup>. Tal y como dice SHINER, “el Tribunal, mediante un hábil discernimiento redujo la autoridad de *Chrestensen* a la exigencia de que la regulación de la distribución de la publicidad fuera razonable. Repudiaba así la teoría de que *Chrestensen* significaba la afirmación de que la publicidad *per se* estaba desprotegida”<sup>415</sup>. En palabras del Tribunal: “El anuncio publicado en el periódico del apelante hizo más que simplemente proponer una transacción comercial. Contenía hechos que son de evidente interés público. Partes del mensaje [...] involucran el ejercicio de la libertad de comunicar información y propagar opiniones”<sup>416</sup>. Es oportuno destacar que en éste caso, al igual que sucede en el caso de *Pittsburgh Press*, el Tribunal se concentra en el contenido del discurso. Pero a diferencia de lo que sucede allí, en éste caso el Tribunal estima que el discurso es de interés público. Tal y como apunta SWARTZ, “el Tribunal pasó de la exclusión total del discurso comercial como material amparado por la Primera Enmienda, a otorgar algún nivel de protección al discurso comercial con base en un *case-by-case interest-balancing test*”<sup>417</sup>. Adicionalmente, es muy importante destacar que con este precedente el Tribunal protege la libertad de expresión del editor del semanario, en beneficio del interés público, mas no el derecho del anunciante, a saber de Women’s Pavillion. Es decir, tal y como se comentará más adelante, este es un caso en el que se protege el derecho del medio de comunicación social a emitir publicidad, en beneficio del interés del público en recibir la respectiva información, mas no se ampara el derecho a anunciar del anunciante.<sup>418</sup>

## 1.2. La protección constitucional del discurso comercial

a) *Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al* (1976)

En 1976 el Tribunal abroga definitivamente el precedente de *Chrestensen* en el caso de *Virginia Board*<sup>419</sup>. Nuevamente, tal y como sucedió en *Chrestensen*, el Tribunal tiene ocasión de conocer un caso de discurso comercial puro; en palabras del magistrado Blackmun “se nos presenta directamente la cuestión de si existe una excepción de la

<sup>414</sup> Bigelow v Virginia 421 US 818 (1975).

<sup>415</sup> Shiner, óp. cit.

<sup>416</sup> “The advertisement published in the appellant’s newspaper did more than simply propose a commercial transaction. It contained factual material of clear ‘public interest’. Portions of its message...involve the exercise of the freedom of communicating information and disseminating opinion” (Bigelow v Virginia 421 US 809, 822 (1975); se omiten referencias).

<sup>417</sup> Swartz, óp. cit.; Ver Bigelow v Virginia, 421 US 809, 826 (1975).

<sup>418</sup> Ver Capítulo VII.3.

<sup>419</sup> Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al, 425 US 748 (1976).



Primera Enmienda para el caso del ‘discurso comercial’<sup>420</sup>. En el Estado de Virginia una ley prohibía a los farmacéuticos anunciar los precios de los medicamentos que se venden bajo prescripción médica. Esta norma afectaba los intereses de los consumidores; resulta evidente que la disponibilidad de información semejante permitiría a los consumidores ahorrar tiempo y dinero a la hora de comprar medicamentos de este tipo. Por esta razón, el Consejo de Ciudadanos Consumidores de Virginia, la organización sindical estatal y un ciudadano impugnaron la ley por violación de la Primera Enmienda. Al analizar los argumentos del Tribunal se observa, en primer lugar, una exposición de “varias proposiciones que ya han sido resueltas o que han superado todo debate serio”<sup>421</sup> a saber:

- i) Un discurso no deja de estar amparado por la Primera Enmienda por el hecho de que se utilice dinero para difundirlo.<sup>422</sup>
- ii) Un discurso no deja de estar amparado por la Primera Enmienda por el hecho de que se ejecute para ser vendido y generar ganancia.<sup>423</sup>
- iii) Un discurso no deja de estar amparado por la Primera Enmienda por el hecho de que contenga una invitación a comprar, o a de otra forma pagar y contribuir dinero.<sup>424</sup>

En vista de las proposiciones expuestas el Tribunal estima que de existir una forma de expresión o discurso comercial no amparado por la Primera Enmienda, debería distinguirse como tal en función de su contenido. Procede pues, identificar este contenido. Para ello el Tribunal establece dos pautas:

- i) Aquel discurso cuyo contenido lo priva de protección no puede ser, simplemente, discurso sobre un tema comercial: El discurso del farmacéutico, opinando sobre la regulación de precios farmacéuticos, es discurso protegido.
- ii) Que el discurso simplemente reporte hechos, o no sea editorial, o de opinión, no es suficiente para no amparar el discurso.<sup>425</sup>

El Tribunal concluye, tras demostrar que los precedentes no impedían que el discurso comercial pudiera ser amparado bajo la Primera Enmienda, protegiendo el discurso del farmacéutico; y al hacerlo sienta un nuevo precedente, según el cual el discurso comercial, es decir, aquel que simplemente propone una transacción comercial, puede

---

<sup>420</sup> “[...] *the question whether there is a First Amendment exception for ‘commercial speech’ is squarely before us*” (Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al 425 US 748, 760-761 (1976); se omiten referencias).

<sup>421</sup> Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al 425 US 748, 761 (1976)

<sup>422</sup> Como precedentes para el caso del discurso político se citan New York Times v Sullivan 376 US 254 (1964) y Buckley v Valeo 424 US 1 (1976); y como precedente para el caso del discurso sobre *civil rights* Pittsburgh Press Company v Pittsburgh Commission on Human Relations et al 413 US 376 (1973), ya comentados.

<sup>423</sup> Como precedentes se citan: Smith v California 361 US 147 (1959), para el caso de la venta de libros al por menor; Joseph Burstyn Inc. V Wilson 343 US 495 (1952), para el caso de películas comerciales; y Murdock v Pennsylvania 319 US 105 (1943), para el caso de la literatura religiosa.

<sup>424</sup> Como precedentes se citan: New York Times v Sullivan 376 US 254 (1964), para el caso del discurso político; NAACP v Buton 371 US 415 (1963), para el caso de *civil rights*; Jamison v Texas 318 US 413 (1943) y Cantwell v Connecticut 310 US 296 (1940), para el caso de literatura religiosa.

<sup>425</sup> Se cita, entre otros, a Bigelow v Virginia 421 US 809, 822 (1975).

estar protegido por la Primera Enmienda.<sup>426</sup> El Tribunal justifica su decisión de amparar el discurso comercial, entre otras, por las siguientes razones: el discurso publicitario está tan encaminado a promover el propio interés económico del emisor del discurso, como lo está el discurso protegido constitucionalmente del trabajador—encaminado a promover su propio interés económico, al margen de cualquier tipo de reivindicación sindicalista. De otro lado, en *Virginia Board*, a diferencia de lo que sucedió en *Pittsburgh Press*, el Tribunal consideró que el discurso comercial satisfacía el interés de los consumidores por que exista un libre flujo de información comercial.

La publicidad, independientemente de lo vulgar y excesiva que pueda parecer en ocasiones, constituye no obstante diseminación de información acerca que quién está produciendo y vendiendo qué bienes, por qué razón, y a qué precio. Mientras preservemos una economía de empresa predominantemente libre, la adjudicación de nuestros recursos en gran medida se llevará a cabo mediante numerosas decisiones económicas privadas. Es asunto de interés público que dichas decisiones, en suma, sean inteligentes y bien informadas, para lo cual es indispensable que exista un flujo libre de información comercial<sup>427</sup>

Es importante destacar que la protección que brinda el Tribunal al discurso comercial se sustenta no en la libertad del anunciante para expresar opiniones o ideas, sino fundamentalmente en el interés de los consumidores por recibir una información veraz que les sirva para tomar decisiones de consumo “inteligentes y bien informadas”, es decir, en la medida en que genera externalidades positivas.<sup>428</sup> En esta medida, cabe la duda de si el resultado hubiera sido el mismo si la regulación del contenido de la publicidad no se refiriera al precio de los productos o servicios, sino más bien a la regulación, por ejemplo, del uso de apelaciones emocionales o de indicios periféricos, o en general, tal y como se ha argumentado antes, cuando la reducción del contenido informativo de la publicidad conlleva la eliminación de externalidades positivas que sirven a los consumidores para la adopción de pautas de consumo informadas y racionales.

Adicionalmente, llama la atención la forma en que el Tribunal sigue entendiendo que el discurso comercial, antes que poderse evaluar como forma de expresión, o como discurso puro y simple, está en todo caso supeditado al nivel de libertad, a la regulación en últimas, de la economía, y más concretamente de la libertad de empresa. Es decir, para el Tribunal la diferencia entre discurso comercial y discurso político es fundamental y permanece inalterada Finalmente, es necesario recordar que en su fallo el Tribunal reconoce la importancia de la regulación del discurso comercial, por lo que puede ser conveniente y necesario regular, por ejemplo condiciones de tiempo, lugar y modo; o supuestos de publicidad mendaz y la engañosa, que se pueden regular

---

<sup>426</sup> *Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al* 425 US 748, 762, 773 (1976).

<sup>427</sup> “Advertising, however tasteless and excessive it sometimes may seem, is nonetheless dissemination of information as to who is producing and selling what product, for what reason, and at what price. So long as we preserve a predominantly free enterprise economy, the allocation of our resources in large measure will be made through numerous private economic decisions. It is a matter of public interest that those decisions, in the aggregate, be intelligent and well-informed. To this end, the free flow of commercial information is indispensable” (*Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al* 425 US 748, 765 (1976); se omiten referencias).

<sup>428</sup> *Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al*, 425 US 748, 770 (1976).

libremente ya que no están protegidas, al igual que sucedería con la publicidad de productos y actividades ilícitas.

Antes de pasar a comentar la importante jurisprudencia del caso *Central Hudson* de 1980, conviene recordar brevemente la forma en la que el Tribunal aplicó el precedente de *Virginia Board* en cinco casos, así:

*b) Linmark Associates Inc. v Township of Willingboro (1977)*

En esta oportunidad el Tribunal distinguió el caso del precedente establecido en *Bigelow* y *Virginia Board*, y declaró la inconstitucionalidad de una norma municipal que prohibía a los propietarios de vivienda exponer letreros de venta de sus casas en las respectivas propiedades. La municipalidad argumentaba que dicha prohibición perseguía consolidar la integración racial de la localidad, impidiendo que la gente blanca vendiera precipitadamente ante la llegada de residentes negros. Para el Tribunal, el argumento de la administración en el sentido de que los vendedores dispondrían de otros medios para comunicar su oferta no resultaba convincente. El tribunal consideró que la ordenanza municipal no regulaba realmente el lugar de emplazamiento de los anuncios (el antejardín de las propiedades), ni el tipo o forma de los anuncios (letreros), por lo que no podía considerarse como un caso de regulación de tiempo-lugar-modo, sino que restringía determinado tipo de anuncios con base en su contenido para evitar que los vecinos recibieran la respectiva información, temiendo que actuaran con base en ella y decidieran dejar la ciudad.<sup>429</sup> Por ello, se declara la inconstitucionalidad de la norma toda vez que no se entiende que la misma sea una medida necesaria para conseguir el objetivo perseguido por la municipalidad, y en cualquier caso, se considera que la Primera Enmienda impide que la Administración persiga su objetivo limitando el libre flujo de información comercial veraz.<sup>430</sup> Citando a *Virginia Board*, el Tribunal asegura que existe “una alternativa a esta aproximación altamente paternalista. La alternativa es asumir que este tipo de información no es dañina en sí misma, que las personas serán conscientes de sus propios intereses en la medida en que estén bien informados, y que la mejor forma de lograrlo es abriendo canales de comunicación, antes que cerrarlos”<sup>431</sup>.

En este caso se puede observar claramente que el discurso o la expresión comercial que protege el Tribunal es aquel que “simplemente propone una transacción comercial”, independientemente de quien lo realice o del lugar que ocupa en el mercado. Es decir, el discurso comercial difiere en un punto fundamental de la publicidad tal y como se define en la LGP: la publicidad sólo puede ser realizada por un sujeto cualificado, el anunciante, mientras que el discurso o expresión comercial lo puede realizar cualquiera. Esto implica que el concepto de discurso comercial si bien se entiende ligado al funcionamiento de la economía de mercado, no es necesario ni implica ni requiere que se realice por alguien en conexión con la actividad empresarial, artesanal, comercial o profesional que desarrolla. Es decir, el discurso comercial no se vincula necesariamente a la libertad de empresa, como si ocurre con el concepto de publicidad de la LGP que concibe la publicidad como un tipo de comunicación/información que sólo existe como

---

<sup>429</sup> *Linmark Associates Inc. v Township of Willingboro*, 431 US 85, 93-94 (1977)

<sup>430</sup> *Linmark Associates Inc. v Township of Willingboro*, 431 US 85, 94-97 (1977)

<sup>431</sup> *Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al*, 425 US 748, 770 (1976).

resultado del ejercicio del derecho que tiene un anunciante de realizar publicidad en conexión con la empresa que desarrolla o la profesión que ejerce. En esta medida, puede decirse que la publicidad, del tipo de la que se regula en España mediante la LGP, es un tipo de comunicación profesional destinada exclusivamente a promover el consumo, mientras que el discurso comercial es simplemente un tipo de discurso, realizado por cualquier persona, en el que se propone una transacción comercial.

*c) Bates v State Bar of Arizona (1977); Ohlarik v Ohio State Bar Association (1978) & In re Primus (1978)*

Estos tres casos tratan sobre restricciones a la publicidad profesional de la abogacía. En el caso de *Bates* el Tribunal declaró que la aplicación de una norma disciplinaria del Colegio de Abogados, que imponía una prohibición total de publicidad, vulneraba la Primera Enmienda. Nuevamente, tal y como sucedió en *Bigelow, Virginia Board y Linmark*, la justificación para otorgar protección constitucional a este tipo de discurso o expresión comercial bajo los términos de la Primera Enmienda se fundamenta en el interés de los consumidores, es decir, se justifica por la importancia de las externalidades positivas de la comunicación que se pretendía restringir. Tal y como sucedió en *Virginia Board*, el Tribunal consideró que la publicidad del abogado, toda vez que divulgaba información acerca de los precios de los servicios promocionados servía a los intereses de los consumidores:

El interés del receptor de la información es sustancial: la preocupación del consumidor frente al libre flujo de información comercial en muchas ocasiones puede resultar significativamente más intensa que su preocupación sobre el diálogo político urgente. Adicionalmente, intereses sociales significativos se pueden servir a través de dicho tipo de discurso. La publicidad, aunque enteramente comercial, puede en muchas ocasiones transmitir información importante acerca de temas de actualidad significativos. Y, el discurso comercial sirve para informar al público acerca de la disponibilidad, naturaleza y precios de los productos y servicios, por lo que cumple un papel indispensable en la adjudicación de recursos en un sistema de libre empresa. En suma, dicho tipo de discurso sirve a los intereses individuales y sociales asegurando la toma de decisiones informadas y fiables<sup>432</sup>

Así pues, el *controlling principle*, el principio rector que justifica la protección constitucional del discurso comercial bajo la Primera Enmienda continúa siendo el interés de los receptores de la publicidad en recibir información comercial veraz que contribuya a la toma de decisiones informadas y razonables de consumo en el marco de un sistema económico de libertad de empresa.

En *Ohlarik* el Tribunal distinguió entre publicidad publicada en medios de comunicación cuyo contenido hacía mención de los precios de los servicios ofertados,

---

<sup>432</sup> “The listener’s interest is substantial: the consumer’s concern for the free flow of commercial speech often may be far keener than his concern for urgent political dialogue. Moreover, significant societal interests are served by such speech. Advertising, though entirely commercial, may often carry information of import to significant issues of the day. And commercial speech serves to inform the public of the availability, nature, and prices of products and services, and thus performs an indispensable role in the allocation of resources in a free enterprise system. In short, such speech serves individual and societal interests in assuring informed and reliable decision-making.” (*Bates v State Bar of Arizona*, 433 US 350, 363 (1977); se omiten referencias)

como la de *Bates*, cuyo contenido es verificable por haber sido publicado, y aquella realizada personalmente por un abogado a un cliente potencial y declaró que esta última podría restringirse legítimamente, toda vez que su limitación servía los intereses de los receptores de dichas comunicaciones. Así, nuevamente apelando a los intereses de los consumidores, el Tribunal en este caso encuentra que la restricción no sólo no vulnera la Primera Enmienda, en detrimento de los receptores de la información como sí sucedía en *Bates*, sino que sirve para proteger sus intereses, evitando perjuicios que podrían afectar al individuo y a la sociedad, tales como serían los que se derivarían de la instigación a litigar, la incoación de acciones fraudulentas, la degradación de la abogacía, y otros que posiblemente derivarían de una inadecuada representación.<sup>433</sup> En palabras del Tribunal: “Aun cuando se argumenta que la publicidad directa es valiosa porque puede servir para informar a las víctimas de un accidente acerca de sus derechos, el propio sufrimiento de la persona no sólo la hace más vulnerable a la influencia sino que también puede hacer que el consejo resulte impertinente”<sup>434</sup>.

Finalmente, en *In re Primus* el Tribunal encontró que la aplicación de normas disciplinarias del Tribunal Supremo de Carolina del Sur que prohíben la publicidad del ejercicio de la abogacía vulneraban los derechos constitucionales derivados de la Primera Enmienda del abogado sancionado, por lo que se revirtió el fallo del Tribunal *a quo*. Lo más significativo de este caso es que se distingue del precedente establecido en *Ohrlarik* toda vez que la publicidad realizada por la abogada del caso se hizo por medio del correo, y a nombre de una importante entidad sin ánimo de lucro dedicada a la promoción de libertades civiles, la *American Civil Liberties Union* (ACLU). En esta medida, se considera que el tipo de discurso que se sanciona, al haber sido emitido por una organización sin ánimo de lucro y que constituye además una forma de expresión política y de asociación política constituye un tipo de conducta expresiva y asociativa que entra plenamente bajo la cobertura de la Primera Enmienda, por lo que el Gobierno sólo puede regularla de forma muy precisa y acotada.<sup>435</sup> El Tribunal entiende que el hecho de que la abogada Primus reuniera a un grupo de mujeres para informarles acerca del derecho que les asistía para reclamar por haber sido esterilizadas como condición para recibir asistencia médica pública, e informara posteriormente a una de dichas mujeres, por correo, sobre la asistencia jurídica gratuita que le podía brindar la ACLU, eran conductas plenamente protegidas por la libertad de asociación y de expresión consagradas en la Constitución, y que adicionalmente dicho comportamiento servía para comunicar al público información útil.<sup>436</sup>

En esta línea de casos se evidencia el interés del Tribunal Supremo estadounidense por proteger, de forma morigerada, el discurso comercial, las expresiones que no hacen más que proponer una transacción comercial, de personas naturales que buscan promocionar su ejercicio profesional, justificando dicha protección en el valor que el discurso o la información puede llegar a tener para los receptores de la publicidad. Es como si al Tribunal le interesara, más que proteger el derecho a anunciar, proteger el resultado del ejercicio de dicho derecho, la publicidad, la comunicación y la información propiamente

---

<sup>433</sup> *Ohrlarik v Ohio State Bar Association*, 436 US 447, 462 (1978).

<sup>434</sup> “Although it is argued that personal solicitation is valuable because it may apprise a victim of misfortune of his legal rights, the very plight of that person not only makes him more vulnerable to influence but also may make advice all the more intrusive” (*Ohrlarik v Ohio State Bar Association*, 436 US 447, 468 (1978)).

<sup>435</sup> *In re Primus*, 436 US 412, 422-425 (1978)

<sup>436</sup> *In re Primus*, 436 US 412, 426-432 (1978)

dicha, en aras de proteger los derechos o intereses que los destinatarios de la comunicación y eventuales consumidores. Es decir, se protegen los intereses del anunciante sólo en la medida en que se encuentran legitimados, en que coinciden, con los intereses de los consumidores por recibir la publicidad.

*d) Friedman et al v Rogers et al (1978)*

Otro asunto que conoció el Tribunal en el año de 1978, además del de *Ohlarik e In re Primus*, fue el de *Friedman*. En éste caso el Tribunal declaró la conformidad con la Primera Enmienda de una ley tejana que prohibía a los optómetras ejercer su profesión bajo un nombre comercial. Se consideró que los nombres comerciales constituyen un tipo de discurso comercial que carece de valor intrínseco, y que sólo adquieren significado con base en asociaciones, por lo que la prohibición aseguraba que la información relacionada con los servicios optométricos se comunicaría de forma más completa y precisa. La restricción legal resultaba constitucional toda vez que los signos distintivos son

[...] una forma de discurso comercial que no tiene valor intrínseco. Un nombre comercial no comunica ningún tipo de información relacionada con el precio o la naturaleza de los servicios ofrecidos por un optómetra hasta tanto no adquiera un significado, transcurrido un período de tiempo, mediante las asociaciones que se consoliden en las mentes del público entre el signo distintivo del que se trate y algún estándar de calidad o precio<sup>437</sup>

Para el tribunal resultó claro que una limitación del uso de signos distintivos en este contexto, lejos de perjudicar los intereses de los consumidores, aseguraba que estos no se vieran afectados por un uso engañoso de nombres comerciales, puesto que, entre otras cosas, el uso de nombres comerciales “libera al optómetra de la dependencia de su reputación personal para atraer clientes, e incluso le permite adoptar un nuevo nombre comercial si su negligencia o mala conducta ensombrece el nombre que venía utilizando”<sup>438</sup>. Por ello, la norma, lejos de obstaculizar el discurso comercial, asegura que la información sobre servicios optométricos se comuniquen de forma más precisa y completa a los consumidores.<sup>439</sup> Nuevamente, se subraya la importancia de proteger, o restringir el discurso comercial siempre con base en la salvaguarda de los intereses de los consumidores, antes que en una especie de derecho “huérfano” que podría considerarse existe en cabeza del anunciante.

### 1.3. El estándar de protección del discurso comercial

Hasta este punto resulta patente que mediante la doctrina del discurso comercial el Tribunal Supremo estadounidense ha concluido que un discurso, una expresión o

---

<sup>437</sup> “Here, we are concerned with a form of commercial speech that has no intrinsic meaning. A trade name conveys no information about the price and nature of the services offered by an optometrist until it acquires meaning over a period of time by associations formed in the minds of the public between the name and some standard of price or quality” (Friedman et al v Rogers et al, 440 US 1, 12 (1978)).

<sup>438</sup> “A trade name frees an optometrist from dependence on his personal reputation to attract clients, and even allows him to assume a new trade name if negligence or misconduct casts a shadow over the old one” (Friedman et al v Rogers et al, 440 US 1, 13 (1978)).

<sup>439</sup> Friedman et al v Rogers et al, 440 US 1, 16 (1978)

comunicación, por el sólo hecho de ser comercial, de proponer una transacción mercantil, no se debe excluir automáticamente, o *prima facie*, de la protección que otorga la Primera Enmienda—lo cual es bien distinto a decir que el discurso comercial está amparado *prima facie* por la Primera Enmienda. Vale la pena recordar aquí la volatilidad de la doctrina del discurso comercial, evidenciada en la vastísima literatura que al respecto se ha producido desde la academia estadounidense, tanto en contra como a favor de dicha doctrina, en las estrechas mayorías con las que se han votado las sentencias en las que se define la doctrina y sus alcances, y en la gran cantidad de votos particulares y salvamentos que las han acompañado. No obstante, el Tribunal ha sido muy claro en reiterar que en el caso en que proceda otorgar protección constitucional al discurso comercial, esta será en todo caso inferior a la que le corresponde al discurso político. Adicionalmente, en todos aquellos casos en los que se ha protegido el discurso comercial se ha hecho, no con fundamento en lo que podría denominarse el derecho “huérfano” del anunciante a comunicar información, sino, por el contrario, fundamentado plenamente en el interés de los consumidores. La protección del discurso comercial se justifica en la medida en que sirve y posibilita, mediante la comunicación libre de información veraz, la toma de decisiones de consumo informadas y razonables. De ahí que la comunicación de precios se proteja, mientras que el uso de signos distintivos se puede restringir en la medida en que tal limitación beneficia a los consumidores, garantizando mayor transparencia en el mercado. En consecuencia, se configura tanto como un derecho de quienes emiten o comunican el discurso como de quien o quienes lo reciben, lo cual lo asimila, sustancialmente al derecho a la información y lo diferencia y distancia del derecho a la libertad de expresión (ver *Central Hudson*).

*a) Central Hudson Gas & Electric Corporation vs Public Service Commission of New York (1980) y el test de constitucionalidad del discurso o expresión comercial*

Cuatro años después de *Virginia Board* el Tribunal continúa con la elaboración de la doctrina del discurso comercial en el caso *Central Hudson Gas & Electric Corporation vs Public Service Commission of New York*<sup>440</sup> y desarrolla y aplica un test de constitucionalidad, estructurado en cuatro partes, que constituye el precedente y el procedimiento utilizado hasta la fecha para analizar la constitucionalidad de las limitaciones impuestas al discurso comercial. La compañía de gas y electricidad Central Hudson impugnó una prohibición de la Comisión de Servicio Público del Estado de Nueva York que impedía comunicar publicidad que promoviera el uso de electricidad, por considerar que interfería con el desarrollo de sus derechos constitucionales derivados de la Primera Enmienda. Lo importante de este caso no es tanto que se hubiera declarado la inconstitucionalidad de la prohibición, sino que sirvió de ocasión para que el Tribunal sistematizara su doctrina y llenara de significado la categoría ‘discurso comercial’. Tal y como afirma el Tribunal, el discurso comercial es un tipo de expresión que se refiere exclusivamente a los intereses económicos del emisor y su público, y que como tal recibe un nivel de protección inferior al que se le otorga a otras formas de discurso o expresión protegidas por la Primera Enmienda<sup>441</sup>:

---

<sup>440</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557 (1980)

<sup>441</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 561 (1980)

La protección que la Primera Enmienda brinda al discurso comercial se basa en la función informativa de la publicidad. Consecuentemente, no puede existir objeción constitucional con respecto a la supresión de mensajes comerciales que no informen de forma precisa al público acerca de actividades lícitas. La Administración puede prohibir formas de comunicación que más que informar al público posiblemente generen un engaño, o discurso comercial relacionado con actividades ilegales<sup>442</sup>

En *Central Hudson* el Tribunal afirma que el discurso comercial está constituido por “expresiones relacionadas exclusivamente con el interés económico del emisor del mensaje y de sus receptores”<sup>443</sup>, y que el discurso comercial es “discurso que propone una transacción comercial”<sup>444</sup>. No obstante, tal y como apunta MARCANTONIO<sup>445</sup>, incluso en aquel entonces los magistrados Stevens y Brennan sostenían que aquellas definiciones eran problemáticas<sup>446</sup>; “la carencia de una definición clara ha creado un ‘área gris’ que ha dejado a muchos emisores de discurso y a muchos tribunales sin saber exactamente lo que es el discurso comercial”<sup>447</sup>. La afirmación del Tribunal en el sentido de que “la relación entre la Primera Enmienda y el discurso comercial se fundamenta en la función informativa de la publicidad” y que “no puede existir objeción de constitucionalidad con respecto a la supresión de mensajes comerciales que no informen al público adecuadamente sobre una actividad legal”<sup>448</sup>, en línea con *Virginia Board*, refleja el giro en la valoración por parte del Tribunal de la importancia de la información comercial, del libre flujo de la información comercial. No obstante, tal y como apunta SHINER, y como se apuntó en el Capítulo II, “nos encontramos entonces con la dificultad de que muchísima publicidad no es para nada, o sólo de forma mínima, proveedora de información”<sup>449</sup>.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, en *Central Hudson* el Tribunal propone un test, una prueba para establecer si una determinada regulación ha de ser invalidada en aras de proteger discurso comercial. El Tribunal planteó la prueba en las siguientes palabras: “En primer lugar preguntamos si el discurso comercial trata sobre una actividad legal y no resulta engañoso. Seguidamente preguntamos si el interés gubernamental en juego es sustancial. Si la respuesta a estas dos preguntas es afirmativa

---

<sup>442</sup> “*The First Amendment's concern for commercial speech is based on the informational function of advertising. Consequently, there can be no constitutional objection to the suppression of commercial messages that do not accurately inform the public about lawful activity. The government may ban forms of communication more likely to deceive the public than to inform it, or commercial speech related to illegal activity*”, (*Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 561, 563-564 (1980), se omiten referencias).

<sup>443</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 561 (1980). El Tribunal estableció allí que: “*The First Amendment [...] protects commercial speech from unwarranted government regulation. Commercial expression not only serves the economic interest of the speaker, but also assists consumers and furthers the societal interest in the fullest possible dissemination of information [...] We have rejected the ‘highly paternalistic’ view that government has complete power to suppress or regulate commercial speech*”

<sup>444</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 562 (1980)

<sup>445</sup> MARCANTONIO, S., “What is Commercial Speech?: An Analysis in Light of *Kasky v Nike*”, 24 *Pace L. Rev.* 357 (2003-2004)

<sup>446</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 579 (1980)

<sup>447</sup> MARCIANO, *Ibidem*.

<sup>448</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 563 (1980).

<sup>449</sup> SHINER, *Ibidem*.



debemos determinar si la regulación sirve de forma directa al respectivo interés gubernamental, y si resulta más restrictiva de lo necesario para servir dicho interés”<sup>450</sup>. Así pues, tal y como dice SHINER, “el ‘test’ de *Central Hudson*, tomado como un todo, da sustancia a la inferencia del Tribunal según la cual el discurso comercial merece algún tipo de protección bajo la Primera Enmienda, pero una protección de nivel inferior”<sup>451</sup>. Tal y como apunta SWARTZ<sup>452</sup>, con el caso de *Central Hudson* la doctrina del discurso comercial evoluciona; partiendo de la regla de *Chrestensen*—según la cual todo discurso comercial no está amparado por la Primera Enmienda—y pasando por *Virginia Board*—donde aparentemente se otorga protección completa derivada de la Primera Enmienda a la publicidad veraz, no engañosa de actividades legales—se llega a establecer un marco analítico del que se desprende la prueba del ‘medio menos restrictivo’ para determinar si las restricciones al discurso comercial son constitucionales.

Es de anotar que el escrutinio judicial intermedio al que se deben someter las regulaciones de discurso comercial difiere bastante del escrutinio judicial estricto al que se someten las regulaciones basadas en el contenido del discurso de alto valor [*high-value content-based regulations*]. Dice KELLER:

Los discursos o expresiones que se regulan exclusivamente con base en su contenido generalmente reciben la mayor protección bajo la Primera Enmienda. No obstante, incluso ciertas restricciones basadas en el contenido se pueden sostener. Por ejemplo, el discurso o las expresiones de escaso valor no reciben protección bajo la primera enmienda. Algunos ejemplos de discurso o expresiones de escaso valor son palabras ofensivas, incitar algaradas, y obscenidad. Al discurso o a las expresiones de alto valor, que incluyen el discurso y las expresiones políticas, literarias, artísticas, y científicas, se les otorga el más elevado nivel de protección. La mayor parte de la regulación basada en contenidos debe superar un escrutinio judicial estricto. Con el fin de superar el escrutinio estricto, el gobierno debe: (1) demostrar un interés imperioso, (2) estructurar la regulación de forma acotada para promover tal interés, y (3) asegurar que no existe una alternativa menos restrictiva disponible. Generalmente, el discurso o las expresiones prevalecerán frente a la regulación gubernamental, salvo que se satisfaga el escrutinio estricto<sup>453</sup>

---

<sup>450</sup> “At the outset, [the commercial speech] must concern lawful activity and not be misleading. Next we ask whether the asserted governmental interest is substantial? If both inquiries yield positive answer, we must determine whether the regulation directly advances the government interest asserted, and whether it is more extensive than necessary to serve that interest” *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 566 (1980).

<sup>451</sup> SHINER, *Ibidem*.

<sup>452</sup> SWARTZ, *Ibidem*.

<sup>453</sup> “Speech that is regulated based solely on its content is generally given the most First Amendment protection. However, even certain content-based restrictions may be upheld. For instance, low-value speech is entitled to no First Amendment Protection. Some examples of low-value speech are fighting words, incitements-to-riot, and obscenity. High-value speech, which includes political, literary, artistic, and scientific speech, is given the most protection. Most content-based statutes must pass strict judicial scrutiny. In order to pass strict scrutiny, the government must: (1) show a compelling interest, (2) narrowly tailor the regulation to promote that interest, and (3) ensure there is no less restrictive alternative available. Generally, expression will prevail over government regulations unless strict scrutiny is satisfied” (KELLER, *Ibidem*).

b) *El test de Central Hudson: Legalidad y veracidad, interés público gubernamental, proporcionalidad y efectividad e intervención mínima*

La primera fase de la prueba de *Central Hudson* establece que, en principio, el discurso comercial debe tratar sobre una actividad legal, y no puede ser engañosa (*misleading*)<sup>454</sup>; “la Primera Enmienda guarda relación con la publicidad a propósito de su función informativa, de ahí que si la publicidad no informa de manera precisa al público sobre una actividad legal, puede ser suprimida”<sup>455</sup>. Así pues, el gobierno puede suprimir totalmente la publicidad engañosa<sup>456</sup>, y aquella que promocioe productos o servicios ilegales<sup>457</sup>. Por el contrario, todo discurso comercial que no sea engañoso, ni se refiera a productos o servicios ilícitos estará protegida por la Primera Enmienda. En *Central Hudson* pues, se trata de discurso comercial protegido. Un ejemplo de publicidad legalmente prohibida que no pasaría esta primera fase de la prueba, se encuentra en el caso *Friedman*<sup>458</sup>, ya comentado—en el que una ley tejana prohibía la utilización de nombres comerciales por parte de optómetras por considerarlo una práctica engañosa. En segundo lugar, la prueba exige que el Tribunal valore los intereses gubernamentales que motivan la regulación y/o limitación del discurso protegido, y que determine si dicho interés es sustancial. Así pues, “el Estado debe declarar un interés sustancial a satisfacer mediante las restricciones del discurso comercial”<sup>459</sup>. Así, por ejemplo, en *Central Hudson*<sup>460</sup> el Tribunal consideró que los intereses del Estado eran claros y sustanciales: conseguir un ahorro en el consumo de energía y lograr que las tarifas del servicio fueran justas y eficientes. Superadas las primeras dos fases de la prueba, el Tribunal debe valorar la oportunidad y racionalidad de la regulación.

Tal y como reconoce WALLIN<sup>461</sup>, actualmente la prueba de *Central Hudson* se ha condensado en el contenido de la tercera y cuarta fase, tal y como se evidenciará más

---

<sup>454</sup> “While this limitation sounds comforting, today it is largely illusory. Saying that the Government may regulate that is false or misleading is problematic since much of commercial advertising cannot be tested for its ‘truth’ per se. Because much advertising is calculated to appeal to emotions and pre-rational thought processes, it is often image-based, relying on the visual, symbolic linking of the product to pictures and symbols. Just as it is impossible to come up with a definitive explanation of ‘the message’ of a work of art, it is also impossible to come up with a definitive explanation of an advertisement that relies largely on pictures, symbols, and music over an explicit verbal message. Trying to test such advertisement for its ‘truth’ seems virtually hopeless” (PIETY, T.R., “‘Merchants of Discontent’: An Exploration of the Psychology of Advertising, Addiction, and the Implications for Commercial Speech”, 25 Seattle U. L. Rev. 377 2001-2002).

<sup>455</sup> Congressional Research Services – Library of Congress, “The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation”, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 2004.

<sup>456</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 563 (1980)

<sup>457</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 563-564 (1980)

<sup>458</sup> *Friedman et al v Rogers et al* 440 US 1 (1978). Si bien, como se ha visto en páginas anteriores, este caso se resolvió antes de que se decidiera el caso *Central Hudson*, no obstante sirve como ejemplo del criterio que posteriormente se articularía como la primera fase de la prueba.

<sup>459</sup> Congressional Research Service, *Ibidem*.

<sup>460</sup> *Central Hudson Gas & Electric Co. V Public Service Commission of New York* 447 US 557, 564-569 (1980)

<sup>461</sup> “El test de cuatro partes de *Central Hudson* ha sido sintetizado – el enfoque actual se centra en que la regulación ‘avance directamente’ y esté razonablemente confeccionada con respect al objetivo que se persigue” (WALLIN, D.M., “Constitutional Law – First Amendment – Federal Regulation Prohibiting Disclosure of a Beer’s Alcohol Content on Its Label Violates the Commercial Speech Doctrine: Rubin v

adelante. Al estudiar la tercera fase de la prueba tenemos que, “la restricción no puede mantenerse si tan sólo proporciona apoyo remoto o inefectivo para la consecución de los objetivos perseguidos. Por el contrario, la regulación debe ‘avanzar o promover de forma directa’ el interés del gobierno. El Tribunal resuelve este punto con referencia a los efectos agregados de su decisión, y no limita su consideración a los efectos sobre el litigante”<sup>462</sup>. En el caso *Central Hudson* el Tribunal consideró que la conexión entre el interés perseguido y la restricción del discurso era tenue y altamente especulativa.<sup>463</sup> No obstante, se concluyó que la restricción servía de forma inmediata el interés perseguido ya que existía una relación directa entre la publicidad y el consumo de energía.<sup>464</sup> Otro ejemplo de la aplicación de la tercera fase de la prueba de *Central Hudson* se encuentra en *Rubin vs. Coors Brewing Co.*<sup>465</sup>. Allí el Tribunal consideró que, aun cuando el interés del gobierno por prevenir la competencia entre cerveceros basada en el contenido alcohólico de la cerveza es sustancial, la prohibición de indicar el contenido alcohólico de las cervezas en sus etiquetas no servía dicho interés “directa y materialmente”<sup>466</sup>. El Tribunal advirtió que la regulación era inconsistente e irracional ya que permitía que esta información se indicara en la publicidad de estos productos y en las etiquetas de licores, y que incluso hacía obligatorio indicar esta información en vinos cuya graduación alcohólica superara los catorce grados.<sup>467</sup>

La cuarta fase de la prueba de *Central Hudson* exige valorar el interés gubernamental para determinar si puede ser atendido con una restricción menos intensa del discurso comercial, en caso afirmativo, la restricción más gravosa no podrá sobrevivir<sup>468</sup>. En

---

Coors Brewing Co. 27 *Setton Hall L. Rev.* 319 (1996). [“*The four-part Central Hudson test has been streamlined – the modern focus being that regulations ‘directly advance’ and are reasonably tailored to the goal sought to be achieved*”].

<sup>462</sup> “*The restriction cannot be sustained if it provides only ineffective or remote support for the asserted purposes. Instead, the regulation must ‘directly advance’ the governmental interest. The Court resolves this issue with reference to aggregate effects, and does not limit its consideration to the effects on the challenging litigant*” Congressional Research Service, óp. cit. 1181

<sup>463</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 569 (1980)

<sup>464</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 569- 570 (1980)

<sup>465</sup> *Rubin v Coors Brewing Co.* 514 US 476 (1995)

<sup>466</sup> *Rubin v Coors Brewing Co.*, 514 US 476, 486-487 (1995). El Tribunal afirmó, citando a *Edenfield v Fane*, 507 US 761, 770-771 (1993): “[Esta] carga ‘no se satisface con meras especulaciones o conjeturas; por el contrario, una institución gubernamental que busque mantener vigente una restricción al discurso o expresión comercial debe demostrar que los daños que alega son reales, y que su restricción, de hecho, los alivia materialmente’ [This] burden ‘is not satisfied by mere speculation or conjecture; rather, a governmental body seeking to sustain a restriction on commercial speech must demonstrate that the harms it recites are real and that its restriction will in fact alleviate them to a material degree’”].

<sup>467</sup> *Rubin v Coors Brewing Co.*, 514 US 476, 487-489 (1995);

<sup>468</sup> Es de anotar que han existido ocasiones en las que el Tribunal ha optado por describir las exigencias de la cuarta fase de la prueba de *Central Hudson*, no en términos del ‘medio menos restrictivo’, como hace en *Rubin*, sino como un ‘encaje razonable’ (ver *Board of Trustees v Fox* 492 US 469, 480 (1989)) entre medios y fines, siendo necesario que los medios se ajusten de forma precisa para la consecución de los objetivos deseados. En *City of Cincinnati v Discovery Network, Inc.* 507 US 410, 417 n. 13 (1993) el Tribunal sostuvo: “*A regulation need not be ‘absolutely the least severe that will achieve the desired end’, but if there are numerous and obvious less-burdensome alternatives to the restriction..., that is certainly a relevant consideration in determining whether the ‘fit’ between ends and means is reasonable*”. No obstante, en casos recientes como *Thomson v Western State Medical Center* 535 US 357 (2002), el Tribunal ha optado por seguir a *Rubin*: “*In previous cases addressing this final prong of the Central Hudson test, we have made clear that if the Government could achieve its interests in a manner that does not restrict speech, or that restricts less speech, the Government must do so*”.

*Central Hudson* el Tribunal estimó que la restricción era inconstitucional por dos razones. En primer lugar, la prohibición era extensiva a todo tipo de publicidad, incluida aquella que promocionara productos y servicios que utilizaban la energía de forma más eficiente que otros productos y servicios similares en el mercado.<sup>469</sup> En segundo lugar, la Comisión no logró demostrar que una restricción más limitada no serviría para alcanzar el objetivo de ahorro energético que se perseguía.<sup>470</sup> Es importante recalcar que en *Central Hudson* se asume que la publicidad incentiva el consumo. El Tribunal consideró que existía un vínculo directo entre la regulación publicitaria y el objetivo regulador de ahorrar energía, toda vez que existe “una conexión inmediata entre la publicidad y la demanda de electricidad”<sup>471</sup>. No obstante, no se presentó ningún tipo de evidencia empírica que sustente dicha relación; el Tribunal simplemente asumió que la empresa “sólo habría impugnado la prohibición de creer que la publicidad aumentaría las ventas”<sup>472</sup>.

Antes de analizar la aplicación de la prueba de *Central Hudson* a los seis casos<sup>473</sup> que el Tribunal Supremo norteamericano ha fallado desde entonces en materia de discurso comercial relacionado con la ‘publicidad de vicios’, conviene recapitular en los siguientes términos. En un primer momento el Tribunal consideró que el discurso comercial no estaba amparado bajo la Primera Enmienda (*Chrestensen*). Posteriormente el Tribunal modificó su jurisprudencia para amparar de forma puntual y limitada el discurso que proponía una transacción comercial (*Bigelow*). Tal y como reconoce KELLER<sup>474</sup>, el Tribunal en *Bigelow* debió equilibrar el interés del público en recibir información y el interés del Estado en impedir ese discurso. Posteriormente, en *Virginia Board* el Tribunal hizo extensivo el fallo de *Bigelow*, elaborando la doctrina del discurso comercial—aquél que no hace más que proponer una transacción comercial—sobre la base de que la Primera Enmienda protege el derecho de diseminar información comercial veraz que no sea engañosa, y que el público tiene derecho a recibir o conocer dicha información. Posteriormente, en *Central Hudson*, se consolida la doctrina del discurso comercial al establecerse una prueba que permite realizar un escrutinio judicial intermedio para determinar la adecuación constitucional de normativas que restrinjan el

---

<sup>469</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 570 (1980)

<sup>470</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 570-571 (1980). Volviendo al ejemplo de *Rubin* tenemos que el Tribunal allí concluyó: “*The Government argues that a sufficient “fit” exists here because the labeling ban applies to only one product characteristic and because the ban does not prohibit all disclosures of alcohol content -- it applies only to those involving labeling and advertising. In response, respondent suggests several alternatives, such as directly limiting the alcohol content of beers, prohibiting marketing efforts emphasizing high alcohol strength (which is apparently the policy in some other western nations), or limiting the labeling ban only to malt liquors, which is the segment of the market that allegedly is threatened with a strength war. We agree that the availability of these options, all of which could advance the Government's asserted interest in a manner less intrusive to respondent's First Amendment rights, indicates that § 205(e)(2) is more extensive than necessary*” *Rubin v Coors Brewing Co.* 514 US 476, 490-491 (1995).

<sup>471</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 568-569 (1980)

<sup>472</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 568-569 (1980)

<sup>473</sup> *Posada de Puerto Rico Associates v Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328 (1986); *United States v Edge Broadcasting Co.*, 509 US 418 (1993); *Rubin v Coors Brewing Co.*, 514 US 476 (1995); *44 Liquormart, Inc. v Rhode Island*, 517 US 484 (1996); *Greater New Orleans Broadcasting Association v United States*, 527 US 173 (1999); *Lorillard Tobacco, Co., v Reilly*, 533 US 525 (2001).

<sup>474</sup> KELLER, *Ibidem*.

discurso comercial protegido por la Primera Enmienda. Adicionalmente, la definición de discurso, información o expresión comercial de *Central Hudson* es mucho más amplia que la de *Virginia Board*: expresiones relacionadas exclusivamente con el interés económico del emisor del mensaje y de sus receptores. Es claro que la doctrina del discurso comercial trata en parte acerca de la publicidad y la información. No obstante, la atención del Tribunal, y el desarrollo de su doctrina, tan sólo ha considerado lo que en esta investigación se ha caracterizado como la transmisión suficiente de información comercial, pero nada se dice de la regulación de los indicios periféricos<sup>475</sup>.

## 2. La publicidad de productos y servicios que generan dependencia

### 2.1. Publicidad de juegos de azar

*a) Posada de Puerto Rico Associates v Tourism Company of Puerto Rico, (1986); United States v Edge Broadcasting Co. (1993) & Greater New Orleans Broadcasting Association v United States (1999)*

Seis años después de *Central Hudson* el Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de la regulación de la ‘publicidad de vicios’ en el caso de *Posadas de Puerto Rico Associates vs. Tourism Company of Puerto Rico*. En 1948 el poder legislativo puertorriqueño legalizó los juegos de azar con el fin de promover el turismo<sup>476</sup>. Tanto la ley que legalizó dichos juegos, como su reglamentación prohibían que se hiciera publicidad de los casinos a los residentes de la isla, sólo se permitía publicitarlos fuera de Puerto Rico, aun cuando los isleños podían hacer uso de los casinos. Posadas era una empresa tejana que regentaba un casino en Puerto Rico y fue multada por violar la prohibición de hacer publicidad de su negocio dirigida a los residentes de la isla. Posadas, inconforme con la prohibición, impugnó la norma por violación de la Primera Enmienda. En primera instancia el Tribunal Superior de Puerto Rico consideró que la prohibición era constitucional, siempre y cuando fuera interpretada de manera restrictiva, de forma que se entendiera limitada a “publicidad remunerada contratada con una agencia publicitaria para atraer a los residentes de Puerto Rico para que apuesten a los dados, cartas, ruletas y mesas de bingo”<sup>477</sup>. Tal y como interpretó el Tribunal Superior la prohibición, esta no hacía referencia a publicidad contratada para ser comunicada en medios que tan sólo de forma incidental llegaran a la isla. La prohibición tampoco impediría, según criterio de este Tribunal, que se contratara publicidad a ser comunicada en los puertos marítimos y aeropuertos internacionales de la isla. La decisión fue apelada, y el recurso rechazado por parte del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

---

<sup>475</sup> Tal y como afirma BARENDT: “*Commercial speech in effect is defined as the provision of information, through advertising, about the price (and other aspects) of goods and services to induce a commercial transaction. This is a narrow definition. For a start, it is unclear whether it covers ‘lifestyle’ advertising, like the Marlboro County cigarette advertisements, which promote a favourable image associated with the product, but which provide no information about it*” (Barendt, E., “Freedom of Speech”, Oxford: Oxford University Press, (2005)).

<sup>476</sup> Games of Chance Act of 1948, Act No. 221 of May 15, 1948 (P.R. Laws Ann., Tit. 15 (1971))

<sup>477</sup> *Posada de Puerto Rico Associates v Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 335 (1986)

Llegado el caso al Tribunal Supremo norteamericana éste declaró, con estrecha mayoría (5-4), que la prohibición, interpretada de acuerdo a lo establecido en la sentencia de primera instancia, no violentaba la Primera Enmienda. El Tribunal estableció que la publicidad restringida era discurso comercial, por lo que debería analizarse la regulación restrictiva siguiendo las pautas establecidas en *Central Hudson*. En la primera fase de la prueba, el Tribunal estableció que la publicidad de los casinos dirigida a los puertorriqueños era discurso o expresión comercial protegido, por tratarse de una actividad lícita, y por no ser inherentemente engañosa<sup>478</sup>. En la segunda fase, el Tribunal consideró que el interés del gobierno de Puerto Rico por proteger la salud, seguridad y bienestar de sus ciudadanos, reduciendo la demanda de juegos de azar, era sustancial<sup>479</sup>. Llegados a la tercera y cuarta fase de la prueba, el Tribunal declaró que éstas conllevaban estudiar el encaje entre los objetivos del poder legislativo estatal y los medios que se articulaban para lograrlos<sup>480</sup>. El Tribunal, bajo el presupuesto de que la publicidad incentiva el consumo, coincide con Puerto Rico en el sentido de que una limitación de la publicidad directamente avanzaría el interés perseguido por la regulación. Al llegar a la cuarta fase de la prueba de *Central Hudson* el Tribunal estimó que las medidas adoptadas eran suficientemente ajustadas a los fines perseguidos, ya que lejos de prohibir todo tipo de publicidad, sólo se restringía ésta de forma que no pudiera ser dirigida a los residentes de la isla.<sup>481</sup> El Tribunal afirmó que, puesto que Puerto Rico podía prohibir los juegos de azar, era aceptable constitucionalmente, como una medida menos restrictiva, permitir ceñirse a intentar la conducta y reducir la demanda mediante restricciones publicitarias<sup>482</sup>: quien puede lo más, puede lo menos. Cabe resaltar que esta línea argumentativa resultó especialmente persuasiva para el Tribunal con relación a productos perjudiciales como el tabaco y el alcohol, como resulta patente en los casos que se examinan más adelante.<sup>483</sup>

En 1993, en *US v EDGE* el Tribunal conoció nuevamente un caso sobre regulación de publicidad de juegos de azar. En esta ocasión el Tribunal avaló con una mayoría de siete a dos la constitucionalidad de una norma federal que prohibía la emisión de publicidad de juegos de azar, salvo aquella emitida para promocionar loterías estatales en estados en los que fuera legal dicha actividad<sup>484</sup>. WMYK-FM, una estación radial de Edge

---

<sup>478</sup> *Posada de Puerto Rico Associates v Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 340 (1986)

<sup>479</sup> *Posada de Puerto Rico Associates v Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 341 (1986). Puerto Rico aseguraba que un aumento en el consumo de este tipo de servicios conllevaría disfuncionalidad moral y social, produciría un aumento de criminalidad, prostitución y corrupción, y favorecería la infiltración de crimen organizado.

<sup>480</sup> Concretamente, con respecto a la tercera fase de la prueba, el Tribunal dijo: “*The Puerto Rican Legislature obviously believed, when it enacted the advertising restrictions at issue here, that advertising of casino gambling aimed at the residents of Puerto Rico would serve to increase the demand for the product advertised. We think the Legislature’s belief is a reasonable one*” (*Posada de Puerto Rico Associates v Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 341, 342 (1986)).

<sup>481</sup> *Posada de Puerto Rico Associates v Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 343-344 (1986)

<sup>482</sup> “*It would surely be a Pyrrhic victory for casino owners... to gain recognition of a First Amendment right to advertise their casinos to the residents of Puerto Rico, only to thereby force the legislature into banning casino gambling by residents altogether*” (*Posada de Puerto Rico Associates v Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 346 (1986)).

<sup>483</sup> “*It would be a strange constitutional doctrine which would concede to the legislature the authority to totally ban a product or activity, but deny to the legislature the authority to forbid the stimulation of demand for the product or activity through advertising on behalf of those who would profit from such increased demand*” (*Posada de Puerto Rico Associates v Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 346 (1986)).

<sup>484</sup> 18 USC §1304, 1307

Broadcasting Company situada en Carolina del Norte, Estado en el que no eran legales las loterías, deseaba emitir publicidad pagada para promocionar una lotería estatal de Virginia, donde se encontraban la mayoría de radioyentes de esta emisora. El Tribunal resolvió este caso siguiendo la jurisprudencia de *Posadas*. En primer lugar, estableció que la prohibición federal se refería a discurso comercial protegido.<sup>485</sup> En segundo lugar, el Tribunal consideró que el interés del Congreso era sustancial, toda vez que apoyaba la opción política de los Estados en los que las loterías no eran legales, sin llegar a interferir con las opciones políticas de aquellos Estado en los que las loterías si eran legales.<sup>486</sup> El Tribunal hizo uso nuevamente de la argumentación según la cual ‘quien puede lo más, puede lo menos’; puesto que los juegos de azar no constituyen actividad protegida constitucionalmente, los Estados pueden prohibirla, y por ello, pueden limitar su publicidad.<sup>487</sup> Con respecto a la tercera fase de la prueba, el Tribunal consideró que la prohibición federal servía de forma directa para proteger las diferentes opciones políticas de los Estados con respecto a los juegos de azar, materializando así el pluralismo político permitido por el sistema federal estadounidense.<sup>488</sup> Finalmente, bajo la cuarta fase de la prueba, el Tribunal concluyó que la prohibición era razonable y suficientemente ajustada al interés perseguido por la norma, toda vez que el Congreso hubiera podido optar por prohibir de forma categórica toda publicidad de este tipo.<sup>489</sup>

Posteriormente, en 1999, en *GNBA*<sup>490</sup>, el Tribunal continuó elaborando su doctrina del discurso comercial, en la línea de una decisión de 1996, a saber, *44 Liquormart*, que se comentará en el siguiente apartado. En *GNBA* el Tribunal se separó del precedente de *Edge*, al declarar con unanimidad la inconstitucionalidad parcial de 18 USC §1304, por violación de la Primera Enmienda. En este caso ya no se trataba de la publicidad de loterías estatales, como en *Edge*, sino de la publicidad de casinos privados con ánimo de lucro<sup>491</sup>. La prohibición que impedía aceptar y emitir publicidad pagada de casinos privados, actividad esta que era legal en el Estado de Luisiana, fue demandada en 1994 por una coalición de medios de comunicación audiovisual de este Estado. En primer lugar, bajo la primera fase de la prueba de *Central Hudson*, el Tribunal halló que la sección 1304 del Título 18 del Código de los Estados Unidos restringía el discurso

---

<sup>485</sup> United States v Edge Broadcasting Co., 509 US 418, 426 (1993)

<sup>486</sup> United States v Edge Broadcasting Co., 509 US 418, 426 (1993)

<sup>487</sup> United States v Edge Broadcasting Co., 509 US 418, 426 (1993)

<sup>488</sup> United States v Edge Broadcasting Co., 509 US 418, 428 (1993)

<sup>489</sup> United States v Edge Broadcasting Co., 509 US 418, 428-430 (1993). Vale la pena recordar que en el voto particular del magistrado Stevens, este trajo a colación la decisión en *Bigelow* diciendo: “[*The Bigelow Court*] flatly rejected the notion... that a State could... [suppress] truthful, nonmisleading information regarding a legal activity in another State... [and] held that a State ‘may not, under the guise of exercising internal police powers, bar a citizen of another State from disseminating information about an activity that is legal in that State’”. Más adelante añadió: “In seeking to assist nonlottery States in their efforts to shield their citizens from the perceived dangers emanating from a neighboring State’s lottery, the Federal Government has not regulated the content of such advertisements to ensure that they are not misleading, nor has it provided for the distribution of more speech, such as warnings or educational information about gambling. Rather, the United States has selected the most intrusive, and dangerous, form of regulation possible – a ban on truthful information regarding a lawful activity imposed for the purpose of manipulating, through ignorance, the consumer choices of some of its citizens” (United States v Edge Broadcasting Co., 509 US 418, 437-439 (1993)).

<sup>490</sup> Greater New Orleans Broadcasting Association v United States, 527 US 173 (1999)

<sup>491</sup> 18 USC §1304 prohibía la publicidad pagada de casinos, con excepción de aquella que promocionara casinos operados legalmente por tribus aborígenes norteamericanas, y de casinos estatales y municipales (estas excepciones se encuentran codificadas en 25 USC §2701, et seq., y 18 USC §1307(a)(2), respectivamente).

comercial protegido—discurso veraz, no engañoso que promocionaba las apuestas legales en casinos. Nuevamente, siguiendo la estela de *Virginia Board*, el Tribunal hizo hincapié en la importancia de la dimensión informativa de la publicidad, que aun cuando se emitiera a favor del interés pecuniario de los empresarios, no obstante servía directamente los intereses de los consumidores.<sup>492</sup> Con respecto a la segunda fase, el Tribunal declaró que el interés del gobierno federal por reducir el consumo de servicios de apuestas en casinos y así mermar el coste social derivado dichos servicios era suficientemente sustancial.<sup>493</sup>

Llegados al análisis bajo la tercera fase de la prueba, el Tribunal declaró que la normativa no podía servir de forma directa y material los intereses del gobierno, toda vez que la regulación contenía demasiadas excepciones e inconsistencias como para contribuir a la consecución de dicho interés<sup>494</sup>. El Tribunal no vio razón suficiente para discriminar a los propietarios de los casinos, de forma tal que por el simple hecho de no ser indígenas, no tuvieran derecho a publicitar sus negocios. Adicionalmente, siguiendo la jurisprudencia de *44 Liquormart*, el Tribunal insistió en la necesidad de demostrar la relación entre publicidad y consumo.<sup>495</sup> Llegados a la cuarta fase de la prueba, el Tribunal concluyó, siguiendo a *Rubin*, que las medidas adoptadas por la regulación no eran suficientemente ajustadas a la consecución del fin perseguido, ya que existían otras alternativas, no relacionadas con el discurso, que permitirían una regulación más directa de las apuestas en los casinos privados.<sup>496</sup> Adicionalmente, siguiendo a *Rubin* y *44 Liquormart*, el Tribunal insistió en la inaplicabilidad del razonamiento según el cual ‘quien puede lo más, puede lo menos’, afirmando que el “poder de prohibir o regular conductas concretas no necesariamente incluye el poder de prohibir o regular discurso o expresiones acerca de la respectiva conducta”<sup>497</sup>. Así pues, para el Tribunal, una vez amparado el discurso comercial, éste obtiene una inmunidad, un estatus propio, independientemente de la protección que se le pueda brindar a la actividad legal a la que el discurso se refiere. Claramente, este pronunciamiento distingue ámbitos de intervención, o competencias materiales, y derechos individuales y colectivos, distanciándose así de la postura en *Posadas*.

---

<sup>492</sup> Dijo el Tribunal: “[T]he proposed commercial messages would convey information – whether taken favorably or unfavorably by the audience – about an activity that is the subject of intense public debate in many communities. In addition, [the advertisements] presumably would disseminate accurate information as to the operation of market competitors, such as pay-out ratios, which can benefit listeners by informing their consumption choices and fostering price competition. Thus, even if the broadcasters’ interest in conveying these messages is entirely pecuniary, the interest of, and benefit to, the audience may be broader” (*Greater New Orleans Broadcasting Association v United States*, 527 US 173, 184-185 (1999)).

<sup>493</sup> *Greater New Orleans Broadcasting Association v United States*, 527 US 173, 185-187 (1999)

<sup>494</sup> *Greater New Orleans Broadcasting Association v United States*, 527 US 173, 190 (1999)

<sup>495</sup> “While it is no doubt fair to assume that more advertising would have some impact on overall demand for gambling, it is also reasonable to assume that much of that advertising would merely channel gamblers to one casino rather than another” (*Greater New Orleans Broadcasting Association v United States*, 527 US 173, 189 (1999)).

<sup>496</sup> *Greater New Orleans Broadcasting Association v United States*, 527 US 173, 192 (1999). Por ejemplo, el Tribunal sugirió que podrían establecerse límites para las apuestas, y para el crédito que los establecimientos otorgaban a los jugadores, o que podían hacerse más estrictos los requisitos para el otorgamiento de licencias para el establecimiento y el funcionamiento de los casinos privados.

<sup>497</sup> “[T]he power to prohibit or to regulate particular conduct does not necessarily include the power to prohibit or regulate speech about that conduct” *Greater New Orleans Broadcasting Association v United States*, 527 US 173, 193 (1999)



b) La “publicidad de vicios” como una modalidad diferenciada de discurso o expresión comercial

De esta línea de casos vale la pena destacar dos elementos. En primer lugar, los tres casos tratan sobre publicidad-promoción, sobre anuncios publicitarios tradicionales, son casos de *advertising*, del tipo de publicidad que se regula en la LGP. Tal y como se recoge en *Posadas*, se trata de “publicidad remunerada contratada con una agencia publicitaria para atraer a los residentes de Puerto Rico para que apuesten a los dados, cartas, ruletas y mesas de bingo”<sup>498</sup>. En los tres casos pues el Tribunal fue inequívoco al señalar que la publicidad-promoción, el *advertising*, cabe dentro de la definición de discurso comercial, es decir, puede ser un tipo de discurso o expresión comercial constitucionalmente protegido. Se ve pues, como se pasa de considerar el discurso comercial como aquel que únicamente propone una transacción, a una categoría que se intuye más amplia al reconocerse que la publicidad es sólo un tipo de discurso comercial. En segundo lugar, resulta muy llamativo que sólo en uno de estos tres casos, a saber, en *Posadas*, sea el anunciante quien demanda una supuesta vulneración de su libertad de información, y que en los otros dos sean o los medios (*Edge*) o una asociación de medios (*GNBA*) los que buscan corregir lo que perciben como una vulneración de sus derechos bajo la Primera Enmienda. Como se verá más adelante este supuesto no es extraño ni aislado: la regulación de la publicidad no sólo limita el derecho a anunciar, sino que existiendo la publicidad pueden darse regulaciones que limiten los derechos de información de otros sujetos, como el derecho de los destinatarios de la publicidad a recibir información comercial veraz (*Virginia Board*), o el derecho a publicar anuncios publicitarios que tienen los medios de comunicación (*GNBA*). Este derecho a publicar publicidad que tienen los medios no sólo es de vital importancia para su financiación, y por ello instrumentalmente para la libertad de prensa, sino que además se entiende que los medios de comunicación al publicar anuncios publicitarios pueden ejercer una función editorial que si bien no implica que el discurso comercial deje de ser comercial, es suficiente para conseguir que la publicidad se proteja no ya como discurso del anunciante, sino del medio, que coincide y refuerza el interés y el derecho de los destinatarios de la publicidad de acceder a dicha información. Es decir, el derecho a publicar publicidad que tienen los medios de comunicación puede protegerse bajo la Primera Enmienda para asegurar la diseminación de información comercial relevante<sup>499</sup>.

---

<sup>498</sup> *Posada de Puerto Rico Associates v Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 335 (1986)

<sup>499</sup> Ya antes el Tribunal había mencionado esta idea cuando, por ejemplo, en *NYT*, aun cuando no se trataba de publicidad-promoción, tal y como se vió más arriba, no obstante se reconoce que: “*That the Times was paid for publishing the advertisement is as immaterial in this connection as is the fact that newspapers and books are sold. Smith v. California*, 361 U. S. 147, 361 U. S. 150; *cf. Bantam Books, Inc., v. Sullivan*, 372 U. S. 58, 372 U. S. 64, n. 6. *Any other conclusion would discourage newspapers from carrying "editorial advertisements" of this type, and so might shut off an important outlet for the promulgation of information and ideas by persons who do not themselves have access to publishing facilities -- who wish to exercise their freedom of speech even though they are not members of the press*” (*New York Times v Sullivan* 376 US 254, 266 (1964); ver también: *Pittsburgh Press Company v Pittsburgh Commission on Human Relations et al*, 413 US 376, 381, 385-387 (1973); y *Bigelow v Virginia*, 421 US 818, 822 (1975)).

## 2.2. Publicidad de bebidas alcohólicas: El rechazo de la “publicidad de vicios” como una subespecie

*Rubin v Coors Brewing Co. (1995) & 44 Liquormart, Inc. v Rhode Island (1996)*

A lo largo de 1995 y 1996 el Tribunal conoció dos casos relacionados con la regulación del discurso comercial, referente a ‘publicidad de vicios’, con los que cambió la jurisprudencia de *Posadas*, de forma tal que el análisis de las últimas dos fases de la prueba de *Central Hudson* se tornó más estricto, y así menos deferente con respecto a los intereses gubernamentales. El primero de estos dos casos fue *Rubin v Coors Brewing Co.*, al que ya se ha hecho referencia más arriba en este apartado. En este caso el Tribunal de forma unánime declaró inconstitucional una norma federal en la que se prohibía indicar el contenido alcohólico de las cervezas en sus etiquetas<sup>500</sup>. Puesto que ya se ha detallado la forma en la que se aplicó la prueba de *Central Hudson* en este caso, aquí sólo cabe anotar que el Tribunal rechaza de forma tajante el argumento presentado por el Estado según el cual la prueba de *Central Hudson* debería aplicarse de forma amplia y menos restrictiva en casos en los que la publicidad regulada promociona actividades o productos, que no obstante ser legales generan daños sociales, tales como el consumo de alcohol y los juegos de azar.<sup>501</sup> Así pues, con *Rubin* se deja claro que la ‘publicidad de vicios’ no amerita una aplicación diferenciada de la prueba de *Central Hudson*.

Al año de haber decidido el caso *Rubin* el Tribunal tuvo ocasión de estudiar otro caso de regulación de discurso comercial sobre bebidas alcohólicas. En *44 Liquormart vs. Rhode Island* el discurso comercial regulado no se refería al etiquetado de bebidas alcohólicas como en *Rubin*, en este caso el Tribunal estudió la constitucionalidad de una regulación publicitaria de 1987<sup>502</sup>. En *44 Liquormart*, nuevamente de forma unánime el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una regulación que restringía el discurso comercial—prohibiendo informar sobre los precios de las bebidas alcohólicas en la publicidad, con el fin de evitar guerras de precios entre comerciantes que conllevarían un aumento en el consumo derivado de la disminución competitiva de precios—tras reconocer que la prueba de *Central Hudson* era la idónea para enjuiciar este tipo de casos.<sup>503</sup> Con respecto a la primera fase de la prueba de *Central Hudson* el Tribunal declaró que la prohibición afectaba al discurso comercial protegido constitucionalmente, toda vez que limitaba la diseminación de información veraz y no engañosa sobre productos legales.<sup>504</sup> De la misma forma, el Tribunal declaró que, con respecto a la segunda fase de la prueba, era claro que Rhode Island tenía un interés sustancial al querer promover la templanza.<sup>505</sup> Así pues, nuevamente la atención del Tribunal se centró en la tercera y cuarta fase de la Prueba.

---

<sup>500</sup> Federal Alcohol Administration Act, 27 USC §201 et seq.

<sup>501</sup> *Rubin v Coors Brewing Co.*, 514 US 476, 482 n.2 (1995)

<sup>502</sup> La normativa prohibía publicitar los precios de las bebidas de malta, aperitivos, vinos y licores destilados. Igualmente prohibía que los medios de comunicación aceptaran publicidad de este tipo. Tan sólo se permitía publicitar los precios de las bebidas alcohólicas en los puntos de venta, siempre y cuando no fueran visibles desde el exterior del establecimiento. (R.I. Gen. L. §3-8-7, 8.1 (1987); Reg. 32, R. & Reg. of the Liquor Control Administrator).

<sup>503</sup> *44 Liquormart, Inc. v Rhode Island*, 517 US 484, 489 (1996)

<sup>504</sup> *44 Liquormart, Inc. v Rhode Island*, 517 US 484, 493 (1996)

<sup>505</sup> *44 Liquormart, Inc. v Rhode Island*, 517 US 484, 493 (1996)

El Tribunal declaró, con respecto a la tercera fase de la prueba, que Rhode Island no había logrado establecer un encaje razonable entre la limitación del discurso y su objetivo de promover mesura en el consumo de alcohol.<sup>506</sup> El Tribunal echó a faltar pruebas que sirvieran para demostrar que la limitación del discurso serviría para reducir la demanda, por lo que no se había demostrado que tal limitación serviría de forma directa para lograr el objetivo perseguido por la regulación.<sup>507</sup> Finalmente, con respecto a la cuarta fase de la prueba, el Tribunal declaró que la prohibición era demasiado restrictiva. Al Tribunal le pareció evidente que Rhode Island podría lograr su objetivo adoptando medidas que no restringieran el discurso; limitando directamente los precios de las bebidas alcohólicas, estableciendo precios mínimos, gravando la venta de estas bebidas, limitando la compra de estos productos o mediante campañas informativas que alertaran sobre los riesgos del consumo excesivo de alcohol.<sup>508</sup> El Tribunal estableció que la línea argumentativa en *Posadas* era incorrecta, pues había resultado demasiado deferente ante los intereses estatales.<sup>509</sup> Del mismo modo, rechazaron el razonamiento según el cual ‘quien puede lo más, puede lo menos’, sobre la base de que la protección otorgada por la Constitución a la libertad de expresión impide a la Administración suprimir la libertad de discurso o expresión con la misma facilidad con que puede suprimir una determinada conducta<sup>510</sup>. Así pues, el Tribunal claramente acerca la protección otorgada al discurso o expresión comercial a aquella propia del discurso político, religioso y artístico. Adicionalmente, el Tribunal definitivamente rechaza la posibilidad de entender la ‘publicidad de vicios’ como una subespecie de discurso comercial que amerite un examen menos riguroso bajo la prueba de *Central Hudson*.<sup>511</sup>

---

<sup>506</sup> 44 Liquormart, Inc. v Rhode Island, 517 US 484, 508-509 (1996)

<sup>507</sup> 44 Liquormart, Inc. v Rhode Island, 517 US 484, 505-506, 508 (1996). Vale la pena mencionar que en primera instancia el juez declaró la inconstitucionalidad de la norma al considerar que no se habían aportado pruebas que demostraran que la prohibición conllevaría una disminución del consumo (44 Liquormart, Inc. v Rhode Island, 517 US 484, 494-495 (1996)). El Tribunal de Primera instancia recordó que en un estudio realizado en 1985 la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) había demostrado que no existía relación entre la publicidad de bebidas alcohólicas y el alcoholismo. El Tribunal de Primera instancia también trajo a colación un estudio en el que se demostraba que en los Estados en los que se permitía publicitar el precio de las bebidas alcohólicas existía un menor consumo que en Rhode Island (44 Liquormart v Racine, 829 F.Supp. 543, 549-555 (1993)).

<sup>508</sup> 44 Liquormart, Inc. v Rhode Island, 517 US 484, 507 (1996);

<sup>509</sup> “*Legislature does not have the broad discretion to suppress truthful, nonmisleading information for paternalistic purposes that the Posadas Majority was willing to tolerate*”. El Tribunal hizo alusión a la apretada mayoría con la que se resolvió *Posadas*, y recordando a Virginia Board dijo que era precisamente ese tipo de elección, entre el peligro de suprimir información y el peligro de la mala utilización de la información disponible, la que se establecía en la primera enmienda (44 Liquormart, Inc. v Rhode Island, 517 US 484, 510 (1996)).

<sup>510</sup> “*The text of the First Amendment makes clear that the Constitution presumes that attempts to regulate speech are more dangerous than attempts to regulate conduct. That presumption accords with the essential role that the free flow of information plays in a democratic society. As a result, the First Amendment directs that government may not suppress speech as easily as it may suppress conduct*” 44 Liquormart, Inc. v Rhode Island, 517 US 484, 512 (1996).

<sup>511</sup> 44 Liquormart, Inc. v Rhode Island, 517 US 484, 513-514 (1996).

### 2.3. Publicidad de productos del tabaco: La protección generalizada y uniforme del discurso o expresión comercial

*Lorillard Tobacco Co. v Reilly* (2001)

Uno de los casos más recientes que ha conocido el Tribunal Supremo norteamericana en materia de regulación de ‘publicidad de vicios’ ha sido *Lorillard Tobacco Co. vs. Reilly*<sup>512</sup>. Allí el Tribunal se enfrentó por primera vez al asunto de la regulación publicitaria de los productos del tabaco y así mismo fue la primera vez que aplicó la prueba de *Central Hudson* a este tipo de publicidad. Este caso reviste especial importancia por varias razones, entre ellas cabe resaltar que con su fallo el Tribunal situó la publicidad de los productos del tabaco en el mismo nivel de protección constitucional, derivada de la Primera Enmienda, que se le otorga a la publicidad de los demás productos y servicios legales. Es decir, con *Lorillard* el Tribunal avanza su cometido de abolir la distinción que en *Posadas* y *Edge* ameritó un tratamiento diferenciado en la aplicación de la prueba de *Central Hudson* para los casos en los que el discurso comercial regulado se trataba de ‘publicidad de vicios’.<sup>513</sup>

El 23 de noviembre de 1998 cuarenta y seis Estados de la Unión pactaron con Philip Morris Co., Inc.; R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc.; Brown & Williamson Tobacco, Co.; y Lorillard Tobacco, Co. el llamado *Master Settlement Agreement*. En este acuerdo se acumularon y resolvieron varias reclamaciones pendientes que los Estados habían incoado en contra de las tabacaleras para recibir compensación derivada de los costes en los que habían incurrido para el tratamiento de diversas dolencias generadas por el consumo de productos del tabaco. Las tabacaleras se comprometieron a pagar 203 billones de dólares, y, entre otras cosas, a restringir la publicidad de sus productos.<sup>514</sup> El Estado de Massachusetts, buscando subsanar algunas lagunas del *Master Settlement Agreement*, reguló la publicidad exterior y en puntos de venta de los productos del tabaco.<sup>515</sup> La regulación fue impugnada y el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de dicha regulación, en lo que se refería a la publicidad de cigarros y productos de tabaco

---

<sup>512</sup> *Lorillard Tobacco Co. v Reilly*, 533 US 525 (2001)

<sup>513</sup> En palabras de HOEFGES: “*The Lorillard Tobacco opinion is also significant for again clearly rejecting the ‘greater-includes-the-lesser’ rationale from the Posadas and Edge Broadcasting cases. Without question, the power of the government to ban a vice product or activity is not alone sufficient to justify otherwise unconstitutional regulations of advertising... [T]he Lorillard Tobacco Court made it clear that even a compelling interest in protecting children’s health would not allow government to overly burden the flow of lawful communication to adults about tobacco products. The current Court seems willing to apply the Central Hudson analysis—when applicable—with equal rigor to all advertising for lawful products, including so-called ‘vice’ products and activities like alcohol, gambling and, now, tobacco.*” (HOEFGES, M., “Protecting Tobacco Advertising Under the Commercial Speech Doctrine: The Constitutional Impact of *Lorillard Tobacco Co.*”, 8 *Comm. L. & Pol’y* 267 (2003))

<sup>514</sup> Por ejemplo, se restringe el patrocinio de conciertos y eventos deportivos de forma que sólo puede utilizarse el nombre comercial de la empresa, mas no sus marcas. También se prohíbe, entre otras, utilizar caricaturas (como Joe Camel) en la publicidad, promoción y etiquetado de sus productos; se prohíbe promover los productos del tabaco en cine, televisión, video juegos, etc. (*product placement*); se prohíbe comerciar mercancías que no sean productos del tabaco utilizando sus marcas.

<sup>515</sup> La norma prohibía todo tipo de publicidad exterior (en vallas, anuncios en estadio, y anuncios en tiendas que fueran visible desde el exterior) de cigarrillos, cigarros y productos de tabaco sin humo (rapé y tabaco de mascar), ubicados en un radio de mil pies de colegios y parques infantiles. La regulación también exigía que la publicidad en puntos de venta que admitiera la entrada de niños, y que se encontrara en el radio de mil pies, se situara a más de cinco pies de altura.

sin humo, ya que el resto de la publicidad estaba regulada la Ley Federal de Publicidad y Etiquetado de Cigarrillos.<sup>516</sup>

Como de costumbre, al aplicar la prueba de *Central Hudson*, la atención del Tribunal se centró en las dos últimas fases de la prueba. En este caso, fue especialmente fácil ya que las partes reconocieron que la regulación demandada restringía discurso comercial protegido, y que el Estado tenía un interés suficientemente sustancial al querer reducir el consumo de tabaco por parte de menores de edad.<sup>517</sup> Así pues, procedía estudiar la constitucionalidad de las restricciones publicitarias—que se referían a la publicidad exterior a trescientos cinco metros de centros educativos y parques, y a la altura a la que se puede instalar publicidad en puntos de venta—bajo la tercera y cuarta fase de la prueba. Bajo la tercera fase el Tribunal decidió, con una votación de cinco contra cuatro, que el Estado había demostrado que la regulación, en lo atinente a publicidad exterior, servía de forma directa el fin perseguido. El Tribunal estimó que los estudios presentados por el Estado evidenciaban suficientemente la relación entre la publicidad y el consumo de productos de tabaco por parte de menores<sup>518</sup>. Ahora bien, bajo esta misma fase, con respecto a la regulación de la publicidad en los puntos de venta, el Tribunal estimó, con una votación de seis contra tres, que ésta no servía de forma directa los intereses del Estado. El Tribunal consideró que la restricción era totalmente ineficaz, y que por ende no servía los intereses del Estado, ya que muchos menores de edad miden más de un metro y medio, y aquellos que miden menos pueden fácilmente mirar hacia arriba.<sup>519</sup> Al analizar la regulación bajo la cuarta fase de la prueba, el Tribunal concluyó que tanto la restricción de publicidad exterior, como la de los puntos de venta, eran demasiado extensas.<sup>520</sup> El Tribunal consideró que al redactarse la regulación relativa a la publicidad exterior no se había tenido en cuenta el impacto que tendría en ciudades como Boston, en donde la densa concentración de colegios y parques hacía equivaler la restricción a una prohibición total. Además, el Tribunal estimó que la regulación podría ser más ajustada, ya que la prohibición no discriminaba

---

<sup>516</sup> La Ley Federal de Publicidad y Etiquetado de Cigarrillos (*Federal Cigarette Labeling and Advertising Act*, 15 USC §1333, et seq (2002)) prohíbe a los Estados de la Unión exigir advertencias de salud relacionadas con el consumo de los productos del tabaco, adicionales a las allí establecidas. Adicionalmente, ésta Ley prohíbe regular la publicidad y promoción de los productos del tabaco que ya se encuentren regulados en ésta. Estas prohibiciones se establecieron con el fin de proteger el comercio y la economía nacional, impidiendo que existieran regulaciones de etiquetado y publicidad de cigarrillos que fueran diferentes, dispares y confusas (15 USC §1331(2)).

<sup>517</sup> *Lorillard Tobacco Co. v Reilly*, 533 US 525, 555 (2001)

<sup>518</sup> “*We disagree with [the tobacco parties] that there is no evidence that preventing targeted campaigns and limiting youth exposure to advertising will decrease underage use of smokeless tobacco and cigars*” *Lorillard Tobacco Co. v Reilly*, 533 US 525, 561 (2001). Con respecto a la aplicación de la tercera fase de la prueba de *Central Hudson* en este extremo del caso *Lorillard*, HOEFGES comenta: “*Under the third Central Hudson factor, which requires the government to demonstrate that its regulation directly advance a substantial regulatory goal in a direct and material way, it is increasingly clear that the government needs to submit a sufficient evidentiary record in support of its case... [T]he Court seems willing to accept government summaries of empirical studies and anecdotal evidence as proof of direct advancement without the need to establish methodological soundness*” (HOEFGES, *Ibidem.*).

<sup>519</sup> Con respecto a la aplicación de la tercera fase de la prueba de *Central Hudson* en este extremo del caso *Lorillard*, HOEFGES comenta: “*[T]he Court will not tolerate ‘irrational’ regulatory schemes under the third Central Hudson factor. The Court struck down irrational regulatory schemes in both Coors Brewing and Greater New Orleans Broadcasting. In addition, The Court in Lorillard Tobacco concluded that the Massachusetts height restrictions also were irrational and thus fatally flawed on that point alone*” (Hoefges, *Ibidem.*).

<sup>520</sup> *Lorillard Tobacco Co. v Reilly*, 533 US 525, 561 (2001)

la publicidad en vallas, ni por su tamaño, ni por su visibilidad, ni por resultar especialmente llamativas para los niños.<sup>521</sup>

Del desarrollo anterior interesa destacar especialmente que la configuración del marco constitucional norteamericano ha determinado que una vez amparado el discurso comercial bajo la primera enmienda, éste deba prevalecer frente a regulaciones que buscan avanzar la protección de la salud colectiva. Esto es especialmente evidente en los tres casos más recientes sobre ‘publicidad de vicios’: *44 Liquormart, Inc. v Rhode Island*, *Greater New Orleans Broadcasting Association v United States*, y *Lorillard Tobacco Co., v Reilly*. Un análisis detenido de esta situación sugiere que esto es así en parte debido a que el Tribunal no ha estudiado la constitucionalidad de la potestad regulatoria con respecto a la limitación de la dimensión persuasiva de la publicidad, bajo la primera fase de la prueba de *Central Hudson*, sino que se ha centrado en la protección de la información veraz y no engañosa que se comunica a través de la publicidad de productos y servicios legales. A este respecto, BARENDT considera que “los argumentos esgrimidos en [*Virginia Board*] sólo se aplican a la publicidad informativa, y no a los comerciales de ‘estilo de vida’, los cuales no aportan información acerca del precio, disponibilidad, o calidad de los bienes”<sup>522</sup>. Para este autor es claro que el mejor argumento para justificar la protección constitucional del discurso o las expresiones comerciales es precisamente el que se fundamenta en el interés de los consumidores en la información de los productos; en esta medida, tal protección no se puede brindar a la publicidad de estilos de vida que asocien siquiera de forma tangencial sustancias adictivas a salud o a situaciones que potencien la vida o vitalidad de las personas.<sup>523</sup>

---

<sup>521</sup> *Lorillard Tobacco Co. v Reilly*, 533 US 525, 563 (2001). Con respecto a la aplicación de la cuarta fase de la prueba de *Central Hudson* en el caso *Lorillard*, Hoefges comenta: “*In the majority opinion, Justice O’Connor suggested that regulations more specifically aimed at restricting youth-oriented tobacco appeals in highly-visible outdoor advertising might be sufficiently narrow under the fourth Central Hudson factor. Justice Thomas made a similar point in the majority opinion in Coors Brewing in 1995. He suggested that a regulation prohibiting specific advertising appeals based on high alcohol content might be a sufficiently narrow alternative under the fourth factor to banning all alcohol percentage information on beer labels... Also under the fourth factor, the Lorillard Tobacco Court continued its trend of requiring the government to seek out more direct means of accomplishing regulatory goals than restricting protected commercial speech. In other words, a regulation of protected commercial speech is unlikely to be considered narrowly tailored if there are direct regulatory means available that government has not tried or has tried and found ineffective. As indicated previously, this was the approach of the Court in striking down the regulations at issue in Coors Brewing, 44 Liquormart and Greater New Orleans Broadcasting*” (HOEFGES, *Ibidem.*).

<sup>522</sup> “[...] the arguments in [*Virginia Board*] only apply to informational advertising, and not to ‘lifestyle’ commercials, which provide no facts about the price, availability, or quality of the goods” (BARENDT, *Ibidem.*).

<sup>523</sup> “[T]he case for free speech coverage of commercial speech in general, and advertising in particular, is weak. The best argument derives from the interest of consumers in product information, coupled with the disinclination, in this area as in others, to exclude from coverage communications which convey a meaning. But lines can be drawn between pure commercials on the one hand, and on the other advertisements, say, for contraceptive advice or facilities, which may be regarded as on the margins of public discourse. Again, lines should be drawn generously not to exclude anything of more than purely commercial content. These arguments do not remotely apply to lifestyle advertising for cigarettes (or for that matter other products). Even if such advertising is covered, the case for its proscription is very strong. Commercials like the Marlboro County ads are not banned because government fears that people will consider their argument and come to false conclusions, but to protect public health. Insofar as they suggest obliquely that smoking is healthy or life-enhancing, and so can be said to have free speech

### 3. Estado actual del debate

#### 3.1. La esquivada definición de discurso comercial

a) *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.* (1983)

Llegados a este punto, y antes de pasar a la recapitulación, conviene hacer algunas precisiones con respecto a la definición de discurso comercial. En este apartado se analizarán algunas de las similitudes y diferencias más sobresalientes entre el discurso comercial, la comunicación comercial y la publicidad tal como se define y regula en la LGP. Toda vez que el Tribunal Supremo estadounidense utiliza una variedad de definiciones de discurso o expresión comercial conviene recordar algunas de las más citadas. En primer lugar, en el caso de *Virginia Board*, recogiendo jurisprudencia anterior, se define el discurso comercial como aquel que no hace más que proponer una transacción comercial.<sup>524</sup> Posteriormente, en *Central Hudson*, el Tribunal define el discurso comercial como aquellas expresiones relacionadas exclusivamente con el interés económico del emisor del mensaje y sus receptores.<sup>525</sup> Hay que recordar también que en muchos casos la publicidad remunerada contratada con una agencia de publicidad para atraer a posibles clientes, es considerada como discurso comercial.<sup>526</sup> La multiplicidad de definiciones, o lo que es lo mismo, la ausencia de una definición clara, tal y como afirma MARCANTONIO, “ha creado un ‘área gris’ que ha dejado a muchas personas y tribunales sin saber qué es exactamente el discurso comercial”<sup>527</sup>. Hay quienes opinan, por ejemplo, que la “expresión ‘discurso comercial’ probablemente

---

*content, they are inherently misleading. On either interpretation the case for their protection under a fee expression provision is weak”* (BARENDT, óp. cit.). En similar sentido se ha pronunciado SULLIVAN: “*It is possible that in some cases the government might ultimately prevail even under heightened or strict scrutiny on the ground that unchecked misleading commercial speech would have catastrophic consequences (the product might kill or seriously injure you), and because more speech is unlikely to intervene to correct that harm (the manufacturer or advertiser is uniquely in a position to know that the product might kill or seriously injure you, and competitors will decline to unmask the problem to preserve their own sales of similar products) [...] Liquormart held that government may not regulate true and non misleading commercial speech on the ground that it does not trust people to deal appropriately with the information. Any correction to the bad effects of reliance on such speech must lie elsewhere—for example, in the counterspeech of competitors or of the government itself. The underlying model of the listener is one of a robust, self-determining agent fully capable of placing true information in whatever context might be necessary in order to decide whether or not to act upon it. The image of the listener confronted with misleading commercial speech is radically different: Here, the consumer is not expected to have the competence or access to information needed to question the advertiser’s claim, and correction is not to be left to competitors and mere government counterspeech”* (SULLIVAN K.M., “Cheap Spirits, Cigarettes, and Free Speech: The Implications of 44 Liquormart”, 1996 Sup. Ct. Rev. 123 (1996)).

<sup>524</sup> *Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al* 425 US 748, 762-773 (1976). La definición del Tribunal sigue la establecida en: *Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Comm’n*, 413 U.S. 385; y se repite, entre otros, en *Linmark Associates Inc. v Township of Willingboro*, 431 US 85 (1977).

<sup>525</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 561 (1980).

<sup>526</sup> Baste aquí con recordar el caso de *Posada de Puerto Rico Associates v Tourism Company of Puerto Rico*, 478 US 328, 335 (1986).

<sup>527</sup> MARCANTONIO, op. Cit., p. 361.

tenía la intención de evitar disputas terminológicas acerca de lo que constituye un anuncio publicitario, pero no ha resuelto el problema de la definición”<sup>528</sup>.

Sin lugar a dudas el esfuerzo más importante por definir el “discurso comercial” se encuentra en la sentencia de *Bolger v. Youngs Drug Products Corp*<sup>529</sup>. En dicho caso se determinó que la aplicación de una norma federal que prohibía el envío no solicitado por correo de publicidad sobre anticonceptivos violaba los derechos de la empresa protegidos por la Primera Enmienda. La empresa, como fruto del fallo, pudo enviar por correo sus paquetes publicitarios, los cuales contenían tres tipos de información: en primer lugar, se incluía un panfleto de varias páginas en el que se promocionaban una gran cantidad de productos, entre ellos anticonceptivos; en segundo lugar, se enviaba volantes en los que se promocionaban anticonceptivos, y, en tercer lugar, había panfletos informativos en los que se discutía la deseabilidad y disponibilidad de productos anticonceptivos en general, y específicamente aquellos del anunciante. El Tribunal declara que la mayor parte de los contenidos de los envíos postales caben dentro de la noción nuclear de “discurso comercial”, a saber, se trata de “discurso que no hace más que proponer una transacción comercial”<sup>530</sup>. Lo interesante del caso es que el Tribunal reconoce que la variedad de información contenida en los envíos amerita un estudio más detallado a efectos de clasificar el discurso como comercial o no comercial. El Tribunal considera, por ejemplo, que los panfletos informativos son más que meras propuestas para entablar relaciones comerciales.

De forma muy hábil, el Tribunal distingue tres características que, tomadas separadamente no son, en su opinión, suficientes para clasificar un discurso como comercial, digno de una protección inferior que la que se le brindaría a un discurso o expresión no comercial, pero que en caso de presentarse de forma conjunta representan prueba suficiente para clasificar el discurso como comercial. En palabras del Tribunal:

El mero hecho de que estos panfletos sean reconocidamente publicidad, claramente no implica concluir que sean discurso comercial. Ver *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 265 -266 (1964). De forma similar, la referencia a un producto específico por sí misma no convierte a los panfletos en discurso comercial. Ver *Associated Students for Univ. of Cal. at Riverside v. Attorney General*, [463 U.S. 60, 67] 368 F. Supp. 11, 24 (CD Cal. 1973). Finalmente, el hecho de que Youngs tenga una motivación económica para enviar los panfletos sería claramente insuficiente por sí sola para convertir los materiales en discurso comercial. Ver *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S., at 818 ; *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463, 474 (1966); *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

No obstante, la combinación de todas estas características brinda un fundamento sólido a la conclusión del Tribunal del Distrito en el sentido de que los panfletos informativos están correctamente caracterizados como discurso comercial. Los envíos postales constituyen discurso comercial a pesar del hecho de que contengan discusiones a cerca

---

<sup>528</sup> MENTHE, DARREL C., “The Marketplace Metaphor and Commercial Speech Doctrine: Or how I Learned to Stop Worrying About and Love Citizens United”, 38 *Hastings Const. L. Q.* 131 2010-2011.

<sup>529</sup> *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60 (1983)

<sup>530</sup> El Tribunal cita a *Virginia Pharmacy Board v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 US 748 (1976 y a *Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Comm'n*, 413 U.S. 376, 385 (1973).



de importantes temas de interés público como lo son las enfermedades venéreas y la planificación familiar.<sup>531</sup>

En este orden de ideas, resulta claro que un anuncio publicitario que se refiera a un producto específico y que haya sido emitido por un anunciante, con ánimo de lucro, debe considerarse discurso comercial, y como tal puede ser regulado más allá de lo que sería el discurso no comercial, ya que dicha regulación sólo se sometería a un estándar de control de constitucionalidad intermedio. Así pues, se ve como el discurso comercial así definido es muy similar a la publicidad regulada por la LGP. No obstante, si se adoptaran definiciones de discurso comercial del tipo que lo distinguen como “aquel que no hace más que proponer una transacción comercial”<sup>532</sup>, o como aquellas “expresiones relacionadas exclusivamente con el interés económico del emisor del mensaje y sus receptores”<sup>533</sup>, se estaría no ya frente a la publicidad, *promotional-mix*, de la LGP, sino frente a publicidad entendida como *marketing-mix*, o CMI.<sup>534</sup> Se ha de notar, adicionalmente, que así como ninguna de las tres características, tomadas separadamente, constituyen prueba suficiente de que un discurso sea comercial, también es cierto que el hecho de que la publicidad vincule un producto a un debate público actual no le confiere la completa protección constitucional que se le presta al discurso no comercial.<sup>535</sup>

b) *Kasky v. Nike (2002)*

Ahora bien, no obstante seguir vigente el criterio definitorio de *Bolger*, no deja de ser cierto que en varias oportunidades el Tribunal Supremo de EEUU ha manifestado su inquietud frente a la precisión de la definición de discurso comercial. Así, por ejemplo, ha sostenido que “las ambigüedades pueden existir en las fronteras de la categoría de discurso comercial”<sup>536</sup>, y ha reconocido que “existe una dificultad a la hora de trazar líneas claras que encasillen de forma nítida el discurso comercial como una categoría

---

<sup>531</sup> “The mere fact that these pamphlets are conceded to be advertisements clearly does not compel the conclusion that they are commercial speech. See *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 265 -266 (1964). Similarly, the reference to a specific product does not by itself render the pamphlets commercial speech. See *Associated Students for Univ. of Cal. at Riverside v. Attorney General*, [463 U.S. 60, 67] 368 F. Supp. 11, 24 (CD Cal. 1973). Finally, the fact that Youngs has an economic motivation for mailing the pamphlets would clearly be insufficient by itself to turn the materials into commercial speech. See *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S., at 818; *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463, 474 (1966); *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

The combination of all these characteristics, however, provides strong support for the District Court's conclusion that the informational pamphlets are properly characterized as commercial speech. The mailings constitute commercial speech notwithstanding the fact that they contain discussions [463 U.S. 60, 68] of important public issues such as venereal disease and family planning”. *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60, 64 (1983)

<sup>532</sup> *Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al* 425 US 748, 762-773 (1976). La definición del Tribunal sigue la establecida en: *Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Comm'n*, 413 U.S. 385; y se repite, entre otros, en *Linmark Associates Inc. v. Township of Willingboro*, 431 US 85 (1977).

<sup>533</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 561 (1980).

<sup>534</sup> Ver Capítulo I.

<sup>535</sup> *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60, 64 (1983), citando a *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Comm'n of New York*, 447 U.S., at 563 , n. 5.

<sup>536</sup> *Edenfield v. Fane* 507 U.S. 761, 765 (1993)

diferenciada”<sup>537</sup>. En este contexto, el Tribunal Supremo de California, haciendo una relectura sistemática del precedente de *Bolger*, desarrolla un nuevo estándar para determinar si un discurso es o no comercial en el caso de *Kasky v. Nike, Inc.*<sup>538</sup>. En el año de 1.996 la empresa estadounidense Nike, Inc., productora y comercializadora de zapatillas y prendas de vestir deportivas, fue acusada por diferentes medios de comunicación en el sentido de que las condiciones laborales de sus plantas de producción en el exterior eran peligrosas, que los trabajadores eran mal pagados y maltratados, y que se empleaba a menores de edad.<sup>539</sup> Ante estos ataques, Nike emprendió una campaña de medios para defender su buen nombre.

Al igual que sucede en *Bolger*, en *Nike* el discurso en cuestión está compuesto por una variedad de elementos: Nike envió cartas a los directores de departamentos de atletismo de diversas universidades, a editores de periódicos, emitió comunicados de prensa y compró espacio publicitario, de página entera, en diversos periódicos para publicar informes de investigaciones financiadas por Nike que desmentían las acusaciones. El señor Marc Kasky demandó el discurso de Nike, alegando que violaba las leyes californianas de publicidad engañosa y prácticas comerciales desleales. Llegado el caso a conocimiento del Tribunal Supremo de California, este determinó que el discurso de Nike era discurso comercial, y como tal no estaba plenamente amparado por la Primera Enmienda. En palabras del Tribunal estatal:

[...] para decidir si una norma que regula el discurso viola la Primera Enmienda, la primera cuestión es si el discurso que la norma regula recibe algún tipo de protección bajo la Primera Enmienda. Como hemos visto, el discurso comercial que sea falso o engañoso no recibe ningún tipo de protección bajo la Primera Enmienda, y por lo tanto una norma que prohíba sólo ese tipo de discurso no puede violar las previsiones constitucionales sobre libertad de discurso o expresión<sup>540</sup>

El Tribunal californiano considera que es claro que, a pesar de contener alusiones a debates actuales de interés público, no por ello el discurso de Nike deja de ser comercial. Nuevamente, citando al Tribunal:

Aquí, el discurso de Nike no se sustrae de la categoría de discurso comercial porque esté entremezclado con discurso no comercial. En tanto y en cuanto la correspondencia y los comunicados de prensa de Nike tratan sobre cuestiones políticas, tales como hasta qué punto deben ser responsables las compañías nacionales por las condiciones laborales de fábricas ubicadas en otros países, o qué estándares deben observar las compañías nacionales en tales fábricas, o los mérito o efectos de la ‘globalización’ económica en general, los comentarios de Nike son discurso no comercial. Cualquier regulación basada en el contenido de estos mensajes no comerciales estaría sujeta al test de escrutinio estricto de discurso enteramente protegido. Pero Nike no puede ‘inmunizar de regulación gubernamental la información falsa o engañosa sobre productos

---

<sup>537</sup> *Cincinatti v. Discovery Network, Inc.* 507 U.S. 410, 419 (1993)

<sup>538</sup> *Kasky v. Nike, Inc.* 45P.3d 243 (Cal.2002), que luego, en apelación ante el Tribunal Supremo federal se archivará como *Nike, Inc., et al. v. Kasky*, 539 U.S. 654 (2003)

<sup>539</sup> Ver FISHER, JEFFREY, L., “*Nike v. Kasky: Will the Shield of Commercial Speech Doctrine Become a Sword?*”, 20 *Comm. Law* 1, 31 n. 4 (Winter 2003).

<sup>540</sup> “*But to decide whether a law regulating speech violates the First Amendment, the very first question is whether the speech that the law regulates is entitled to First Amendment protection at all. As we have seen, commercial speech that is false or misleading receives no protection under the First Amendment, and therefore a law that prohibits only such unprotected speech cannot violate constitutional free speech provisions*” (*Kasky v. Nike, Inc.* 45P.3d 243 (Cal.2002)).

simplemente haciendo referencia a asuntos públicos.’ Aquí, los comentarios supuestamente falsos y engañosos se relacionan todos con las porciones comerciales del discurso en cuestión—la descripción de las prácticas y condiciones reales de fábricas que producen los productos de Nike—por lo que las regulaciones propuestas sólo alcanzan esa porción comercial.<sup>541</sup>

Más adelante, el Tribunal Puntualiza, afirmando que:

[...] la regulación en cuestión no suprime puntos de vista, sino que, en cambio, suprime declaraciones de hecho falsas o engañosas. Tal y como hemos explicado, al punto que el discurso y las expresiones de Nike representen expresiones de opinión o puntos de vista sobre cuestiones generales de política, tales como el valor de la ‘globalización económica, su discurso y expresiones no comercial estará amparado plenamente por la Primera Enmienda. El discurso y las expresiones de Nike pierden esa protección completa únicamente cuando se refieren a hechos materia de la transacción comercial—en este caso, a declaraciones de hecho referidas a la forma en que Nike fabrica sus productos<sup>542</sup>

Lo problemático de este fallo reside en el hecho de que la interpretación que el Tribunal estatal hace del precedente de *Bolger* lo lleva a plantear un nuevo test para determinar cuándo un discurso es comercial. Según este nuevo test, para categorizar un determinado mensaje como discurso comercial o no comercial requiere considerar tres factores: la naturaleza comercial del emisor del discurso, la naturaleza comercial del público destinatario objetivo, es decir, que los destinatarios del mensaje sean consumidores potenciales, y que el contenido del mensaje sea de naturaleza comercial. Este test, tal y como se verá, amplía de forma notoria el espectro de discurso que se consideraría discurso comercial.

El Tribunal estatal considera que los dos primeros elementos de su prueba, la naturaleza comercial del emisor y del destinatario del mensaje, caben dentro de los estándares de motivación económica y formato publicitario del test de *Bolger* porque, en primer lugar, y con respecto a la motivación económica, se entiende que “generalmente o típicamente el discurso comercial está dirigido a un público o a personas que pueden ser influenciadas por ese discurso para entablar relaciones comerciales con el emisor del

---

<sup>541</sup> “Here, Nike’s speech is not removed from the category of commercial speech because it is intermingled with noncommercial speech. To the extent Nike’s press releases and letters discuss policy questions such as the degree to which domestic companies should be responsible for working conditions in factories located in other countries, or what standards domestic companies ought to observe in such factories, or the merits and effects of economic “globalization” generally, Nike’s statements are noncommercial speech. Any content-based regulation of these noncommercial messages would be subject to the strict scrutiny test for fully protected speech. (See, e.g., *Consolidated Edison Co. v. Public Serv. Comm’n*, *supra*, 447 U.S. 530, 100 S.Ct. 2326, 65 L.Ed.2d 319.) But Nike may not “immunize false or misleading product information from government regulation simply by including references to public issues.” (*Bolger*, *supra*, 463 U.S. at p. 68, 103 S.Ct. 2875, *fn. omitted*.) Here, the alleged false and misleading statements all relate to the commercial portions of the speech in question—the description of actual conditions and practices in factories that produce Nike’s products—and thus the proposed regulations reach only that commercial portion.” (*Kasky v. Nike, Inc.* 45P.3d 243 (Cal.2002)).

<sup>542</sup> “[...] the regulations in question do not suppress points of view but instead suppress false and misleading statements of fact. As we have explained, to the extent Nike’s speech represents expression of opinion or points of view on general policy questions such as the value of economic “globalization,” it is noncommercial speech subject to full First Amendment protection. Nike’s speech loses that full measure of protection only when it concerns facts material to commercial transactions—here, factual statements about how Nike makes its products” (*Ibidem*).

mensaje, o con la persona en cuyo nombre y representación esté actuando el emisor”<sup>543</sup>. Esta primera asunción resulta problemática en la medida en que desconoce el hecho de que existen casos en los que no proteger el discurso del representante de una empresa puede conllevar la vulneración de los derechos de libre expresión de la respectiva persona natural, al punto de que su honra y buen nombre podrían verse vulnerados, en la medida en que su discurso no se protegiera plenamente.

En segundo lugar, considera que “el discurso en formato publicitario típicamente, aunque no invariablemente, es discurso sobre un producto o servicio emitido por una persona que ofrece dicho producto o servicio por un precio, dirigido a personas que pueden desear, y estar dispuestas a pagar por, ese producto o servicio”<sup>544</sup>. Finalmente, y con respecto al tercer punto del test, relativo a la naturaleza comercial del contenido del mensaje, el Tribunal encuentra que este es coincidente con el estándar de referencia a un producto establecido en *Bolger*, siempre y cuando se entienda que “referencias a productos” también incluye, “por ejemplo, declaraciones acerca de la forma en la que los bienes son producidos, distribuidos o vendidos, acerca de servicios de reparación o garantía que el vendedor provee a los consumidores del producto, o acerca de la identidad o cualificaciones de las personas que producen, distribuyen, venden, atienden al público, o endosan el producto”<sup>545</sup>.

Esta nueva caracterización de lo que constituye discurso comercial excede de tal forma el estándar establecido en *Bolger* que hay quienes opinan que según la definición del Tribunal californiano, todo discurso corporativo sería discurso comercial<sup>546</sup>. En cualquier caso, de haberse aplicado estrictamente el test de *Bolger*, el discurso de Nike probablemente no se hubiera considerado como discurso comercial, toda vez que, tal y como anota MARCANTONIO, “muchas de las declaraciones de Nike se hicieron mediante cartas al editor y cartas a directores de departamentos de atletismo de universidades, que no son formatos publicitarios tradicionales. Adicionalmente, no habían referencias a productos específicos. Las declaraciones se referían a prácticas de la compañía en general”<sup>547</sup>. Ahora bien, tal y como opina este mismo autor, en la medida en que el Tribunal Supremo federal no entró a decidir sobre el fondo de la cuestión, la definición

---

<sup>543</sup> Kasky v. Nike, In. 45P.3d 243 (Cal.2002)

<sup>544</sup> Kasky v. Nike, In. 45P.3d 243 (Cal.2002)

<sup>545</sup> “By “product references,” we do not understand the United States Supreme Court to mean only statements about the price, qualities, or availability of individual items offered for sale. Rather, we understand “product references” to include also, for example, statements about the manner in which the products are manufactured, distributed, or sold, about repair or warranty services that the seller provides to purchasers of the product, or about the identity or qualifications of persons who manufacture, distribute, sell, service, or endorse the product. Similarly, references to services would include not only statements about the price, availability, and quality of the services themselves, but also, for example, statements about the education, experience, and qualifications of the persons providing or endorsing the services” (Kasky v. Nike, In. 45P.3d 243 (Cal.2002)).

<sup>546</sup> “Under the California Supreme Court’s definition of commercial speech, virtually all corporate speech is commercial speech. Whenever the speaker is a business, all three prongs of the California test will almost always be met. The first prong will be satisfied because corporations tend to be engaged in commerce. The second prong will be met because the intended audience of a corporate message can rarely avoid including actual or potential buyers or customers. The third prong will be met unless the message is unrelated to the corporation itself. The implication of this test is that silence is the safest option because “only the purest political speech by a business will be deemed noncommercial” under the California test.” (BATY, MARY, “Silencing Corporate Speakers: The California Supreme Court’s Broad New Definition of Commercial Speech Goes Unchecked”, 30 *J. Corp. L.* 141, 163 (2004-2005)).

<sup>547</sup> MARCANTONIO, ob. Cit. P. 387

de discurso comercial permanece significativamente alterada por la propuesta por el Tribunal estatal.<sup>548</sup>

## 4. Recapitulación

Conviene ahora, antes de proceder a analizar el derecho a anunciar a la luz de las previsiones constitucionales españolas que recogen los derechos de libertad de información, recapitular. En un primer momento, el Tribunal Supremo de EEUU consideró que no procedía conceder ningún tipo de protección a la publicidad puramente comercial bajo la Primera Enmienda<sup>549</sup>. Treintaicuatro años tras el pronunciamiento en el caso *Valentine*, el Tribunal cambia el precedente, y le da la razón a una asociación de consumidores que alega que una regulación que prohíbe la publicación publicitaria de los precios de medicamentos vulnera sus derechos bajo la Primera Enmienda. El Tribunal protege el discurso comercial en el caso de *Virginia Board* fundamentando su decisión no en la libertad del anunciante para expresar opiniones o ideas, sino en el interés y el derecho de los consumidores a recibir una información veraz que les sirva para tomar decisiones de consumo “inteligentes y bien informadas”, es decir, se protege el discurso comercial en la medida en que genere externalidades positivas, en la medida en que sea instrumental al derecho a recibir información.<sup>550</sup>

El precedente de *Virginia Board* se consolida definitivamente mediante la creación del test de *Central Hudson*. Dicho test consolida un estándar de escrutinio intermedio basado en cuatro pruebas que, en caso de superarse, hacen posible proteger el discurso comercial como discurso amparado por la Primera Enmienda.<sup>551</sup> Es fundamental recordar que, en línea con lo argumentado en *Virginia Board*, el Tribunal en *Central Hudson* insiste en que la protección que se le brinda al discurso comercial bajo la Primera Enmienda se basa en la función informativa de la publicidad.<sup>552</sup> Otro hito fundamental en la evolución de la doctrina del discurso comercial se encuentra en el caso de *Bolger*. Allí, el Tribunal define tres características que, de presentarse conjuntamente, representa una “fuerte prueba”, o prueba suficiente, para determinar que un discurso es comercial. Estos tres elementos, que el Tribunal articula recogiendo jurisprudencia anterior son<sup>553</sup>:

---

<sup>548</sup> Nike, Inc., et al. v. Kasky, 539 U.S. 654 (2003)

<sup>549</sup> Ver: *Valentine v Chrestensen* 316 US 52, 54 (1942).

<sup>550</sup> *Virginia State Board of Pharmacy et al v Virginia Citizens Consumer Council Inc et al*, 425 US 748, 765, 770 (1976).

<sup>551</sup> Vale la pena recordar que el test está estructurado de la siguiente manera: “*At the outset, [the commercial speech] must concern lawful activity and not be misleading. Next we ask whether the asserted governmental interest is substantial? If both inquiries yield positive answer, we must determine whether the regulation directly advances the government interest asserted, and whether it is more extensive than necessary to serve that interest*” *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 566 (1980).

<sup>552</sup> *Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 561, 563-564 (1980).

<sup>553</sup> Entre otras, el tribunal cita como fundamento de su decisión: *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 265 -266 (1964); *Associated Students for Univ. of Cal. at Riverside v. Attorney General*, [463

- i) Que el discurso se comunique en formato y/o medio publicitario;
- ii) Que en el discurso se haga referencia a un producto específico; y
- iii) Que el emisor del discurso lo comunique con ánimo de lucro o motivación económica

El Tribunal en *Bolger* es cuidadoso en aclarar que la identificación de estas tres características no implica que las tres deban estar presentes para que un discurso pueda ser considerado comercial. Así, por ejemplo, insisten en que si bien han determinado que la referencia a un producto específico sirve, junto con los otros dos elementos, para determinar que un discurso es comercial, no obstante, no se expresan al respecto de si “la referencia a un producto o servicio en particular es un elemento necesario del discurso comercial”<sup>554</sup>. En últimas, tal y como afirma el Tribunal Supremo californiano en el caso *Kasky*, el Tribunal Supremo federal “no solo rechazó la idea de que cualquiera de los tres factores es suficiente por sí sólo para fundamentar una caracterización de discurso comercial, sino que se abstuvo de sostener que todos estos factores conjuntamente, o cualquiera de ellos de forma aislada, fuera necesario para tal fin”<sup>555</sup>. Finalmente, conviene recordar que en una serie de casos más recientes el Tribunal ha aplicado el test de *Central Hudson* de una forma expansiva, favoreciendo una mayor protección del discurso comercial, al punto que se ha favorecido la protección del discurso comercial por encima de la protección de la salud.<sup>556</sup>

---

U.S. 60, 67] 368 F. Supp. 11, 24 (CD Cal. 1973); *Bigelow v. Virginia*, 421 U.S., at 818; *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463, 474 (1966); y *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

<sup>554</sup> Ver n.p. 14 en *Bolger v. Youngs Drug Products Corp.*, 463 U.S. 60 (1983). También es de apuntar que en n.p. 13 afirman que el hecho de que se haga referencia genérica a un producto no sustrae el mensaje del ámbito del discurso comercial.

<sup>555</sup> *Kasky v. Nike, Inc.* 45P.3d 243 (Cal.2002)

<sup>556</sup>Ver: 44 *Liquormart, Inc. v Rhode Island*, 517 US 484, 513-514 (1996); *New Orleans Broadcasting Association v United States*, 527 US 173 (1999); y *Lorillard Tobacco Co. v Reilly*, 533 US 525 (2001).

## CAPÍTULO V. LA PUBLICIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 10 DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES

Tal y como afirma LESTER, “los conceptos americanos de libertad no sólo han dado forma al surgimiento del constitucionalismo en Europa, sino que los tribunales al otro lado del océano se refieren con frecuencia a los precedentes del Tribunal Supremo de EEUU en casos constitucionales”<sup>557</sup>. En el caso del derecho a la libertad de expresión y/o de información, los más de 90 años de tradición en esta materia enriquecen, sin duda, tal y como se ha expuesto, la doctrina del discurso comercial. El objetivo del presente capítulo es doble. De un lado, en el primer apartado, se contrasta y analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de protección de discursos comerciales, con la jurisprudencia norteamericana que se ha comentado. A diferencia de lo que sucede con el texto de la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense, el artículo 10 del Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) contempla expresamente la posibilidad de limitar el derecho a la libertad de información y/o de expresión en aras de proteger, entre otras, la salud pública. Se evidenciará que la interpretación del artículo 10 del CEDH que el TEDH ha utilizado en casos en los que las expresiones comerciales, la publicidad en sentido amplio<sup>558</sup>, ha sido restringida o regulada, refuerza la amplitud de facultades que tienen los Estados europeos y sus Administraciones para reglamentar la actividad publicitaria, en contraste con las limitaciones que se desprenden de la prueba de *Central Hudson*, tal y como se expuso más arriba. Se busca destacar que en la UE la preocupación por los impactos negativos de la publicidad sobre la salud pública pesan más que el interés por integrar de forma amplia la publicidad dentro de las expresiones protegidas por el artículo 10 del CEDH.

De otro lado, en el siguiente Capítulo se evidenciará que los argumentos que se esgrimen en la literatura a favor de extender la protección constitucional del artículo 20 a la publicidad se fundamentan en la función no de este tipo de comunicación comercial, sino precisamente en la función de aquellos tipos de comunicación comercial que no constituyen publicidad a efectos legales en España. Se verá cómo es que el núcleo socio-político duro del discurso corporativo no se comunica a través de la publicidad de productos o servicios, del tipo de la publicidad regulada en España, sino a través de relaciones públicas y publicidad corporativa.

---

<sup>557</sup> LESTER, ANTHONY, “The Overseas Trade in the American Bill of Rights”, 88 *Colum. L. Rev.* 537, 537 (1988).

<sup>558</sup> Como se verá más adelante, muchas de las expresiones, o discursos restringidos o regulados no son publicidad, tal y como esta se define y entiende al tenor del artículo 2 de LGP.

El estudio de la relación entre, de un lado, la publicidad del tipo de la regulada en la LGP y la libertad de información—que tanto interesa a efectos de la presente investigación—y del otro, el discurso corporativo y la libertad de información, exige seguir caminos bien distintos, lo cual impide que se pueda ahondar, en esta ocasión, en el estudio del segundo de estos binomios, es decir, en el análisis de la problemática en torno al reconocimiento de las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales, y en concreto, como titulares de los derechos del artículo constitucional 20. Interesa demostrar que distinguir la publicidad definida y regulada en la LGP como especie o tipo de comunicación comercial y de discurso corporativo refleja la realidad de la publicidad como comunicación pública (publicidad-comunicación) y como fenómeno de mercado (publicidad-promoción), fruto del ejercicio de libertad de empresa. Adicionalmente, diferenciar la publicidad, propiamente dicha, aquella que se regula en la LGP, de otros tipos o especies de comunicación, que en el caso de los anunciantes personas naturales poca duda cabe que se considerarían manifestaciones de su libertad de expresión, pero que en el caso de los anunciantes corporativos, en el caso del discurso corporativo dependerá de la respuesta que los diferentes operadores jurídicos vayan construyendo a la cuestión de la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas, y más específicamente, la titularidad de los derechos de libertad de expresión en cabeza de sociedades de capital.

## **1. Expresiones comerciales no protegidas**

Una de las misiones fundamentales del Consejo de Europa es la defensa de los derechos humanos, tal y como se plasman en el tratado más importante a éste respecto, el CEDH<sup>559</sup>. Este Convenio, suscrito, entre otros, por todos los Estados miembros de la UE, establece en el primer apartado de su artículo décimo:

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

Las diferencias entre éste primer apartado del artículo 10 del CEDH y la Primera Enmienda de la Constitución de EEUU (que como se ha visto, en lo que se refiere a la libertad de expresión, tan sólo establece que el congreso no elaborará ley alguna que limite la libertad de expresión, ni la libertad de prensa) saltan a la vista. Resulta especialmente importante destacar que al igual que sucede con el artículo 20 de la Constitución español, y a diferencia de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana, el artículo 10.1 del CEDH distingue como contenido específico del derecho la libertad de recibir y comunicar información. A este respecto conviene

---

<sup>559</sup> “El Convenio europeo de Derechos Humanos, adoptado en 1950 y en vigor desde 1953, es el logro fundamental del Consejo de Europa. En él se definen los derechos y libertades que los Estados miembros se comprometen a garantizar a toda persona que pertenezca a su jurisdicción (entre ellos, el derecho a la vida, a la protección contra la tortura y tratos inhumanos, a la libertad y la seguridad, a un juicio justo, al respeto de la vida privada y familiar, al respeto de la correspondencia, a la libertad de expresión -incluida la libertad de prensa-, de pensamiento, de conciencia y de religión). Posteriormente, diversos protocolos han añadido otros derechos a los ya reconocidos en el Convenio, como la abolición de la pena de muerte (Protocolo n° 6)” (www.coe.org)



recordar que a pesar de que el derecho a la libertad de información no se consagra como tal en la Constitución norteamericana, no obstante, tal y como se vio en el Capítulo anterior, el fundamento principal de la jurisprudencia norteamericana para otorgar protección constitucional al discurso y/o expresiones comerciales es precisamente el componente informativo de la publicidad y su importancia en el proceso de elección racional de los consumidores.

Ahora bien, la verdadera novedad en la formulación del derecho es que a diferencia de lo que sucede en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana y con la doctrina del discurso comercial, el Convenio contempla expresamente una serie de circunstancias que habilitan a los Estados para reglamentar, ya no sólo el discurso comercial, sino el discurso en general. Reza el segundo apartado del artículo 10:

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

En este orden de ideas, existe la posibilidad de restringir el discurso, la expresión, incluida la comercial, por una serie de razones de interés general. Se ve como en Europa el discurso comercial, aun pudiendo considerarse manifestación del derecho a la libertad de expresión, en tanto y en cuanto medio de transmisión de información veraz y relevante, no es inmune a la regulación que, por ejemplo, busque avanzar intereses tales como la protección de la salud pública. De hecho, no obstante no existir una doctrina del discurso comercial como tal, el TEDH, al igual que sucede en el caso norteamericano, otorga menos protección al discurso comercial que al discurso no comercial, tal y como se verá más adelante, y como lo han notado diferentes autores.<sup>560</sup>

El TEDH aplica el contenido del segundo párrafo del artículo 10 mediante una especie de prueba, al estilo de *Central Hudson*, según la cual para juzgar la adecuación de la ‘injerencia de autoridades públicas’ en el derecho a la libertad de expresión, se debe: 1º determinar si las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones establecidas por las autoridades públicas ‘están previstas por la ley’; 2º comprobar si la injerencia de las autoridades públicas persigue uno de los fines legítimos contenidos en el apartado segundo del artículo diez; y 3º analizar si las formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, constituyen ‘medidas necesarias, en una sociedad democrática’ para realizar el fin perseguido.<sup>561</sup>

Desde muy temprano el Consejo Europeo de Derechos Humanos fijó su postura, en línea con el artículo 10 del CEDH, al respecto de la protección debida al discurso

---

<sup>560</sup> Por todos: JOHNSON, B. E. H. & YOUNG, K. H., “Commercial Speech and Free Expression: The United States and Europe Compared”, 2 *J. Int’l Media & Entertainment*. L. 159 2008-2009.

<sup>561</sup> “It must now be decided whether the “interference” complained of corresponded to a “pressing social need”, whether it was “proportionate to the legitimate aim pursued”, whether the reasons given by the national authorities to justify it are “relevant and sufficient under Article 10 (2) (art. 10-2)” (above-mentioned *Handyside judgment*, pp. 22-24, paras. 48-50)” (The Sunday Times v Reino Unido, 6538/74 [1979] TEDH 1 (26 de abril de 1979)). Ver también, entre otras: Markt InternVerlag GmbH & Klaus Beermann v Alemania, 10572/83 [1989] TEDH 21 (20 de noviembre de 1989) §27).

comercial. Transcurridos tres años desde el pronunciamiento del Tribunal Supremo norteamericano en el Caso de *Virginia Board*, El Consejo Europeo de Derechos Humanos se pronunció por primera vez al respecto de la protección convencional de la publicidad por vía del artículo 10 del CEDH al resolver sobre la admisibilidad de la solicitud presentada por la Iglesia de la Cienciología en contra del Reino de Suecia.<sup>562</sup>

La Iglesia de la Cienciología publicó un anuncio en un periódico de su propiedad que circulaba entre los miembros de dicha iglesia en el que se promocionaba “un artefacto religioso utilizado para medir el estado de las características eléctricas del ‘campo estático’ que rodea el cuerpo, y que se cree refleja o indica si la confesión de una persona ha aliviado los impedimentos espirituales de sus pecados”<sup>563</sup>. El anuncio rezaba:

La tecnología actual de la Cienciología exige que usted tenga su propio *E-meter*. El *E-meter* (Electrómetro de Hubbard) es un instrumento electrónico que sirve para medir el estado mental de un individuo y sus cambios. No existe forma de despejar [N.T. el verbo *clear*, que se traduce por ‘despejar’, es un término utilizado por esta organización para referirse al ‘alivio de impedimentos espirituales’, que se ha mencionado más arriba] sin un *E-meter*. Precio: 850CR. Para miembros internacionales descuento del 20%: 780 CR<sup>564</sup>.

El Defensor del Consumidor, considerando que dicho anuncio violaba la Ley de Prácticas Inapropiadas de Marketing de 1970, solicitó y obtuvo una orden judicial que prohibía algunos apartes del anuncio.

Al conocer el caso, la Comisión declaró la inadmisibilidad de la solicitud de la Iglesia y fundamentó su decisión, entre otras, en las siguientes dos razones:

Aun cuando la Comisión no está de acuerdo con que el ‘discurso’ comercial como tal está fuera de la protección ofrecida por el artículo 10, considera que el nivel de protección debe ser inferior al que se le confiere a la expresión de ideas ‘políticas’, en el sentido más amplio, al respecto de las cuales se refieren principalmente los valores que sustentan el concepto de la libertad de expresión en la Convención [se omiten referencias].

Adicionalmente, la Comisión ha sopesado el hecho de que la mayoría de Estados europeos que han ratificado el Convenio cuentan con legislación que restringe el libre flujo de ‘ideas’ comerciales en aras de proteger a los consumidores de prácticas engañosas o desorientadoras. Teniendo en cuenta estas dos afirmaciones, la Comisión considera que la prueba de ‘necesidad’ del segundo párrafo del artículo 10 debe por lo tanto ser menos estricta al aplicarse a límites impuestos a las ‘ideas’ comerciales.<sup>565</sup>

---

<sup>562</sup> Iglesia de la Cienciología c Reino de Suecia, Solicitud N° 7805/77. Decisión de fecha 5 de mayo de 1979 que declara la inadmisibilidad de la solicitud.

<sup>563</sup> Iglesia de la Cienciología c Reino de Suecia, Solicitud N° 7805/77. Decisión de fecha 5 de mayo de 1979, p. 69

<sup>564</sup> Iglesia de la Cienciología c Reino de Suecia, Solicitud N° 7805/77. Decisión de fecha 5 de mayo de 1979, p. 69

<sup>565</sup> “Although the Commission is not of the opinion that commercial “speech” as such is outside the protection conferred by Article 10 111, it considers that the level of protection must be less than that accorded to the expression of “political” ideas, in the broadest sense, with which the values underpinning the concept of freedom of expression in the Convention are chiefly concerned (see *Handyside Case*, *supra cit*, para . 49).

Es claro pues como, al igual que sucede en los EE.UU., la protección conferida al discurso comercial como manifestación del ejercicio del derecho de libertad de información es inferior a la que se le concede a otros tipos de discurso. Es sumamente importante destacar que, incluso en el contexto de discursos mixtos en los que los mensajes comerciales se entremezclan con mensajes de tipo religioso—los cuales cuentan con una protección reforzada por vía del artículo 9 del CEDH<sup>566</sup>—se considera que la publicidad comercial no llega a ser merecedora por ello de una protección plena bajo el artículo 10 del CEDH. A este respecto, vale la pena recordar que:

La Comisión opina que el concepto, contenido en el primer párrafo del Artículo 9, que se refiere a la manifestación de una creencia, en la práctica, no le confiere protección a las afirmaciones realizadas por un grupo religioso respecto de supuestas creencias religiosas que aparecen como ‘argumentos’ de venta en anuncios de naturaleza puramente comercial<sup>567</sup>

Es decir, resulta claro, desde un principio, que los anuncios puramente comerciales, la publicidad, tal y como se define en el Artículo 2 de la LGP, no deja de serlo por incluir menciones a ideas cuya expresión recibe plena protección bajo el artículo 10, o incluso protección reforzada como en el caso de autos. Pero es más, la Comisión en este caso llegó a establecer una distinción entre la publicidad meramente informativa o descriptiva, y aquella otra mediante la que se promueve el consumo de determinados bienes, para declarar que las afirmaciones de contenido religioso incluidas en anuncios de tipo persuasivo representan “más la manifestación de un deseo por comerciar bienes con ánimo de lucro, que la manifestación de un credo”<sup>568</sup>.

---

*Moreover, the Commission has had regard to the fact that most European countries that have ratified the Convention have legislation which restricts the free flow of commercial "ideas" in the interests of protecting consumers from misleading or deceptive practices. Taking both these observations into account the Commission considers that the test of "necessity" in the second paragraph of Article 10 should therefore be a less strict one when applied to restraints imposed on commercial "ideas" (Iglesia de la Cienciología c Reino de Suecia, Solicitud N° 7805/77. Decisión de fecha 5 de mayo de 1979, p. 73).*

<sup>566</sup> El artículo 9 del CEDH establece:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. □

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

<sup>567</sup> “*The Commission is of the opinion that the concept, contained in the first paragraph of Article 9, concerning the manifestation of a belief in practice does not confer protection on statements of purported religious belief which appear as selling "arguments" in advertisements of a purely commercial nature by a religious group*” (Iglesia de la Cienciología c Reino de Suecia, Solicitud N° 7805/77. Decisión de fecha 5 de mayo de 1979, p. 72).

<sup>568</sup> “*In this connection the Commission would draw a distinction, however, between advertisements which are merely "informational" or "descriptive" in character and commercial advertisements offering objects for sale. Once an advertisement enters into the latter sphere, although it may concern religious objects central to a particular creed, statements of religious content represent, in the Commission's view, more the manifestation of a desire to market goods for profit than the manifestation of a belief in practice, within the proper sense of that term*” (Iglesia de la Cienciología c Reino de Suecia, Solicitud N° 7805/77. Decisión de fecha 5 de mayo de 1979, p. 72).

## 1.1. La publicidad de profesiones liberales

Una década tras el pronunciamiento en el caso de la Iglesia de la Cienciología, el TEDH se pronunció por segunda vez sobre el alcance de la protección que brinda el artículo 10 de la CEDH al discurso comercial, entendido como publicidad, tal y como se define en el artículo 2 de la LGP, es decir en tanto y en cuanto *promotional-mix*.<sup>569</sup> En el asunto de Casado Coca contra el Reino de España<sup>570</sup>, el Tribunal fue más allá de lo que estableció la Comisión en el caso de la Iglesia de la Cienciología, en el sentido de que no se afirma ya que el discurso comercial no queda fuera de la protección conferida por el artículo 10 de la CEDH, sino que recordando jurisprudencia que se analiza más adelante, el Tribunal:

[...] subraya en primer lugar que el artículo 10 garantiza la libertad de expresión a "toda persona"; no distingue según la naturaleza, lucrativa o no, del fin perseguido (véase, mutatis mutandis, la Sentencia Autronic AG contra Suiza, de 22 de mayo de 1990 [ TEDH 1990, 12] , serie A núm. 178, pg. 23 apartado 47); una diferencia de trato a este respecto podría, llegado el caso, entrar en el ámbito de aplicación del artículo 14.

En su Sentencia Barthold contra Alemania, de 25 de marzo de 1985 ( TEDH 1985, 3) (serie A núm. 90, pgs. 20-21, apartado 42), dejó abierta la cuestión de saber si la publicidad comercial como tal, se beneficia de las garantías del artículo 10, pero su jurisprudencia posterior proporciona indicaciones a este respecto. El artículo 10 no es aplicable solamente a ciertos tipos de informaciones, ideas o formas de expresión ( Sentencia Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann contra Alemania, de 20 de noviembre de 1989 [ TEDH 1989, 20] , serie A núm. 165, pg. 17, apartado 26), especialmente a las de naturaleza política; engloba también la expresión artística ( Sentencia Müller y otros contra Suiza, de 24 de mayo de 1988 [ TEDH 1988, 8] , serie A núm. 133, pg. 19, apartado 27), informaciones de carácter comercial (Sentencia Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann, anteriormente citada), o incluso –la Comisión lo recuerda con mucha razón– la música ligera y los mensajes publicitarios difundidos por cable ( Sentencia Groppera Radio AG y otros contra Suiza, de 28 de marzo de 1990 [ TEDH 1990, 9] , serie A núm. 173, pg. 22, apartados 54-55)<sup>571</sup>.

Queda claro que el discurso comercial, entendido como publicidad, tal y como se define en el artículo 2 de la LGP, es decir, entendido como *promotional-mix*, no queda desprotegido por la naturaleza lucrativa del fin perseguido. Muy al estilo de lo que sucedió en el caso de *Virginia Board*, en donde, como se recuerda<sup>572</sup>, se estableció que un discurso no deja de estar amparado por la Primera Enmienda por el hecho de que se utilice dinero para difundirlo, ni por el hecho de que se ejecute para ser vendido y generar ganancia, ni por el hecho de que contenga una invitación a comprar, o a otra forma de pagar y contribuir dinero, en el caso de Casado Coca el Tribunal establece, en la misma línea, que la naturaleza lucrativa del fin perseguido por la publicidad no es suficiente para excluirla como discurso protegido.

Ahora bien, el pronunciamiento que ahora se comenta no altera la sustancia de las conclusiones de la Comisión en el caso de la Iglesia de la Cienciología, ya que el mismo TEDH recuerda que:

---

<sup>569</sup> Ver Capítulo I.

<sup>570</sup> Casado Coca c. España, 14450/89 [1994] TEDH 8 (24 de febrero de 1994)

<sup>571</sup> Casado Coca v España, 14450/89 [1994] TEDH 8 (24 de febrero de 1994) §35.

<sup>572</sup> Ver Capítulo IV.

Para el ciudadano, la publicidad constituye un medio para conocer las características de los servicios y los bienes que le son ofrecidos. No obstante, a veces puede ser objeto de restricciones destinadas, especialmente, a impedir la competencia desleal y la publicidad falsa o engañosa. En ciertos contextos, incluso la publicación de mensajes publicitarios objetivos y verídicos podría sufrir limitaciones encaminadas al respeto de los derechos ajenos o basadas en las particularidades de una actividad comercial o de una profesión determinada. Requieren, sin embargo, un atento control por el Tribunal, el cual debe sopesar las exigencias de las mencionadas particularidades con la publicidad en cuestión y, a tal efecto, considerar la sanción impugnada a la luz del conjunto del asunto (véase, mutatis mutandis, la Sentencia Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann, anteriormente citada, serie A núm. 165, pg. 20, apartado 34)<sup>573</sup>

Así pues, se reitera que existe la posibilidad de proteger el discurso comercial como discurso protegido al tenor del artículo 10 del Convenio, pero siempre en un grado inferior. Este tipo de expresiones pueden limitarse en aras a proteger los derechos e intereses de los consumidores, con lo cual se reafirma que el discurso comercial recibe una protección de grado inferior a la que reciben otros tipos de discurso, como el político. Al punto que la misma sentencia subraya que “incluso la publicación de mensajes publicitarios objetivos y verídicos podría sufrir limitaciones encaminadas al respeto de los derechos ajenos o basadas en las particularidades de una actividad comercial o de una profesión determinada”.

Las expresiones comerciales en cuestión en el caso Casado Coca, al igual que sucedió en el caso de la Iglesia de la Cienciología, suponían, tal y como se ha dicho, verdadera publicidad, *promotional-mix*, tal y como se define en el artículo 2 de la LGP. No obstante, es de señalar que en el caso Casado Coca se trataba de publicidad profesional<sup>574</sup>. El señor Pablo Casado Coca, un abogado español que ejercía su profesión en la ciudad de Barcelona, desde 1979 contrataba regularmente anuncios publicitarios en las páginas de "Varios", de distintos periódicos de Barcelona, y también en la "Revista Alemana de España". Adicionalmente, dirigió a varias empresas correspondencia en la que ofrecía sus servicios profesionales. Por esta razón, la *Junta de Govern del Col·legi d'Advocats* sancionó al abogado en cuatro ocasiones entre 1981 y 1982. La normativa aplicable al caso (Real Decreto 2090/1982) disponía en su artículo 31.a): “Se prohíbe a los Abogados: a) El anuncio o difusión de sus servicios, directamente o a través de medios publicitarios (...) o emitir dictámenes gratuitos en revistas profesionales, periódicos o medios de difusión, sin autorización de la Junta de Gobierno”. Adicionalmente, los Estatutos del Colegio de Abogados de Barcelona de 1947, disponían en su artículo 18: “Se prohíbe a los abogados publicar anuncios relativos al ejercicio de su profesión como medio de publicidad o propaganda”.

Tras concluir que era aplicable al caso el artículo 10 de CEDH<sup>575</sup>, y que había existido una injerencia de autoridad pública<sup>576</sup>, el Tribunal debía estudiar la adecuación de las

---

<sup>573</sup> Casado Coca v España, 14450/89 [1994] TEDH 8 (24 de febrero de 1994) §51.

<sup>574</sup> La publicidad de profesiones liberales, como la abogacía y la medicina, han recibido tradicionalmente un tratamiento especial. Regulada por los respectivos colegios profesionales, se busca salvaguardar la ética y la dignidad profesional, proteger la libre competencia y los intereses de los clientes. En 1993 el Tribunal conoció otro caso, similar a este (*Colman v Reino Unido*, 16632/90 [1993] TEDH 30 (28 de junio de 1993), aunque allí no pudo fallar puesto que las partes llegaron a un acuerdo – el Reino Unido indemnizó al médico.

<sup>575</sup> “En este caso concreto, los anuncios litigiosos indicaban simplemente el nombre, profesión, dirección y número de teléfono del demandante. Perseguían, seguramente, una finalidad publicitaria, pero

restricciones al apartado segundo de dicho artículo. En primer lugar, al analizar el rango normativo de las restricciones, se observó, por parte del demandante, que estas no eran de rango legal. No obstante, el Tribunal adoptó la interpretación del Tribunal Constitucional español, “según la cual el artículo 36 de la Constitución permite que la Ley remita a un reglamento la cuestión del estatuto jurídico de los colegios profesionales y del ejercicio de la profesión”<sup>577</sup>.

El Tribunal concluyó, con respecto a este primer punto que:

[...] incumbe en primer lugar a las autoridades nacionales, y especialmente a los jueces y tribunales, interpretar y aplicar el derecho interno. En el presente caso, el Tribunal Supremo, para desestimar el motivo basado en la violación del principio de legalidad, se apoyó en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia. El Tribunal encuentra razonable esta interpretación y la del artículo 20 de la Constitución realizada por el Alto Tribunal en su decisión de 17 de abril de, a la vista del texto de las disposiciones en cuestión y del estado de su propia jurisprudencia en aquella época. En resumen, la injerencia estaba "prevista por la Ley"<sup>578</sup>.

En segundo lugar, el Tribunal consideró que la injerencia de la autoridad pública perseguía, en este caso, un fin legítimo: proteger los derechos de terceros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.2 del Convenio. El Tribunal concluyó diciendo que no había razón

[...] para dudar de que las disposiciones colegiales incriminadas tendiesen a proteger los intereses del público dentro del respeto a los miembros de la abogacía. A este respecto hay que tener en cuenta la naturaleza específica de la profesión que ejerce un abogado; en su condición de auxiliar de la justicia, se beneficia del monopolio y de la inmunidad de la defensa, pero debe demostrar discreción, honestidad y dignidad en su conducta. Las limitaciones a la publicidad tienen su fuente, tradicionalmente, en estas particularidades. En cuanto a la decisión impugnada, nada demuestra que la intención de la Junta de Gobierno en aquel momento, no coincidiese con el fin reconocido por la legislación. Además, las circunstancias mencionadas por el señor Casado Coca se refieren, sobre todo, a las modalidades de aplicación de dicha legislación y se refieren por tanto a la necesidad de la medida<sup>579</sup>.

---

suministraban a las personas que necesitasen asistencia jurídica informaciones de una utilidad cierta y que podían facilitar su acceso a la justicia” (Casado Coca v España, 14450/89 [1994] TEDH 8 (24 de febrero de 1994) §6).

<sup>576</sup> “Al igual que el demandante y que la Comisión, el Tribunal hace notar, sin embargo, que el artículo 1 de la Ley de 1974, sobre Colegios Profesionales, establece su carácter de corporación de derecho público. Esta naturaleza se encuentra, además, reforzada, en lo que se refiere a los Colegios de abogados, por el fin de interés general de los mismos: la promoción de una asistencia jurídica libre y adecuada, aumentada por un control público del ejercicio de la profesión y del respeto a la deontología profesional. Además, la decisión incriminada fue adoptada con arreglo a las disposiciones aplicables a los abogados de Barcelona y podía ser recurrida ante los tribunales competentes. Tanto estos últimos como el Tribunal Constitucional, todos ellos órganos del Estado, confirmaron la sanción. En este sentido, se puede considerar que hubo una injerencia de una "autoridad pública" en el derecho del señor Casado Coca a comunicar libremente información” (Casado Coca v España, 14450/89 [1994] TEDH 8 (24 de febrero de 1994) §39).

<sup>577</sup> Casado Coca v España, 14450/89 [1994] TEDH 8 (24 de febrero de 1994) §13.

<sup>578</sup> Casado Coca v España, 14450/89 [1994] TEDH 8 (24 de febrero de 1994) §43.

<sup>579</sup> Casado Coca v España, 14450/89 [1994] TEDH 8 (24 de febrero de 1994) §46.

Finalmente, con respecto al tercer factor, la determinación de si las restricciones constituían en el caso ‘medidas necesarias, en una sociedad democrática’ para realizar el fin perseguido, el Tribunal consideró que:

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 competentes no podía, en aquella época (1982-1983), ser considerada desproporcionada con el fin perseguido. En conclusión, no ha habido ninguna violación del artículo 10<sup>580</sup>.

Así pues, se evidencia la importancia del papel que juega el margen de apreciación de los Estados, y hasta que punto el Tribunal les es deferente. Conviene nuevamente citar la sentencia que aquí se analiza, pues de forma muy clara establece:

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 (véase, entre otras, la Sentencia Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann, anteriormente citada, serie A núm. 165, pg. 20, apartado 33). Semejante margen de apreciación se impone especialmente en el ámbito complejo y fluctuante de la competencia desleal (ibídem). 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 (véanse, entre otras, ibídem y la Sentencia Barthold, anteriormente citada, serie A núm. 90, pgs. 25, apartado 55)<sup>581</sup> [subrayo].

Sin lugar a dudas, puede decirse que si bien los anuncios pueden llegar a considerarse como manifestaciones discursivas merecedoras de protección convencional bajo el artículo 10, resulta igual de cierto que la protección que se les puede brindar a dichas expresiones o informaciones es cualitativa y cuantitativamente inferior a la protección convencional de otros tipos de discurso, como el político. En otras palabras, la protección convencional de la publicidad es inversamente proporcional al amplio margen de apreciación con el que cuentan los Estados para regularla, en aras de proteger, entre otras, la salud. Por ello, se entiende que tanto en este caso, como en *Virginia Board*, la misma *ratio decidendi*, a saber la protección de los intereses de los consumidores, conlleva consecuencias diversas: la protección del discurso en *Virginia Board*, y la declaración de adecuación de la regulación del discurso en Casado Coca. Ahora bien, se ha de subrayar que en parte, este resultado se debe a la amplitud del margen de apreciación de los Estados miembros. Tal y como afirman JOHNSON & YOUM, la protección que concede el TEDH al discurso o expresiones comerciales “en gran medida depende de cómo se aplique la doctrina del ‘margen de apreciación’”. La actitud deferente del TEDH frente a las decisiones de los tribunales nacionales afecta

---

<sup>580</sup> Casado Coca v España, 14450/89 [1994] TEDH 8 (24 de febrero de 1994) §55-57.

<sup>581</sup> Casado Coca v España, 14450/89 [1994] TEDH 8 (24 de febrero de 1994) §50.

profundamente el nivel de protección que se le concede, o no, al discurso o expresiones comerciales”<sup>582</sup>

## 1.2. Expresiones de interés público en un contexto comercial

A diferencia de lo que sucede en el caso de Casado Coca, los dos casos que aquí se comentan no tratan sobre publicidad, tal y como se entiende al tenor del artículo 2 de la LGP, sino de expresiones que de momento bastará identificar como de interés público en un contexto comercial, y que como tales se deben entender como discurso o expresión comercial al hilo de la doctrina norteamericana. Interesa desde ya destacar cómo es que la teoría del margen de la apreciación sirve para justificar limitaciones del discurso, especialmente cuando el mismo se comunica en un contexto comercial, que puede afectar la libre competencia y por ello los intereses ya no sólo de los competidores, sino adicionalmente de los consumidores. El primer caso a analizar es *Markt Intern Verlag GmbH & Klaus Beermann v Alemania*.<sup>583</sup> Markt Intern, es una editorial alemana fundada y operada por periodistas, cuyo objeto es defender los intereses de la pequeña y mediana empresa; su actividad principal es la publicación de semanarios, dirigidos a diferentes sectores, como el farmacéutico y de productos de belleza, en los que se informa sobre novedades en el mercado y sobre las prácticas comerciales de los grandes empresarios y sus proveedores.

El día 20 de noviembre de 1975 el señor Beermann publicó un artículo en el que describía un incidente que involucraba a una empresa inglesa que vendía productos de belleza por correo (*Cosmetic Club International*). En el artículo se informaba acerca de un incumplimiento por parte de la empresa inglesa, quien se comprometía a rembolsar dinero a clientes insatisfechos, cosa que no ocurrió en el caso de María Lüchau. Se invitaba en el artículo a aquellas personas que hubieran sufrido el mismo incumplimiento a reportarlo a Markt Intern con el fin de comprobar si aquella era una práctica habitual de dicha empresa. El día 12 de diciembre de ese mismo año la empresa inglesa demandó a Markt Intern, y el Tribunal alemán de primera instancia decretó una medida cautelar con la que se le prohibía a Markt Intern volver a publicar afirmaciones como las contenidas en el semanario de 20 de noviembre, con base en las disposiciones de la Ley de Competencia Desleal alemana de 1909. La sección primera de la Ley de 1909 establecía: “Cualquier persona que durante el desarrollo de sus negocios actúe, para efectos de la competición, de forma contraria a las prácticas honestas puede ser obligado a cesar en dichas acciones y puede ser declarado responsable por los daños y perjuicios que de éstas se deriven”. El Tribunal Federal de Justicia declaró que: “No obstante no existir una relación competitiva entre Markt Intern y el Club, la Ley de 1909 se consideró aplicable porque era suficiente, a este respecto, que la conducta

---

<sup>582</sup> “[...] the ECtHR's protection of commercial speech, whether more or less than that of the U.S. Supreme Court, largely hinges on how the "margin of appreciation" doctrine applies. The deferential attitude of the ECtHR toward the decisions of the national courts profoundly affects the extent to which commercial speech is protected or not protected” (JOHNSON & YOUM, ob. Cit.).

<sup>583</sup> Markt Intern Verlag GmbH & Klaus Beermann v Alemania, 10572/83 [1989] TEDH 21 (20 de noviembre de 1989)



denunciada fuera objetivamente para una actividad, en detrimento de un competidor.”<sup>584</sup>

Llegado el caso al TEDH éste consideró que el tipo de información contenida en el artículo demandado, a pesar de ser de naturaleza comercial, no podía ser excluido del contenido del artículo 10.1 del CEDH, “el cual no sólo es aplicable a ciertos tipos de información o de ideas, o de formas o expresiones”<sup>585</sup>. No obstante, más adelante, al analizar el caso a la luz del párrafo segundo, el Tribunal concluyó que: 1º. Las restricciones estaban establecidas en la ley<sup>586</sup>; 2º. La injerencia de las autoridades públicas perseguía un fin legítimo: proteger la reputación y los derechos de terceros, de acuerdo con el artículo 10.2.; y, 3º. Con base en el margen de apreciación<sup>587</sup> del que disponen los Estados que suscriben el Convenio, el Tribunal encontró que la injerencia en este caso debía considerarse como constitutiva de ‘medidas necesarias, en una sociedad democrática’ para realizar el fin perseguido<sup>588</sup>. De este modo, se concluyó que la aplicación de la Ley de Competencia Desleal de 1909 en el caso de la publicación, de contenido comercial, escrita por el señor Beermann no violaba lo dispuesto en el artículo 10 del CEDH.

Los demandantes argumentaban que la aplicación de la Ley de Competencia Desleal de 1909 no era previsible, ya que no se establecía una diferenciación entre la libertad de prensa y la competencia desleal. No obstante, El Tribunal declaró:

El Tribunal ha reconocido ya que, con frecuencia las leyes no se redactan con una absoluta precisión. Así sucede en materias, como la competencia, en las que la situación varía constantemente de acuerdo con la evolución del mercado y de los medios de comunicación. La interpretación y la aplicación de tales textos legales dependen necesariamente de la práctica. En este caso, había una jurisprudencia constante del Tribunal Federal de Justicia.<sup>589</sup> [se omiten referencia]

Y continúa más adelante precisando:

Según la jurisprudencia constante del Tribunal, los Estados Contratantes tienen un cierto margen de apreciación para juzgar sobre la existencia y la amplitud de la necesidad de una injerencia; pero a la vez esta facultad está sujeta a un control europeo, tanto sobre la legislación como sobre las resoluciones que la aplican, incluso cuando proceden de un tribunal independiente. Dicho margen de apreciación es indispensable en materia mercantil, en particular en un terreno tan complejo y variable como el de la competencia desleal. En otro caso, el Tribunal europeo de Derechos Humanos tendría que dedicarse a un nuevo examen de los hechos y del conjunto de las circunstancias de

---

<sup>584</sup> Markt InternVerlag GmbH & Klaus Beermann v Alemania, 10572/83 [1989] TEDH 21 (20 de noviembre de 1989) §18

<sup>585</sup> Markt InternVerlag GmbH & Klaus Beermann v Alemania, 10572/83 [1989] TEDH 21 (20 de noviembre de 1989) §26

<sup>586</sup> Markt InternVerlag GmbH & Klaus Beermann v Alemania, 10572/83 [1989] TEDH 21 (20 de noviembre de 1989) §30

<sup>587</sup> Markt InternVerlag GmbH & Klaus Beermann v Alemania, 10572/83 [1989] TEDH 21 (20 de noviembre de 1989) §33.

<sup>588</sup> Markt InternVerlag GmbH & Klaus Beermann v Alemania, 10572/83 [1989] TEDH 21 (20 de noviembre de 1989) §37).

<sup>589</sup> Markt InternVerlag GmbH & Klaus Beermann v Alemania, 10572/83 [1989] TEDH 21 (20 de noviembre de 1989) §30.

cada litigio, cuando debe limitarse a averiguar si las medidas tomadas en el ámbito nacional estaban justificadas en principio y guardaban la debida proporción [...]

Teniendo en cuenta lo que antecede y los deberes y responsabilidades que acompañan a las libertades garantizadas por el artículo 10, no se puede decir que la resolución definitiva del Tribunal Federal de Justicia –confirmada desde su correspondiente punto de vista por el Tribunal Constitucional Federal– sobrepasara el margen de apreciación con que cuentan las autoridades nacionales. Claro está que las opiniones pueden ser distintas si la reacción del Tribunal federal fuera la buena o si las declaraciones en litigio de "Markt Intern" debían permitirse o tolerarse, pero el Tribunal europeo de Derechos Humanos no puede sustituir, en este caso, con su propio criterio el de los tribunales nacionales que, con razonables fundamentos, consideraron necesarias las restricciones.<sup>590</sup>

Es bien claro como para el Tribunal no sólo la publicidad, entendida como *promotional-mix*, tal y como se define al tenor del Artículo 2 de la LGP, sino también las expresiones de interés general comunicadas en un contexto comercial, que aun siendo manifestaciones dignas de protección convencional bajo el artículo 10, sólo serán protegidas de forma inversamente proporcional al margen de apreciación con el que cuentan los Estados para regular discurso de este tipo. Es de anotar que según este criterio no sólo las prácticas comerciales en su conjunto, tal y como se definen en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, la CMI, todo el *marketing-mix*, reciben un grado inferior de protección bajo el artículo 10 del CEDH, sino que este mismo nivel de protección disminuido es el que se le puede brindar incluso a discursos periodísticos en la medida en que afecten la libre competencia.

El mismo año en el que se decidió el asunto *Casado Coca*, el Tribunal se volvió a pronunciar sobre la aplicación de la Ley de Competencia Desleal alemana de 1909 en el caso *Jacobowski v Alemania*<sup>591</sup>. El señor Manfred Jacobowski fue despedido de la agencia de prensa para la que trabajaba, y tras ser despedido, la agencia publicó una nota de prensa en la que se ponía en tela de juicio su competencia profesional como periodista. Jacobowski reaccionó al despido, cuestionando su legalidad y reclamando el derecho a responder a la nota de prensa que se había publicado sobre el.

Tras ser demandado por su antiguo empleador, con base el artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal, el Tribunal de Apelaciones de Düsseldorf se negó a decretar una medida cautelar como la impuesta en *Markt Intern*, con la que se le impediría criticar de forma sistemática a su antiguo empleador. No obstante, el Tribunal le ordenó dejar de enviar correspondencia de este tipo, bajo pena de ser multado, y tener que compensar a su contraparte por todos los perjuicios que tal correspondencia le generará.

Llegado el caso al TEDH, éste determinó que la medida adoptada era, sin lugar a dudas, constitutiva de injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión del señor Jakubowski. El Tribunal declaró que la injerencia estaba prevista por la ley, y que servía un interés legítimo bajo la Convención, a saber: la protección de la reputación o de los derechos ajenos. Así pues, quedaba por establecer si dicha injerencia podía considerarse

---

<sup>590</sup> Markt Intern Verlag GmbH & Klaus Beermann v Alemania, 10572/83 [1989] TEDH 21 (20 de noviembre de 1989) §33, 37

<sup>591</sup> Jacobowski v Alemania, 15088/89 [1994] TEDH 21 (23 de junio de 1994)

constitutiva de una medida necesaria en una sociedad democrática<sup>592</sup>. A éste respecto el Tribunal recordó que de forma reiterada había sostenido que “un cierto margen de apreciación debe otorgarse a los Estado firmantes a la hora de valorar si una injerencia es necesaria, y hasta que punto puede llegar, pero éste margen va de la mano con la supervisión europea que cubre tanto a la legislación, como a las decisiones que la aplican”<sup>593</sup>.

Continúa el Tribunal estableciendo que “dicho margen de apreciación parece esencial en el ámbito mercantil, especialmente en áreas tan complejas y fluctuantes como la competencia desleal. El Tribunal debe limitar su estudio a la cuestión de si la medida adoptada a nivel nacional son en principio justificables y proporcionadas”<sup>594</sup>. Más adelante continúa afirmando:

En el caso sub judice los requisitos de proteger la reputación y los derechos de terceros deben sopesarse frente a la libertad del recurrente de distribuir su circular y los recortes de periódico. Los tres Tribunales nacionales que analizaron los méritos de la conducta del señor Jacobowski, de forma unánime, la consideraron como un acto de competencia desleal que vulnera “estándares morales aceptados”. Ya que, en su criterio, había sido diseñada principalmente para atraer a los clientes de ddp a una nueva agencia de prensa que se habría constituida poco después. Sus decisiones se fundamentaron principalmente en el texto de la circular, especialmente en el último párrafo, en el que, según estos, el remitente expresaba claramente su deseo de establecer relaciones comerciales personales con los destinatarios<sup>595</sup>.

El Tribunal recalcó que la decisión del Tribunal de Apelaciones de Düsseldorf que se demandaba tan sólo prohibía la distribución de la correspondencia, de la circular, negando la solicitud de decretar una medida cautelar que impidiera de forma categórica al señor Jakubowski criticar a su antiguo empleador. De esta manera, el demandante aún podría expresar sus opiniones y defenderse de otras formas, por lo que se consideró que la injerencia no podía estimarse como desproporcionada<sup>596</sup>. En este orden de ideas, el Tribunal concluyó que no podía decirse que los tribunales alemanas hubieran excedido el margen de apreciación que se le permite a las autoridades nacionales, y que consecuentemente no se había violado el artículo 10 del CEDH.

---

<sup>592</sup> Jacobowski v Alemania, 15088/89 [1994] TEDH 21 (23 de junio de 1994) §25.

<sup>593</sup> Jacobowski v Alemania, 15088/89 [1994] TEDH 21 (23 de junio de 1994) §26.

<sup>594</sup> “*Such a margin of appreciation appears essential in commercial matters, in particular in an area as complex and fluctuating as that of unfair competition. The Court must confine its review to the question whether the measures taken at national level are justifiable in principle and proportionate*” (Jacobowski v Alemania, 15088/89 [1994] TEDH 21 (23 de junio de 1994) §26).

<sup>595</sup> “*In the instant case the requirements of protecting the reputation and rights of others must be weighed against the applicant's freedom to distribute his circular and the newspaper cuttings. All three of the national courts that considered the merits of Mr Jacobowski's course of action were unanimous in regarding it as an act of unfair competition in breach of "accepted moral standards", as in their view it had been mainly designed to draw the ddp's clients away to the new press agency that he set up shortly afterwards. Their judgments were based principally on the circular's wording, especially its last paragraph, in which, so they held, the sender clearly expressed his wish to establish personal business contacts with the addressees*” (Jacobowski v Alemania, 15088/89 [1994] TEDH 21 (23 de junio de 1994) §27).

<sup>596</sup> Jacobowski v Alemania, 15088/89 [1994] TEDH 21 (23 de junio de 1994) §29.

## 2. Expresiones comerciales protegidas

### 2.1. La publicidad de profesionales liberales

Junto a los casos que se acaban de reseñar, en los que el Tribunal consideró que no había existido violación alguna del artículo 10 del CEDH, existen otros, los más, en los que el Tribunal estimó todo lo contrario. El primer grupo de este tipo de decisiones que se analizarán se refiere al caso, muy específico, de la publicidad de profesionales liberales. El primero de estos, anterior a *Markt Intern*, fue *Barthold v Alemania*<sup>597</sup>. El doctor Barthold, veterinario de la ciudad de Hamburgo-Fuhlsbüttel, era director y propietario de una clínica veterinaria. Desde 1974 el doctor abogaba, en el seno del Colegio de Veterinarios de esa ciudad, a favor de la organización de un servicio regular y permanente de las clínicas, con participación, por rotación, de todos los veterinarios con el fin de atender las urgencias que se presentaban entre las 20 y las 8 horas. Propuesta ésta que fue rechazada por sus colegas en dos ocasiones.

El 24 de agosto de 1978 apareció en el diario *Hamburger Abendblatt* un artículo de una periodista intitulado “Dificultad de encontrar un veterinario a partir de las 20 horas; por qué ‘Shalen’ consiguió sobrevivir a la noche, después de todo”. En el artículo la periodista relató la dificultad que tuvieron los propietarios de Shalen, una gata, para encontrar, entre las 19,30 y las 22 horas, un veterinario que los atendiera. Tuvieron suerte y contactaron al doctor Barthold, quien los atendió, y aseguró que de no haber sido atendida, la gata habría muerto. La periodista opinaba que el caso que relataba evidenciaba un problema, a saber, la insuficiencia de servicio veterinario de urgencia en horario nocturno.

Tras exponer su opinión, la periodista citó al doctor Barthold en su artículo de la siguiente forma: “Opino que en una ciudad como Hamburgo debe haber un servicio regular para atender a los animales”. El doctor opinaba que de existir dicho servicio, “los amigos de los animales en Hamburgo ya no tendrían que desollarse los dedos con el teléfono tratando de encontrar un veterinario dispuesto a ayudarles”, y añadió: “Nuestro teléfono suena de dos a doce veces por noche. Por supuesto, no siempre se trata de casos de urgencia. A veces un consejo por teléfono es suficiente”. Adicionalmente, el artículo tenía dos fotos, una de las cuales era del doctor Barthold, y además se indicaba el número de teléfono del servicio de urgencia.

El doctor Barthold fue demandado por un grupo de veterinarios que consideraban que con el artículo del *Hamburger Abendblatt* se había suscitado o tolerado publicidad por su propia cuenta. Según la Asociación que presentó la demanda instada por los veterinarios, el doctor Barthold había infringido el artículo 1 de la Ley de Competencia Desleal de 1909, en relación con el artículo 7 del Código de Deontología<sup>598</sup>.

---

<sup>597</sup> *Barthold v Alemania*, 8734/79 [1985] TEDH 3 (25 de marzo de 1985)

<sup>598</sup> El artículo 7 del Código de Deontología establecía: “Es contrario a la dignidad de la profesión: a) Hacer publicidad para su consulta veterinaria. b) Suscitar o tolerar publicidad o agradecimientos expresados públicamente en televisión, radio, prensa y otras publicaciones. c) Dar a conocer historias clínicas y métodos de intervención quirúrgica o de tratamiento en cualquier medio que no sean revistas especializadas. d) Colaborar con personas que no tengan la condición de veterinarios para hacer publicidad de su propia consulta”

Consecuentemente, el 15 de septiembre de 1978 el Tribunal Regional de Hamburgo prohibió al doctor Barthold:

[...] manifestar en la prensa -con excepción de las revistas especializadas-, con su nombre y su apellido, su fotografía y la mención de su condición de jefe de la clínica veterinaria de Fuhlsfüttel, que al menos los días de trabajo entre las 20 y las 8 de la mañana los amigos de los animales de Hamburgo se desollarían los dedos en el teléfono tratando de encontrar un veterinario dispuesto a ayudarlos, si a ello añadía: a) La afirmación de que sólo las clínicas veterinarias aseguraban voluntariamente un servicio de urgencia las veinticuatro horas del día y/o. b) La afirmación de que entre las 20 y las 8 horas el teléfono sonaba en su clínica de dos a doce veces, que no siempre se trataba de urgencias y que a veces un consejo por teléfono era suficiente y/o. c) La descripción de un caso en el que el propietario de un animal había tratado en vano un día normal de la semana entre las 19,30 y las 22 horas de encontrar un veterinario para atender a su gata, hasta el momento en que tuvo la suerte de encontrar al doctor Barthold, que intervino cuando "ya era hora", y/o colaborar en tales informes, comunicando información a los periodistas.<sup>599</sup>

Llegado el caso al TEDH, éste se pronunció en el sentido de que:

Las restricciones impuestas en el presente caso se refieren a la inclusión en las declaraciones del doctor Barthold sobre la necesidad de un servicio veterinario nocturno en Hamburgo de ciertos datos y afirmaciones relativos, en particular, a su persona y al funcionamiento de su clínica. Imbricados unos con otros, estos diversos elementos constituyen un conjunto, en el centro del cual aparecen la expresión de una "opinión" y la comunicación de "informaciones", sobre un tema de interés general. No es posible disociar los elementos que afectan menos a la sustancia que al modo de formulación y que, según los tribunales alemanes, tienen un efecto publicitario; mucho menos desde el momento en que se trataba de un artículo escrito por una periodista y no de un anuncio comercial. El Tribunal constata, en consecuencia, la aplicabilidad del artículo 10, sin necesidad de indagar en este caso si la publicidad, en cuanto tal, se beneficia o no de la garantía que aquél asegura<sup>600</sup>.

Toda vez que existe de forma manifiesta una "injerencia de autoridades públicas" en el ejercicio de la libertad de expresión del doctor Barthold, es menester analizar si dicha injerencia es compatible o no con el artículo 10.2 del CEDH<sup>601</sup>. En primer lugar, se concluyó que la injerencia estaba prevista por la ley. Si bien no todas las normas involucradas son de rango legal, no obstante, como en el caso *Casado Coca*, se considera que las normas que emanan del Colegio de Veterinarios deben considerarse como ley, en el sentido del artículo 10.2 del Convenio.<sup>602</sup>

---

<sup>599</sup> Citado en: Barthold v Alemania, 8734/79 [1985] TEDH 3 (25 de marzo de 1985) §18.

<sup>600</sup> Barthold v Alemania, 8734/79 [1985] TEDH 3 (25 de marzo de 1985) §42.

<sup>601</sup> Barthold v Alemania, 8734/79 [1985] TEDH 3 (25 de marzo de 1985) §43

<sup>602</sup> "De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal en esta materia, es preciso que la injerencia tenga una base en derecho interno, que la ley sea suficientemente accesible y que esté formulada con suficiente precisión, de modo que permita al particular regular su conducta, con asesoramiento adecuado si ello es necesario. En el presente caso, la base legal reside en los artículos 1 de la Ley de 1909, 8.1 de la Ley de 1964 y 7.a) del Código de Deontología, según fueron aplicados por el Tribunal de Apelación Hanseático. A diferencia de los dos primeros preceptos, el tercero emana del Colegio de Veterinarios y no directamente del Parlamento; sin embargo, debe considerarse como una "ley", en el sentido del artículo 10.2 del Convenio. La competencia del Colegio en el ámbito de la Deontología deriva del poder normativo autónomo del que la profesión veterinaria -como otras profesiones liberales- goza

A la hora de determinar si la injerencia de las autoridades públicas persigue uno de los fines legítimos contenidos en el artículo 10.2, el Tribunal consideró que:

[...] de acuerdo con los términos de la Sentencia de 24 enero 1980, en el presente caso se trataba de impedir al demandante la obtención de una ventaja comercial sobre los colegas que cumplieran con la regla deontológica que obliga a los veterinarios a abstenerse de publicidad. El Tribunal de Apelación Hanseático fundó su decisión en la protección de los "derechos ajenos", y no existe razón para pensar que haya perseguido otros fines ajenos al Convenio. La Sentencia de 24 enero 1980 tendría así un fin legítimo por sí mismo -es decir, sujeta a la "necesidad" de la medida en cuestión- en virtud del artículo 10.2 del Convenio; no hay necesidad de investigar si podía esta disposición justificarse por motivos complementarios<sup>603</sup>.

En tercer lugar, al analizar si las restricciones constituyen 'medidas necesarias, en una sociedad democrática' para realizar el fin perseguido, el Tribunal estimó no era así. En palabras del Tribunal:

Resulta de la jurisprudencia del Tribunal que si el adjetivo "necesario", en el sentido del artículo 10 del Convenio, no es sinónimo de "indispensable", tampoco tiene la flexibilidad de términos tales como "admisible", "normal", "útil", "razonable" y "oportuno": apunta a una "necesidad social imprevista". Los Estados Contratantes gozan a este respecto de un poder de apreciación, pero éste va de la mano con un control europeo más o menos amplio, según los casos; al Tribunal le corresponde la decisión última acerca de si la injerencia impugnada ante él se funda en una necesidad de este orden, si es "proporcional al fin legítimo perseguido", y si los motivos invocados por la autoridad nacional para justificarla son "pertinentes y suficientes".<sup>604</sup>

Más adelante, continúa el TEDH diciendo:

Puede ser que estas informaciones hayan tenido un efecto publicitario para la clínica del doctor Barthold y hayan inquietado a sus colegas, pero en este caso un efecto semejante aparece como algo muy secundario en relación con el contenido principal del artículo, así como con la naturaleza del problema sometido a la consideración del gran público. La injerencia de 24 de enero de 1980 no establece un justo equilibrio entre los dos intereses en juego: para el Tribunal de Apelación Hanseático hay intención de actuar a efectos de competencia en el sentido de la Ley de 1909, desde el momento en que aquélla no se eclipsa totalmente detrás de otros móviles (ap. 22, supra). Un criterio tan rígido en la forma de abordar el problema de la publicidad de las profesiones liberales no cuadra con la libertad de expresión. Su aplicación entraña el peligro de desanimar a los miembros de estas profesiones a contribuir a la discusión pública de las cuestiones relativas a la vida de la colectividad, a poco que semejante contribución pueda parecer como productora de algún efecto publicitario. Por lo mismo, la aplicación de tales criterios puede obstaculizar a la prensa en el cumplimiento de su tarea de información y de control.<sup>605</sup>

---

tradicionalmente en la República Federal de Alemania por delegación del legislador. El Colegio ejerce, por otra parte, esta competencia bajo el control del Estado, que se asegura en particular del respeto a las leyes, y debe someter las reglas de Deontología al Gobierno del Land para su aprobación ... En resumen, las prohibiciones objeto de litigio aparecen 'previstas por la ley'" (Barthold v Alemania, 8734/79 [1985] TEDH 3 (25 de marzo de 1985) §45, 46, 49.)

<sup>603</sup> Barthold v Alemania, 8734/79 [1985] TEDH 3 (25 de marzo de 1985) §51.

<sup>604</sup> Barthold v Alemania, 8734/79 [1985] TEDH 3 (25 de marzo de 1985) §55.

<sup>605</sup> Barthold v Alemania, 8734/79 [1985] TEDH 3 (25 de marzo de 1985) §58.

En este orden de ideas, el Tribunal concluyó que la injerencia en el caso de autos iba más allá de las exigencias del fin perseguido, es decir, “las prohibiciones impugnadas no son proporcionadas al fin legítimo perseguido ni, por tanto, ‘necesarias en una sociedad democrática’ ‘para la protección de los derechos ajenos’, de manera que infringen el artículo 10 del Convenio”<sup>606</sup>.

En 2002 se resolvió otro caso de publicidad de profesionales liberales en la misma línea que el caso *Barthold*.<sup>607</sup> El doctor Stambuk, un oftalmólogo, fue entrevistado por el periódico *Schwäbische Zeitung* a propósito de una nueva técnica de cirugía con láser (keratotomía fotorrefractiva) que él utilizaba, y junto al artículo aparecía una foto suya. El 25 de octubre de 1995 el Tribunal Disciplinario de Distrito de Médicos de Tubinga impuso una multa de 2.000 marcos alemanes al doctor Stambuk por no tener en cuenta la prohibición de publicidad en virtud de las disposiciones aplicables de las Normas de Conducta Profesional del Colegio de Médicos de Baden-Württemberg<sup>608</sup>, y la Ley de Colegios de Profesiones Médicas<sup>609</sup>.

Al igual que en *Barthold* el Tribunal concluyó rápidamente que las restricciones estaban establecidas en la ley<sup>610</sup>, y que la injerencia de las autoridades públicas perseguía un fin legítimo, en este caso, la protección de la salud y de los derechos ajenos<sup>611</sup>. Nuevamente, la atención del Tribunal se centró en el tercer factor, la determinación de si la injerencia, en este caso, las restricciones, constituían ‘medidas necesarias, en una sociedad democrática’ para realizar el fin perseguido. Tras reconocer que las razones aducidas por los Tribunales alemanes eran válidas—argumentando que: “Los tribunales disciplinarios alemanes reprocharon de hecho al demandante haber traspasado los límites de la información objetiva. Concluyeron que, considerando ciertas formulaciones de su entrevista, especialmente la referencia a un porcentaje de éxito del 100% y la manera de presentarle en una gran fotografía, él había pretendido hacer resaltar su persona”<sup>612</sup>—correspondía establecer si eran suficientes para justificar la sanción impuesta. A este respecto, el Tribunal observó que “la publicación en cuestión se refería a una nueva técnica de operación por láser para corregir la visión defectuosa

---

<sup>606</sup> *Barthold v Alemania*, 8734/79 [1985] TEDH 3 (25 de marzo de 1985) §58, 59

<sup>607</sup> *Stambuk v Alemania*, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 de octubre de 2002)

<sup>608</sup> “En lo que respecta a las comunicaciones profesionales, las Normas de Conducta Profesional del Colegio de Médicos de Baden-Württemberg en vigor en el momento de los hechos disponían:

Artículo 25: ‘(1) Un médico no puede anunciar sus propios servicios o los de otros médicos. No instigará o tolerará que otros lleven a cabo tal publicidad prohibida ... (2) Un médico no tolerará la publicación de informes o reportajes-fotografías sobre su actividad profesional que tengan carácter publicitario, indicando su nombre, mostrando su fotografía o indicando su dirección’.

Artículo 27 : ‘Se permitirán las publicaciones médicas o la cooperación en publicaciones informativas en prensa, radiodifusión o televisión si y en la medida en que estas publicaciones o la cooperación de los médicos estén limitadas a una información objetiva y ni el mismo médico ni sus actividades sean presentados en forma de publicidad. En dichos casos, el médico deberá mantener una "objetividad responsable". Esto mismo se aplicará a las conferencias públicas sobre temas médicos”’ (*Stambuk v Alemania*, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 de octubre de 2002) §20).

<sup>609</sup> “Los artículos 55 a 69 de la Ley de Baden-Württemberg sobre los Colegios de las Profesiones Médicas regula las competencias disciplinarias de los Colegios. Según el artículo 55(1) y (2), los miembros de dichos Colegios se enfrentan a una acción disciplinaria por mala conducta profesional, por ejemplo, si actúan infringiendo sus deberes profesionales como miembros del Colegio en cuestión” (*Stambuk v Alemania*, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 de octubre de 2002) §21).

<sup>610</sup> *Stambuk v Alemania*, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 de octubre de 2002) §25, 26.

<sup>611</sup> *Stambuk v Alemania*, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 de octubre de 2002) §27-31.

<sup>612</sup> *Stambuk v Alemania*, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 de octubre de 2002) §44

de pacientes y estaba así informando al público sobre un asunto de interés médico general. Tras la entrevista con el demandante, que había tenido lugar a iniciativa del periodista, este último publicó su artículo en un periódico local con un lenguaje y una forma de presentación destinado a informar al público en general”<sup>613</sup>.

Nuevamente, como en *Barthold*, el Tribunal encontró que “el artículo puede haber tenido el efecto de dar publicidad al demandante y a su práctica, pero, teniendo en cuenta el contenido principal del artículo, este efecto demostró ser de naturaleza secundaria”<sup>614</sup>. En este orden de ideas, el Tribunal concluyó que: “[...] en las circunstancias de este caso, la interpretación estricta de los tribunales disciplinarios alemanes sobre la prohibición de publicidad de la profesión médica y el requisito de objetividad de la información para prohibir declaraciones e ilustraciones relacionadas con ellas debido a su posible efecto colateral de dar publicidad al médico afectado, no está de acuerdo con la libertad de expresión”<sup>615</sup>.

Así pues, se concluyó que la injerencia en cuestión no era proporcionada a los fines legítimos perseguidos y, por tanto, no era ‘necesaria en una sociedad democrática’ para la ‘protección de la salud’ y la ‘protección de los derechos ajenos’, por lo que se declaró que había existido violación del artículo 10 del Convenio<sup>616</sup>. En ambos casos, tal y como se ha visto, se protege un discurso, relevante para el público en general, especialmente por su relación con la salud, que nada tiene que ver con la publicidad entendida como *promotional-mix*, y sólo de forma residual con la publicidad entendida como *marketing-mix*. En ambos casos, tal y como se hace explícito en *Stambuk*, “[u]n factor de importancia para la valoración del Tribunal a este respecto es la función esencial que cumple la prensa en una sociedad democrática. Su deber es comunicar –de manera consecuente con sus obligaciones y responsabilidades– información e ideas sobre todos los temas de interés público”<sup>617</sup>.

## 2.2. Expresiones de interés público en un contexto comercial

Además de los dos casos relativos a publicidad de profesiones liberales, o mejor, de los efectos publicitarios residuales derivados del ejercicio del derecho de libertad de prensa a favor de profesionales que colaboran con periodistas, que se acaban de comentar, el TEDH ha conocido hasta la fecha tres casos en los que se protege discurso de interés público presentado en un contexto comercial.<sup>618</sup> En *Hertel v Suiza*<sup>619</sup> un artículo científico sobre los riesgos derivados del uso de hornos microondas se restringió bajo la

---

<sup>613</sup> *Stambuk v Alemania*, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 de octubre de 2002) §46.

<sup>614</sup> *Stambuk v Alemania*, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 de octubre de 2002) §49, citando a *Barthold*.

<sup>615</sup> *Stambuk v Alemania*, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 de octubre de 2002) §50.

<sup>616</sup> *Stambuk v Alemania*, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 de octubre de 2002) §53, 54.

<sup>617</sup> *Stambuk v Alemania*, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 de octubre de 2002) §42.

<sup>618</sup> Un cuarto caso que vale la pena mencionar, aun cuando no se trata propiamente de un contexto comercial, es *Lehideux e Isorni c. Francia*, 55/1997/839/1045 [1998] TEDH (23 de septiembre de 1998). En dicho caso el TEDH estimó que una condena penal por apología de crímenes o delitos de colaboración en contra de los autores de un anuncio publicado en el diario *Le Monde* el 13 de julio de 1984 con el que se pretendía rehabilitar el buen nombre de Philippe Pétain, y que invitaba a escribir a la Asociación para la defensa de la memoria del mariscal Pétain y a la Asociación nacional Pétain- Verdun, constituía una violación del artículo 10 del CEDH.

<sup>619</sup> *Hertel v Suiza*, 25181/94 [1998] TEDH 77 (25 de agosto de 1998)



Ley de Competencia Desleal suiza<sup>620</sup>, restricción ésta que se consideró violatoria del artículo 10 del Convenio. En *VGT Verein Gegen Tierfabriken v Suiza*<sup>621</sup>, un anuncio de una asociación protectora de animales, que reacciona a varios anuncios televisivos de la industria cárnica, es presentado como expresión comercial por sus realizadores para que su emisión no fuera prohibida como anuncio político; no obstante ser considerado político el anuncio por parte del TEDH éste considera que la restricción vulnera los derechos consagrados en el artículo 10. Finalmente, en *Steel & Morris v Reino Unido*<sup>622</sup> la condena por difamación impuesta a dos activistas de Greenpeace, por repartir panfletos que denunciaban prácticas comerciales ilegales de una multinacional, es considerada por el TEDH como atentatoria del artículo 10 CEDH.

Si bien en ninguno de estos tres casos se presenta de forma directa una valoración de la protección otorgable a expresiones comerciales bajo el artículo 10, no obstante se deja ver hasta que punto una expresión que no es puramente comercial merece mayor protección que una puramente comercial. Así, por ejemplo, en *Hertel*, el Tribunal federal suizo rechaza el recurso interpuesto considerando que:

Las investigaciones y publicaciones científicas no afectan en sí a la competencia, en la medida en que quedan en el marco universitario. Sin embargo la afectan puesto que el público objetivo puede interpretar las opiniones científicas buscando influir en el comportamiento de los actores del mercado y en particular del cliente. Es inútil explicarlo más detalladamente ahí donde la ciencia puede ser utilizada como un medio camuflado de hacer publicidad y donde los conocimientos científicos se utilizan en un contexto competitivo para influir negativamente en las ventas de cierto producto a través de desprestigios. Tales propósitos representan igualmente actos de competencia afectados por la LCD y sometidos a la exigencia de lealtad a ésta<sup>623</sup>

En éste caso el TEDH, tras hacer un importante resumen de los principios fundamentales que se desprenden de su jurisprudencia en materia de lo que constituyen ‘medidas necesarias, en una sociedad democrática’ declara que:

[...] las autoridades suizas disponían, por tanto, de un cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’ para ordenar al demandante la prohibición de que se trata. Dicho margen de apreciación es particularmente necesario

---

<sup>620</sup> La restricción al científico Hertel se desprende del hecho de las conclusiones de su artículo fueron presentadas en un periódico trimestral, *Franz Wewber*, que en su número 19 presenta en la portada una imagen de la muerte con guadaña tendiendo la mano hacia un horno microondas, con el título ‘El peligro de los microondas: la prueba científica’. Los resultados son descritos en un artículo firmado por René d’Ombresson, intitulado ‘Horno microondas: peligro para la salud. Pruebas científicas irrefutables’, bajo el subtítulo ‘Resumen vulgarizado de la investigación’.

<sup>621</sup> *VGT Verein Gegen Tierfabriken v Suiza* (no. 1), 24699/94 [2001] TEDH 412 (28 de junio de 2001) y *VGT Verein Gegen Tierfabriken v Suiza* (no. 2), 32772/02 [2009] TEDH (30 de junio de 2009).

<sup>622</sup> *Steel & Morris v Reino Unido*, 68416/01 [2005] TEDH 103 (15 de febrero de 2005)

<sup>623</sup> *Hertel v Suiza*, 25181/94 [1998] TEDH 77 (25 de agosto de 1998) §23. Más adelante, se recuerda que: “el artículo 2 de la Ley federal contra la competencia desleal de 19 de diciembre de 1986 contiene una cláusula general según la cual es ‘desleal e ilícito’ no sólo toda práctica comercial sino todo comportamiento ‘que sea engañoso o que contravenga de cualquier otra forma las normas de la buena fe y que influya en las relaciones entre competidores o entre proveedores y clientes’. Desde otro punto de vista, el artículo 3, que enumera algunas actuaciones desleales, precisa en particular que ‘obra de forma desleal el que [...] desprestigia al prójimo, sus mercancías, sus obras, sus prestaciones, sus precios o sus negocios mediante alegaciones inexactas, falaces o inútilmente ofensivas [...]’. La LCD no limita, pues, su campo de aplicación sólo a los agentes económicos, también afecta a terceros en el mercado, como el señor Hertel” (§36).

en materia comercial, especialmente en un campo tan complejo y fluctuante como es la competencia desleal. Conviene, sin embargo, relativizar el alcance de ésta cuando lo que está en juego no es el discurso estrictamente ‘comercial’ de dicho individuo sino su participación en un debate que afecta al interés general como, por ejemplo, la salud pública; en este caso, no se podría negar la existencia de dicho debate, sobre los efectos de los microondas en la salud humana (únicamente se enjuiciaban las conclusiones de la investigación efectuada por el señor Hertel, expuestas en el número 19 del *Periódico Franz Weber* y no el objeto de dichas investigaciones). En esto difiere el presente caso sustancialmente de los asuntos Markt Inter y Jacubowski previamente citados <sup>624</sup>.

Es importante recalcar que:

La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno. En virtud del apartado 2 del artículo 10, no sólo comprende las ‘informaciones’ o ‘ideas’ aceptadas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las que molestan, chocan o inquietan: así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay ‘sociedad democrática’. Tal como la consagra el artículo 10, está sujeta a excepciones que, sin embargo, conviene interpretar estrictamente, y la necesidad de toda restricción debe ser probada de manera convincente [...] El adjetivo ‘necesario’, en el sentido del artículo 10.2, implica una ‘necesidad social imperiosa’. Los Estados firmantes gozan de un cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de dicha necesidad, que aumenta con un control europeo de la ley y de las resoluciones que la aplican, incluso cuando emanan de un tribunal independiente. El Tribunal tiene, pues, competencia para resolver en último lugar sobre el hecho de si una ‘restricción’ se concilia con la libertad de expresión que protege el artículo 10. [...] No es tarea del Tribunal, cuando ejerce su control, sustituir a los tribunales internos competentes, sino verificar desde el punto de vista del artículo 10 las sentencias dictadas en virtud de su poder de apreciación. Esto no lleva consigo que deba limitarse a indagar si el Estado demandado ha utilizado este poder de buena fe, con cuidado y de forma razonable: tiene que considerar la injerencia enjuiciada a la luz del conjunto del asunto para determinar si era ‘proporcionada al fin legítimo perseguido’ y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla parecen ‘pertinentes y suficientes’. Haciendo esto el Tribunal debe juzgar si las autoridades nacionales aplicaron las normas conforme a los principios consagrados al artículo 10 y esto, por añadidura, fundándose en una apreciación aceptable de los hechos pertinentes. <sup>625</sup>

Así pues, el Tribunal distingue el caso *sub examine* frente a *Markt Intern* y *Jacubowski* en función de la importancia de la información con respecto a la salud de los consumidores, independientemente de las consecuencias comerciales que de la publicación se pudieran derivar. Continúa el Tribunal examinando la proporcionalidad de las medidas enjuiciadas con el fin perseguido, equilibrando las exigencias de la protección de los derechos de los miembros de la Asociación Suiza de Fabricantes y Proveedores de Aparatos Electrodomésticos (FAE), quien demandó al científico, con la libertad de expresión del señor Hertel. El Tribunal concluye:

[...] el señor Hertel no participó en la elección de la ilustración del número 19 del *Periódico Franz Weber*, que las declaraciones que verdaderamente se le imputan están más bien matizadas y que ningún hecho permite deducir el impacto sustancial

---

<sup>624</sup> *Hertel v Suiza*, 25181/94 [1998] TEDH 77 (25 de agosto de 1998) §47

<sup>625</sup> *Hertel v Suiza*, 25181/94 [1998] TEDH 77 (25 de agosto de 1998) §46

producido por dichas declaraciones en los intereses de los miembros de la FAE. [...] Hay que señalar, pues, un desfase entre esta medida y el comportamiento al que intenta responder. Se desprende de ello una impresión de desequilibrio dado el alcance de la prohibición. [...] La medida enjuiciada tiene por efecto censurar parcialmente los trabajos de este último y limitar su capacidad para exponer públicamente una tesis que tiene su lugar en un debate público cuya existencia no puede negarse. Poco importa que la opinión de que trata sea minoritaria y que parezca carente de fundamento: en un ámbito en el que la certeza es improbable, sería excesivo limitar la libertad de expresión a la única exposición de ideas admitidas generalmente. [...] Visto todo lo anterior la medida enjuiciada no podría considerarse ‘necesaria’ en ‘una sociedad democrática’. Por lo tanto, ha habido violación del artículo 10<sup>626</sup>.

En el caso *VGT*, el Tribunal, tras concluir que había existido una injerencia de la autoridad pública materializada en la negativa de emitir un anuncio en el que se “presentaba a unos cerdos en el bosque así como en unos corrales ruidosos[, y una] voz que acompañaba las imágenes comparaba esta situación con campos de concentración y exhortaba a los televidentes a ‘comer menos carne, por su salud, por los animales y por el medio ambiente’”<sup>627</sup>, declara que el mismo “indudablemente estaba fuera del contexto comercial normal en el sentido de incitar al público a comprar un producto concreto”. El tribunal distingue el tipo de discurso, y subraya que el anuncio, lejos de ser publicidad comercial, “reflejaba opiniones controvertidas que están en la sociedad moderna en general y también en el fondo de varios debates políticos”. Por ello, “el anuncio debe ser contemplado como ‘político’ en el sentido del artículo 18.5 de la Ley Federal alemana de Radio y Televisión. Era, por lo tanto, ‘previsible’ para la asociación demandante que su anuncio no sería emitido por estos motivos. Por lo tanto la injerencia estaba ‘prevista por la ley’ en el sentido del artículo 10.2 del Convenio”<sup>628</sup>.

Ahora bien, tras constatar que la medida perseguía un fin legítimo, la protección de los derechos ajenos, el Tribunal, siguiendo a *Hertel*, recuerda que en el caso *sub examine*, “la extensión del margen de apreciación es reducida, ya que lo que entra en juego no son intereses puramente ‘comerciales’ de un individuo dado, sino su participación en un debate que afecta al interés general”<sup>629</sup>. Más adelante, el Tribunal concluye que “las autoridades nacionales no demostraron de manera ‘relevante y suficiente’ por qué los motivos indicados generalmente en apoyo de la prohibición de publicidad política, servían también para justificar la injerencia en las circunstancias concretas del caso de la asociación demandante”<sup>630</sup>, el Tribunal consideró que la medida en cuestión no podía considerarse ‘necesaria en una sociedad democrática’, se declaró que había existido violación del artículo 10 del Convenio<sup>631</sup>.

El caso más reciente en esta línea es el de *Steel & Morris*. Dicho caso, muy similar a *VGT*, fue resuelto también en la línea de *Hertel*. La señora Steel y el señor Morris fueron condenados por difamar a McDonald’s, repartiendo unos panfletos en los que se criticaban prácticas comerciales de esta empresa. El Tribunal concluyó de forma sumaria que el procedimiento por difamación y su resultado equivalieron a injerencia de

---

<sup>626</sup> *Hertel v Suiza*, 25181/94 [1998] TEDH 77 (25 de agosto de 1998) §50, 51.

<sup>627</sup> *VGT Verein Gegen Tierfabriken v Suiza*, 24699/94 [2001] TEDH (28 de junio de 2001) §56

<sup>628</sup> *VGT Verein Gegen Tierfabriken v Suiza*, 24699/94 [2001] TEDH (28 de junio de 2001) §57, 58.

<sup>629</sup> *VGT Verein Gegen Tierfabriken v Suiza*, 24699/94 [2001] TEDH (28 de junio de 2001) §71

<sup>630</sup> *VGT Verein Gegen Tierfabriken v Suiza*, 24699/94 [2001] TEDH (28 de junio de 2001) §75

<sup>631</sup> *VGT Verein Gegen Tierfabriken v Suiza*, 24699/94 [2001] TEDH (28 de junio de 2001) (25 de agosto de 1998) §79.

autoridad pública; que dicha injerencia estaba ‘prevista por la ley’, y que perseguía un fin legítimo, a saber, la ‘protección de la reputación o derechos de otros’; por lo que “la cuestión principal a resolver es la de si la injerencia era ‘necesaria en una sociedad democrática’”.<sup>632</sup>

En vista del contenido de los panfletos el Tribunal recuerda que en su práctica

[...] distingue entre hechos y juicios de valor. Si la materialidad de los primeros puede probarse, los segundos no se prestan a una demostración de su exactitud. Cuando una declaración se considera un juicio de valor, la proporcionalidad de la injerencia puede estar en función de la existencia de una base factual suficiente ya que, a falta de dicha base, un juicio de valor puede también revelarse excesivo<sup>633</sup>.

Continúa el Tribunal afirmando que en el caso presente

[...] debe sopesar cierto número de factores en la apreciación de la proporcionalidad de la medida enjuiciada. Ante todo, constata que el panfleto en cuestión contenía acusaciones muy graves sobre cuestiones de interés general como prácticas abusivas e inmorales en materia de cría de ganado y de empleo, la deforestación, la explotación de niños y de sus padres a través de una publicidad agresiva y la venta de alimentos insanos<sup>634</sup>.

No obstante, siguiendo a *Hertel* el Tribunal reitera que “lleva tiempo señalando que la ‘expresión política’, inclusive sobre cuestiones de interés general, exige un nivel elevado de protección a efectos del artículo 10”<sup>635</sup>. Adicionalmente, en opinión del TEDH:

Para valorar la proporcionalidad de la injerencia en virtud del artículo 10, debe también tener en cuenta la desigualdad de armas y las dificultades a las que se enfrentaron los demandantes. Vista la Ley vigente en Inglaterra y País de Gales, los demandantes podían o bien retirar el panfleto y presentar sus excusas a McDonald's, o soportar la carga de demostrar, sin asistencia jurídica, la veracidad de las acusaciones que éste contenía. Como la segunda solución representa un trabajo inmenso y complejo, el Tribunal considera que no se mantuvo un equilibrio justo entre la necesidad de proteger el derecho de los demandantes a la libertad de expresión y la de proteger los derechos y la reputación de McDonald's<sup>636</sup>.

En este orden de ideas, el Tribunal concluye que, “el interés más general que representa la libre circulación de informaciones e ideas sobre las actividades de poderosas sociedades mercantiles, y el potencial efecto inhibitor en los demás son también unos factores importantes a tener en cuenta a este respecto, pudiendo los grupos militantes contribuir en gran medida y legítimamente al debate público”<sup>637</sup>. Por estas razones, el Tribunal declara que “la falta de equidad y de igualdad en el procedimiento vulneró por tanto en este caso el artículo 10”<sup>638</sup>.

---

<sup>632</sup> *Steel & Morris v Reino Unido*, 68416/01 [2005] TEDH 103 (15 de febrero de 2005) §85-87

<sup>633</sup> *Steel & Morris v Reino Unido*, 68416/01 [2005] TEDH 103 (15 de febrero de 2005) §88

<sup>634</sup> *Steel & Morris v Reino Unido*, 68416/01 [2005] TEDH 103 (15 de febrero de 2005) §88

<sup>635</sup> *Steel & Morris v Reino Unido*, 68416/01 [2005] TEDH 103 (15 de febrero de 2005) §88

<sup>636</sup> *Steel & Morris v Reino Unido*, 68416/01 [2005] TEDH 103 (15 de febrero de 2005) §95

<sup>637</sup> *Steel & Morris v Reino Unido*, 68416/01 [2005] TEDH 103 (15 de febrero de 2005) §95

<sup>638</sup> *Steel & Morris v Reino Unido*, 68416/01 [2005] TEDH 103 (15 de febrero de 2005) §95

### 2.3. La manifestación del precio en la publicidad

La última de este grupo de sentencias es la correspondiente al caso *Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*.<sup>639</sup> Podría decirse que *Krone* es el *Virginia Board* europeo, toda vez que allí el Tribunal debió resolver un caso de lo que en EE.UU. se denominaría discurso comercial puro, en el que se debate la licitud de la publicación de precios. *Krone Verlag*, una compañía de responsabilidad limitada propietaria del periódico *Neue Kronenzeitung*, fue demandada bajo la Ley de Competencia Desleal alemana<sup>640</sup> por el periódico *Salzburger Nachrichten*, por haber publicado un anuncio en el que se comparaban los precios de suscripción mensual de los dos periódicos y se aseguraba que aquel era ‘el mejor’ periódico local. El 23 de mayo de 1995 el Tribunal Supremo austriaco decretó una medida cautelar prohibiendo a *Krone* volver a publicar tales anuncios. El Tribunal halló que la publicidad era engañosa, ya que el *Salzburger Nachrichten* era un ‘periódico de calidad’, mientras que el *Neue Kronenzeitung* no lo era, y esta era una diferencia que el público general no conocía necesariamente. Adicionalmente, dadas las circunstancias particulares del caso, el hecho de que el *Neue Kronenzeitung* se autodenominara ‘el mejor periódico’ equivalía a desacreditar a su competidor.

Llegado el caso en apelación al Tribunal de Apelaciones de Linz se confirmó la decisión del Tribunal Regional, del siguiente modo: 1º. *Krone* debería abstenerse de publicar la publicidad, salvo que suministrara información suficiente para evitar cualquier comentario que pudiera entenderse de forma peyorativo y que impidiera cualquier tipo de engaño para los consumidores. 2º. Se le prohibió a *Krone* referirse a los precios de venta de la suscripción del *Salzburger Nachrichten* como ‘caros’. 3º. Se le prohibió a *Krone* comparar los precios de las suscripciones anuales de los dos periódicos, salvo que se hiciera mención de las diferencias de estilo periodístico en los reportajes en materia de política nacional e internacional, economía, cultura, ciencia, salud, medio ambiente y derecho,<sup>641</sup> y 4º. Se ordenó a las partes publicar la decisión.

*Krone* alegó violación de sus derechos, derivados del artículo 10 del CEDH ante el TEDH, sólo en lo atinente a la tercera parte de la prohibición del procedimiento principal.<sup>642</sup> A este respecto, el Tribunal concluyó que la modificación equivalía a una

---

<sup>639</sup> *Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 de diciembre de 2003)

<sup>640</sup> “*The relevant sections of the Unfair Competition Act read as follows: Section 1 Any person who in the course of business commits, for purposes of competition, acts contrary to honest practices, may be ordered to desist from further engaging in those acts and held liable for damages. Section 2 Any person who in the course of business, for purposes of competition, makes declarations that could be misleading about commercial conditions, especially on the quality, origin, method of production or calculation of the prices of single goods or services or the whole stock, on price-lists, about the manner and sources of supply, about the possession of awards, about the occasion or purpose of the sale or about the quantity of the stock, may be ordered to desist from further making those declarations and, if he knew or must have known that they were likely to mislead, held liable for damages. However, comparing prices in advertisements is authorised, if it is not contrary to this section or section 1*” (*Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 de diciembre de 2003) §17).

<sup>641</sup> *Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 de diciembre de 2003) §13, 14.

<sup>642</sup> *Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 de diciembre de 2003) §19, 20. Más adelante en la sentencia se resume la postura de Gobierno en las siguientes palabras: “*The Government argued that in view of the wide margin of appreciation accorded to Contracting States in*

injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio de sus derechos, que la injerencia estaba ‘prevista por la ley’<sup>643</sup>, y que perseguía un fin legítimo: ‘la protección de la reputación o de los derechos ajenos’<sup>644</sup>. Así pues, nuevamente la atención del Tribunal se centró en la determinación de lo necesario de las medidas en el contexto de un sociedad democrática.<sup>645</sup> El Tribunal, citando a *Casado Coca*, recuerda que el margen de apreciación de los Estados firmantes es particularmente importante en materia de derecho de la competencia, y también en materia de publicidad:

Para el público la publicidad es un medio para descubrir las características de servicios y bienes que se le ofrece. No obstante, dicho discurso puede ser restringido en ocasiones, especialmente para impedir competencia desleal y publicidad falsa o engañosa. En algunos contextos incluso la publicación de anuncios publicitarios objetivos y veraces puede restringirse con el fin de garantizar el respeto de los derechos de terceros, o debido a circunstancias específicas de actividades profesionales o comerciales particulares. No obstante, cualquiera de dichas restricciones será escrutada muy de cerca por el Tribunal, el cual debe sopesar los requisitos de dichas características particulares con respecto al anuncio del que se trate; para tal fin, el Tribunal debe considerar la sanción impugnada a la luz del caso en su totalidad<sup>646</sup>

En el presente caso, el Tribunal consideró que el Estado firmante excedió el margen de apreciación, y que la medida impuesta era desproporcionada, y por consiguiente, no era ‘necesaria en una sociedad democrática’ dentro del significado del artículo 10.2 de la CEDH.<sup>647</sup> En opinión del Tribunal, la prioridad que dieron los tribunales austriacos a la protección de la reputación del competidor, y a los derechos de los consumidores frente a publicidad engañosa, no es equilibrada frente a lo que significaría en el futuro para Krone la prohibición impuesta.<sup>648</sup> Adicionalmente, el Tribunal considera que la decisión

---

*purely commercial matters, the interference could not be considered disproportionate. Moreover, the interference was of a minor character as no penalty had been pronounced and no fine imposed*” (§29).

<sup>643</sup> *Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 de diciembre de 2003) §22-24

<sup>644</sup> *Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 de diciembre de 2003) §25-27.

<sup>645</sup> *Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 de diciembre de 2003) §28-35.

<sup>646</sup> *Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 de diciembre de 2003) §30. Dice el Tribunal, siguiendo a *Casado Coca*: “*For the public, advertising is a means of discovering the characteristics of services and goods offered to them. Nevertheless, it may sometimes be restricted, especially to prevent unfair competition and untruthful or misleading advertising. In some contexts, the publication of even objective, truthful advertisements might be restricted in order to ensure respect for the rights of others or owing to the special circumstances of particular business activities and professions. Any such restrictions must, however, be closely scrutinised by the Court, which must weigh the requirements of those particular features against the advertising in question; to this end, the Court must look at the impugned penalty in the light of the case as a whole*” *Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 de diciembre de 2003) §31.

<sup>647</sup> *Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 de diciembre de 2003) §34

<sup>648</sup> “*In looking further at the impact of the impugned injunction on the applicant company, the Court observes that no penalty was imposed. However, the measure at issue has quite far-reaching consequences as regards future advertising involving price comparison: the applicant company will also need to provide information on how its reporting style differs on matters of foreign or domestic politics, economy, culture, science, health, environmental issues and law. The Court considers the injunction to be far too broad, impairing the very essence of price comparison. Moreover, its practical implementation - though not impossible in general - appears to be highly difficult for the applicant company. Furthermore, the applicant company risks the imposition of fines for non-compliance with this order*” *Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 de diciembre de 2003) §33

de los tribunales austriacos es inconsistente ya que, de un lado, basaron su decisión principalmente en la asunción de que los dos periódicos no eran de calidad comparable, por lo que una comparación de sus precios resultaría engañosa. De otro lado, los tribunales de instancia también consideraron que los dos periódicos competían en un mismo mercado, y que eran consumidos por el mismo círculo de lectores.<sup>649</sup>

Así como la prueba de *Central Hudson*, con el tiempo acabo concentrándose en las últimas dos fases de la misma—la determinación de que la regulación sirva de forma directa el fin perseguido por el regulador y que las medidas adoptadas no sean más restrictivas de lo necesario,—la aplicación del artículo 10 del CEDH por parte del TEDH se ha concretado en la determinación de que los medios adoptados, normativos o judiciales, constituyan medidas necesarias,—en una sociedad democrática. La primera gran diferencia entre la prueba de *Central Hudson* y la aplicación del artículo 10, es que aquella se limita a las expresiones comerciales, al discurso comercial, mientras que ésta incluye todo tipo de expresión o discurso.

En segundo lugar, los fines normativos que se pueden perseguir con la regulación del discurso están taxativamente dispuestos en el artículo 10.2, mientras que en EEUU la validez de un fin normativo dependerá en última instancia de la discreción judicial. Esto ha dado lugar a que en EEUU se prefiera generalmente proteger la libertad de expresión, mientras que en Europa, la aplicación de la norma por parte del TEDH tiende a dar mayor amplitud reguladora a los Estados. La gran similitud entre ambas técnicas radica, sin embargo, en que en definitiva será el Juez europeo quien determine si el medio constituye medida necesaria en una sociedad democrática, y el Juez americano quien determine si la medida es más extensa de lo necesario.

En opinión de Shiner el TEDH, al igual que el TJCE, de estar convencidos de que el discurso o la expresión es puramente comercial—es decir que simplemente busca ‘incitar al público a comprar un producto concreto’, tal y como se dice en *VGT*—de forma invariable mantendrá que la restricción publicitaria está justificada bajo el artículo 10 (ejemplos de ello son *Markt Intern*, *Colman*, *Casado Coca* y *Jacobowski*). De lo contrario, si la expresión o el discurso es híbrido, es decir, que contiene elementos tanto comerciales como políticos o de interés general—expresiones o discurso que ‘refleja opiniones controvertidas que están en la sociedad moderna en general y también en el fondo de varios debates políticos’—los Tribunales europeos han protegido el derecho a la libertad de expresión frente a los intereses del Estado (ver *Barthold*, *Stambuk*, *Hertel*, *VGT* y *Steel*). SHINER opina que “los tribunales no están dispuestos a aceptar la idea de que cualquier tipo de expresión con una dimensión comercial sea ‘expresión comercial’. Cuando de hecho identifican un caso de expresión comercial, son, por lo menos hasta el momento, muy reacios a desconocer los juicios de los tribunales y poderes legislativo de los Estados Miembros”<sup>650</sup>. Aún cuando se comparte la opinión de SHINER, la última frase de la opinión que se acaba de citar, publicada antes de ser resuelto el caso *Krone*, debe matizarse de la siguiente manera: Cuando de hecho identifican un caso de expresión comercial, por lo menos hasta el momento, sólo proceden a desconocer los juicios de los tribunales y poderes legislativos de los Estados Miembros en caso de ser inconsistentes los fundamentos en los que la respectiva medida se funda, o en caso de que la autoridad pública del Estado Miembro del que se trate

---

<sup>649</sup> *Krone Verlag GMBH & Co.KG v Austria*, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 de diciembre de 2003) §32

<sup>650</sup> SHINER, *Ibidem*

exceda su margen de apreciación adoptando una medida desproporcionada que por ello resulte innecesaria en una sociedad democrática.



## CAPÍTULO VI. LA PUBLICIDAD A LA LUZ DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Tal y como se ha visto hasta el momento, el discurso, las expresiones comerciales—las cuales como se ha dejado en evidencia incluyen pero no se limitan a la publicidad entendida como *promotional-mix*, tal y como se define y regula en la LGP—en EE.UU. y en la UE se consideran incluidas dentro del tipo de expresiones, o más exactamente del tipo de información protegida por el derecho de libertad respectivo. Igualmente, se ha dejado constancia del hecho de que en ambas jurisdicciones este tipo de discurso recibe menor protección que las expresiones políticas, ideológicas, religiosas o artísticas, toda vez que el estudio de la adecuación constitucional y convencional de las limitaciones del discurso comercial se realiza atendiendo a criterios establecidos en estándares que reconocen mayor libertad al regulador, contenidos en la prueba de *Central Hudson* y en el artículo 10.2 del CEDH, aunado, en éste caso, a la doctrina del margen de apreciación. Adicionalmente, tal y como se ha constatado, tanto el Tribunal Supremo norteamericano como el TEDH, cuando amparan este tipo de discurso lo hacen fundamentando sus decisiones en el derecho de los receptores de la respectiva publicidad a recibir la información que allí se suministra; pero nunca en un derecho autónomo o huérfano del anunciante a comunicar dicha información.

Tal y como se explica a lo largo del presente apartado, estudiar la adecuación de la publicidad en el marco del derecho de libertad de información en España requiere tener en cuenta dos diferencias básicas que existen frente a los esquemas de protección de la información que se han estudiado hasta el momento. La primera de estas diferencias, que se estudia detenidamente en el primer Capítulo de este trabajo, radica en el hecho de que en España existe un régimen especial que define y regula la publicidad entendida como *promotional-mix*, como derecho subjetivo de los anunciantes a comunicar información publicitaria, al margen de los derechos de libertad de expresión que les asisten, tal y como se definen en el artículo 20 CE, no ya como anunciantes, sino como individuos. La segunda diferencia, fundamental, es que el artículo 38 de la Constitución española consagra el derecho de libertad de empresa, cosa que no tiene parangón ni en la Constitución estadounidense ni en el CEDH. Ignorar estos dos hechos, y sus consecuencias axiológicas y normativas, a la hora de estudiar el encaje de la publicidad en el ámbito de los derechos de libertad de expresión e información consagrados en el artículo 20 de la Carta española, sería a todas luces inaceptable.

### **1. Publicidad, libertad de empresa y libertad de información**

El primer caso en el que el Tribunal Constitucional se refirió a la cuestión de la relación entre la publicidad y los derechos de libertad del artículo 20 de la Constitución fue en la Sentencia 87/1987, de 2 de junio, en la que el Pleno resolvió el conflicto positivo de competencia número 220/1984, promovido por el Gobierno, representado por el letrado

del Estado, en relación con el Decreto 495/1983, de 8 de noviembre, de la Generalidad de Cataluña, y la Orden de 21 de noviembre de 1983, de desarrollo del anterior, sobre clasificación de películas cinematográficas y material audiovisual. En dicha ocasión, se decidió, entre otras cosas, que las normas catalanas demandadas en las que se regulaba lo atinente a la exhibición pública, en determinados locales, del material audiovisual y el tratamiento de las películas “X” en punto a la actividad de fomento de la Generalidad, a la cuota de pantalla y licencias de doblaje y a la publicidad:

[...] no resultan ajenas a la competencia específica de la Comunidad Autónoma sobre espectáculos (art. 9.31 de su Estatuto de Autonomía), pues en este orden material se sitúan, sin duda, las prescripciones relativas a las condiciones para la exhibición pública del material audiovisual (art. 4 del Real Decreto 495/1983) y aquellas que disponen el modo de exhibir y realizar la publicidad de las películas “X”, regulación esta última que procura, en correspondencia en la normativa estatal sobre la materia (arts. 1, 5 y 6 de la Ley 1/1982, de 24 de febrero), una restricción de la incidencia social de dichas películas en atención a los posibles efectos de sus contenidos (pornográficos o apologistas de la violencia) sobre la sensibilidad que cabe presumir en los espectadores. En contra de lo argüido por la representación del Estado, sin embargo, ningún derecho fundamental -tampoco los declarados en el art. 20 de la Constitución- resulta limitado por esta regulación de policía de espectáculos, disponiendo sólo las normas autonómicas en cuestión una disciplina sobre la actividad empresarial en un ámbito cuya ordenación, en su propio territorio, corresponde a la Comunidad Autónoma y que ni tan siquiera podría decirse que innove, respecto del ordenamiento general del Estado, el marco en el que, para este sector de la actividad económica, ha de desenvolverse la libertad de empresa (art. 38 de la Constitución). [subrayo]

Este mismo criterio ha sido seguido por el Tribunal Supremo y por la Audiencia Nacional. Así, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 23 de septiembre de 1988, en la que se resolvió el asunto Casado Coca, que luego fue elevado a conocimiento del TEDH tal y como se ha comentado, al rechazar el recurso de amparo interpuesto por el abogado Casado Coca, se estableció:

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 en la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad que altera la libre competencia que debe regirla y la defensa de los intereses de los posibles clientes que no pueden ser inducidos a acudir a un determinado despacho profesional en virtud de una publicidad que no es por su objeto identificable con la de un producto industrial o comercial, por lo cual cuando se trate de publicidad la norma constitucional invocada debe ser restringida en aras de los principios aludidos que enmarcan el ejercicio de una actividad profesional colegiada.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en Auto de 17 de abril de 1989, mediante el que denegó la admisión del recurso de amparo incoado por el abogado Casado Coca, estableció:

[...] el fin mismo que caracteriza la actividad publicitaria, marca una diferencia profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que aquélla, aún siendo también una forma de comunicación, se vincula al ‘ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de

bienes o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones’, tal como la define el artículo 2 de la vigente Ley 34/1988, de 11 de noviembre General de Publicidad. La publicidad, por tanto, no es manifestación del ejercicio del derecho fundamental ex-artículo 20.1.d) de la Constitución, por cuanto este derecho da cobertura a la libre y veraz transmisión de hechos que, como ya ha señalado este Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, pueda permitir a los ciudadanos ‘formar sus convicciones ponderando opiniones diversas e incluso contrapuestas y participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos’. Es el fin último de la publicidad lo que margina, en definitiva, a esta actividad del ámbito de protección del referido derecho fundamental.<sup>651</sup>

Este mismo criterio vuelve a recogerse en la Sentencia del 18 de febrero de 1994, de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la que se dice:

En el supuesto aquí enjuiciado, consta la inclusión en las guías telefónicas de Barcelona de los años 1984 y 1985, de un suelto o reclamo enmarcado en un rectángulo de varios centímetros de anchura y altura, donde se hace resaltar en letras de muy superior tamaño a las normales de la relación general de la guía telefónica, y ocupando todo el marco rectangular, la existencia del bufete L. S., con expresión de las diversas especialidades jurídicas objeto de sus servicios e incluso especificando las materias matrimonial y de arrendamientos, dentro del Derecho Civil.

Es claro que esta inserción, con las indicadas connotaciones supone y constituye un evidente resalto o reclamo para atracción o captación de clientes, fuera de los usos normales de la profesión que se limitan a la escueta consignación de nombre y profesión en la letanía ordinaria de nombres y apellidos de la Guía Telefónica, y que, por ello infringe, levemente, si, dadas las modestas peculiaridades del reclamo, el sentido literal y teleológico del precepto deontológico de prohibición a los colegiados, no ya la publicidad «stricto sensu» sino la mera difusión o anuncio de sus servicios, razones todas que determinan la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada toda vez, y ello es obvio, que el citado precepto estatutario para nada infringe el artículo 20 del Texto Constitucional, sobre la libertad de expresión de ideas y opiniones.

En similar sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional, que en Sentencia de la Sección 8ª de Sala de lo Contencioso-Administrativo, del 3 de febrero de 1999, en la que se desestima el recurso interpuesto por RTVE en contra de una Resolución del Ministerio de Fomento que impone al recurrente una sanción de ocho millones de pesetas (8.000.000) por la emisión televisada de publicidad de bebidas alcohólicas, estableció:

---

<sup>651</sup> Ver también el Auto del Tribunal Constitucional 241/2003 de la Sala Segunda, Sección 3ª, del 14 de julio, en el que se inadmite a trámite una demanda de amparo, y se establece: “Finalmente, el demandante imputa a la sanción administrativa la lesión de la libertad de expresión. Pues bien, dejando de lado los óbices observados por el Fiscal sobre la falta de perseverancia que el recurrente ha demostrado en esta queja, es oportuno recordar que este Tribunal ya ha declarado que los profesionales se encuentran sometidos a su estatuto profesional, «y que de esa sumisión se derivan [...] una serie de limitaciones o condicionamientos al ejercicio de su libertad de expresión» ( STC 286/1993, de 4 de octubre [ RTC 1993, 286] , F. 4 «in fine»). No es cierto, por otra parte, como el recurrente sostiene en la demanda de amparo apoyándose, erróneamente, en la Sentencia TEDH Casado Coca ( de 26 de enero de 1994 [ TEDH 1994, 1] ), que la prohibición para un abogado de realizar publicidad lesione en todo caso la libertad de expresión (vid. §§ 40 y, posteriormente, la Sentencia TEDH Schöpfer, de 20 de mayo de 1998 [ TEDH 1998, 22] , §§ 33)”.

Queda acreditado y no lo niega la actora que durante los días 13 a 18 de mayo de 1997 la segunda cadena de TVE insertó reiteradas veces en las imágenes de la vuelta ciclista a Asturias, una serie de franjas publicitarias («transparencias» o «faldones») de la marca whisky DYC, según contrato de publicidad al efecto suscrito el 12 de mayo de 1997 con el club ciclista **Aramo**. Argumenta bien el abogado del Estado, cuando señala que esa actividad nada tiene que ver con el derecho a la información, ni tiene una relevancia social por lo que no cabe aducir que se encontraría protegida por el derecho a la libertad de expresión u opinión recogido en el artículo 20 de la Constitución y ha de reputarse como actividad publicitaria, en los términos definidores en el artículo 2 de la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988. Pero es que, la Ley 12 de julio de 1994 de incorporación a nuestro ordenamiento de la Directiva 89/552/CEE ( LCEur 1989\1386) en su artículo 3 b) define la publicidad en televisión con carácter general, del que no son sino especies particulares la publicidad encubierta del artículo 3 c) y la indirecta del artículo 3 d). La citada Ley 25/1994 en su artículo 11.1 reenvía a la Ley 34/1988 en materia de prohibiciones, lo que supone la aplicación de dicho artículo en relación con el artículo 8.5 de esta última, respecto a «la prohibición de la publicidad de tabacos y la de bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados centesimales, por medio de televisión», así se dice expresamente en el referido artículo 11 al señalar «la publicidad de bebidas alcohólicas deberá respetar lo dispuesto al efecto en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre General de Publicidad».<sup>652</sup>

Existe también una corriente doctrinal, una hermenéutica particular que respalda esta línea jurisprudencial, mantenida, como se ha visto, tanto por el Tribunal Constitucional, como por las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional. Así, por ejemplo, DE OTTO sostiene que los “límites necesarios que derivan de la propia naturaleza del derecho [...] y cuya fijación es operación obligatoriamente previa a cualquier otra, son los contornos o fronteras del derecho o libertad que resultan de la propia norma constitucional que reconoce el derecho protegiendo jurídicamente una esfera de la realidad que menciona”<sup>653</sup>. Continúa el citado autor recordando que:

[e]l primer elemento para la determinación del contenido del derecho es en consecuencia, la identificación del ámbito de la realidad aludida, fijar qué habrá de entenderse por asociación o por reunión pacífica sin armas, y diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que éste

---

<sup>652</sup> Continúa inmediatamente la Audiencia diciendo: “Como se ha dicho el artículo 3 b) de la Ley 25/1994 define la publicidad por televisión como «**cualquier forma** de mensaje televisado emitido a cambio de una remuneración de cualquier naturaleza, realizado □ por orden de una persona física o jurídica, pública o privada, y relativo a una actividad comercial, □ industrial, artesanal o a una profesión liberal con el fin de promover la contratación de bienes, muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones». Es obvio que las transparencias del whisky DYC acordadas en el contrato referido con el club ciclista **Aramo**, constituyen, sin ninguna duda, una forma de mensaje televisado con el fin recogido en dicho precepto, lo que no puede en modo alguno equipararse a que en el curso de un programa, se recogieran imágenes instaladas en el escenario donde la □ retransmisión se desarrolla, salvo que se hubieran instalado con la finalidad única de salir en televisión, en cuyo caso obviamente quedaría también subsumido en ese concepto definido de publicidad por televisión. La generalidad del mismo al incluir «cualquier forma de mensaje», lleva a tener que reputar incardinado en el mismo, la publicidad estática y lógicamente las transparencias, que nos ocupan y cuya emisión no cuestiona en ningún momento la recurrente”.

<sup>653</sup> MARTÍN-RETORTILLO, L., & DE OTTO Y PARDO, I., “Derechos fundamentales y Constitución”, Madrid: Civitas, 1988, p.142

específicamente quiere proteger, por ejemplo, excluyendo de la reunión el simple estar juntos o de la información la propaganda comercial<sup>654</sup>.

En similar sentido se expresa REBOLLO PUIG, para quien es claro que no existen inconvenientes constitucionales, “sino todo lo contrario, en atribuir a la Administración potestades de reacción frente a la publicidad ilícita que le permitan salvaguardar los intereses públicos perturbados”<sup>655</sup>. En el artículo citado el autor estudia la atribución competencial que hacía la LGP—mediante artículos derogados por la Ley 29/2009, del 30 de diciembre—a la jurisdicción ordinaria para dirimir las controversias derivadas de la publicidad ilícita, y demuestra cómo tal innovación, que suprimió la figura del órgano administrativo competente, "el Jurado Central de Publicidad", para entender de las cuestiones derivadas de la actividad publicitaria en vigencia del Estatuto de la Publicidad de 1964, no viene impuesto por la Constitución de 1978:

Tampoco el artículo 20 CE impone la solución de la [LGP]. No entraremos a dilucidar en abstracto si en la actividad publicitaria están en juego los derechos que consagra ese precepto (expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones; producción y creación literaria, artística, científica y técnica; comunicar y recibir información veraz) ni si, consecuentemente, resulta aplicable el apartado 5 del referido artículo 20 CE que sólo admite el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial. Nos bastará razonar que si se entendiera que esos derechos del artículo 20 CE están, efectivamente siendo regulados por la [LGP] algunas de sus otras previsiones (por ejemplo, el sometimiento por reglamento a la necesidad de previa autorización administrativa) serían flagrantemente inconstitucionales y que, además, la Ley —al menos gran parte de su articulado— tendría que haberse aprobado como Ley orgánica (art. 81 CE), lo que no se ha hecho. Dicho de otra forma, la [LGP] parte —entiendo que con acierto— de que su contenido no afecta a ninguno de esos derechos fundamentales o libertades públicas sino a la libertad genérica y, en su caso, a la libertad de empresa (art. 38 CE). Para evitar cualquier interferencia con los derechos del artículo 20 CE debe observarse que la [LGP] no regula toda publicidad sino únicamente la realizada «en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover... la contratación de bienes... servicios, derechos y obligaciones» (art. 2). Siendo así, atribuir a la Administración potestades para hacer cesar la publicidad prohibida por lesionar los intereses generales no plantea dudas de constitucionalidad.<sup>656</sup>

Sin lugar a dudas fue este autor de los primeros en advertir de la innecesaria y equivocada inconveniencia de trasladar sin más, como lo han intentado ya otros autores, la doctrina del discurso comercial desarrollada en los EE.UU. al ordenamiento jurídico español. En nota al pie este autor afirma, haciendo alusión a la mentada doctrina:

[...] no creo que la solución americana sea trasladable en idénticos términos a nuestro Derecho en el que probablemente una protección similar a la que busca la

---

<sup>654</sup> MARTÍN-RETORTILLO, L., & DE OTTO Y PARDO, I., “Derechos fundamentales y Constitución”, Madrid: Civitas, 1988, p.142.

<sup>655</sup> REBOLLO PUIG, MANUEL, “Autotutela administrativa y cesación de la publicidad ilícita”, *EC*, No. 33, abril de 1995, p. 18.

<sup>656</sup> REBOLLO PUIG, MANUEL, “Autotutela administrativa y cesación de la publicidad ilícita”, *EC*, No. 33, abril de 1995, p. 18. Tal y como recuerda el citado autor, C. LEMA DEVESA, C. FERNÁNDEZ NOVOA J A GÓMEZ SEGADÉ, M. BOTANA AGRÁ Y M. AREAN LALIN (“Las líneas básicas de la futura Ley General de la Publicidad”, *Publitema*, n.º 53, 1984, p. 6) concretan la incidencia de la Constitución sobre la publicidad en los artículos 38 (libertad de empresa) y 51 (defensa de los consumidores), sin ninguna alusión al artículo 20 CE (*Ibidem*).

jurisprudencia norteamericana para la publicidad comercial se consiga considerándola una manifestación de la libertad de empresa o de la libertad genérica y, en consecuencia, proclamando para las posibles prohibiciones o limitaciones la exigencia de estar previstas en la Ley (que no tendría que ser Ley orgánica) o autorizadas por ella, ser congruentes con la finalidad perseguida, proporcionadas al peligro que trata de evitar y respetuosas con el favor libertatis. Por el contrario, según creo, si se recondujera la publicidad comercial al ámbito de los derechos del artículo 20 CE se llegaría a una situación de protección de tal publicidad comercial superior a la de EEUU. [...] Afirmando que la publicidad comercial es sólo manifestación de la libertad de empresa se consiguen resultados razonables sin necesidad de tan arriesgadas y comprometidas construcciones.<sup>657</sup>

En este orden de ideas, no se puede considerar que la publicidad tal y como se regula en la LGP sea desarrollo de los derechos de libertad consagrados en el artículo 20 de la Carta española<sup>658</sup>. Si la publicidad fuese desarrollo de dichos derechos fundamentales la ley que regula su ejercicio debería ser una Ley Orgánica, tal y como podría sostenerse al hilo de la argumentación de REBOLLO PUIG<sup>659</sup>. El ejercicio y la regulación de la publicidad se debe incardinar dentro de la libertad de dirección de la empresa, que es uno de los ámbitos o aspectos esenciales del derecho fundamental de libertad de empresa, tal y como se consagra en el artículo 38 de la Constitución española. Tal y como recuerda ARIÑO ORTIZ, son tres los ámbitos esenciales de la libertad de empresa, a saber: 1º. La libertad de creación de empresas y de acceso al mercado; 2º. La libertad de organización, que incluye, entre otras, la elección del nombre, de emplazamiento, de forma de organización y de composición de los órganos de dirección; y 3º. La libertad de dirección, que incluye, entre otros, el control de la producción, de la inversión, de la política comercial, de precios de competencia leal de contratación. Concretamente, “[e]l tercer aspecto en la libertad de empresa es la libertad de ejercicio de la actividad empresarial: libertad de tomar decisiones y de competir en un mercado libre. Dentro de

---

<sup>657</sup> REBOLLO PUIG, MANUEL, “Autotutela administrativa y cesación de la publicidad ilícita”, EC, No. 33, abril de 1995, p. 18.

<sup>658</sup> “En la reserva para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, el criterio restrictivo conduce en primer lugar a entender que esa expresión no se refiere al Título I en su totalidad, sino tan sólo al *Capítulo II, Sección 1.ª* (arts. 15 a 29) [...] Además, el art. 81.1 se refiere estrictamente a los *derechos y libertades*, esto es, no a cualquier contenido que se encuentre en los arts. 15 a 29 [...] Lo que el art. 81.1 encomienda a la ley orgánica no es regular el derecho, sino desarrollar la norma constitucional, y con ello atiende a un problema específico de las normas constitucionales de reconocimiento de derechos: su carácter *abstracto*, que resulta de la mención genérica de las conductas—por ejemplo “reunirse”, “expresarse”—las cuales en la realidad han de transcurrir siempre como algo concreto” (de Otto Pardo, I., “Derecho constitucional: Sistema de fuentes”, Barcelona: Ariel, 1988 (2001)).

<sup>659</sup> Al tenor del artículo 81.1 de la Carta Fundamental española: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas por la Constitución”. No obstante, es de anotar que otros autores se han referido a la objeción que plantea este autor en los siguientes términos: “esta objeción ha sido superada, acertadamente a nuestro juicio, con el argumento de que la reserva constitucional de ley orgánica, hay que entenderla hecha a la regulación en su conjunto del derecho o libertad constitucional y no a cualquier disposición que pueda afectarle, como ya se pronunció el Tribunal Constitucional en Sentencia de 24 de julio de 1984; sin perjuicio de que, como veremos más adelante, la norma en cuestión debe quedar sometida al escrutinio de la doctrina de los límites de los derechos fundamentales.” (RUIZ MUÑOZ, M., “Derecho de la Publicidad y Globalización: Publicidad Transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables”, *Estudios sobre Consumo* 79 (2006), p. 98. En este mismo sentido cfr.: CUESTA RUTE, J. M. de la, *Curso de Derecho de la Publicidad*, Pamplona: Eunsa, 2002, p. 48.).

este apartado deben mencionarse cuestiones tales como la [...] libertad de publicidad (no engañosa)".<sup>660</sup>

Es importante recalcar, tal y como se ha mencionado, que ni la Constitución estadounidense ni el CEDH establecen un derecho comparable al consagrado en el artículo 38 de la Constitución española, cuyo tenor es el siguiente: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación". Ahora bien, no deja de ser cierto que en vista de la jurisprudencia del TEDH que se ha comentado hasta el momento, resulta imprescindible articular el entronque de la publicidad, y más exactamente, en el caso español, del derecho a anunciar, no sólo con el derecho de libertad de empresa, sino también con el derecho de libertad de información del artículo 20 de la Constitución española. Para ello, resulta imprescindible estudiar el contenido de este derecho, a la luz de la doctrina, especialmente tras el reciente pronunciamiento de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 15 de enero de 2010. En dicha Sentencia por primera y única vez hasta la fecha, se presenta una lectura que busca acoger la jurisprudencia del TEDH en materia de la relación entre la publicidad y los derechos de libertad consagrados en el Artículo 20 de la Constitución española.

## **2. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010**

En el Fundamento de Derecho 1 de la Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de enero de 2010 se resumen los antecedentes de hecho de la demanda en las siguientes palabras:

La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, SA y confirmó la del Juzgado de Primera Instancia, que había estimado la demanda dirigida, contra la apelante, por Asociación de Usuarios de la Comunicación y declarado ilícito - en aplicación del artículo 3, letra a), de la Ley 34/1.988, de 11 de noviembre (RCL 1988, 2279), general de publicidad - un mensaje publicitario, emitido por televisión, en interés de la demandada, anunciante, para promover la compra de un determinado modelo de automóvil por ella fabricado.

El anuncio de que se trata está contenido en una película de breve duración, en cuya proyección se ve como un hombre, de mediana edad y con apariencia de alto ejecutivo de la empresa titular del recinto, camina por el interior de un garaje subterráneo y observa un vehículo aparcado bajo un cartel con la palabras "director general". En ese momento se oye la voz de una persona fuera de escena decir "¿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!". Seguidamente, el protagonista de la película se acerca al citado vehículo, deposita en el suelo un maletín que lleva en la mano, extrae de él un objeto punzante y lo clava en las ruedas de aquel, que se desinflan inmediatamente. Finalmente, dicho individuo sale del garaje dentro de otro automóvil que se hallaba detenido en un lugar destinado, según otro cartel, al "presidente", mientras la antes mencionada voz manifiesta que es "regla número uno de

---

<sup>660</sup> ARIÑO ORTIZ, G., "Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica", Granada: Comares, S.L., 2004.

los negocios" la consistente en que "el director general nunca debe comprarse un coche mejor que el del presidente".

En su demanda, la asociación actora había alegado que ese mensaje publicitario se correspondía con el tipo de publicidad ilícita que describen las normas de las letras a) y e) del artículo 3 de la Ley 34/1.988, en relación con la del artículo 8, apartado 1, de la Ley 25/1.994, de 12 de julio ( RCL 1994, 1999) - tal como quedó redactado con la reforma operada por la Ley 22/1.999, de 7 de junio (RCL 1999, 1526) -.

El Juzgado de Primera Instancia calificó como ilícita la publicidad, en aplicación del artículo 3, letra a), de la Ley 34/1.988, al haber considerado que "resulta atentatorio a la dignidad humana la presentación de patrones compulsivos de conductas relativas a la tenencia o adquisición de bienes y productos que resultan ser merecedores de reproche penal", aunque añadió que "la presentación de un ilícito penal como comportamiento inherente a la tenencia de bienes muebles afecta a los intereses generales de la población, cuyos intereses tutela la mencionada norma legal". (STS 860/2009, de 15 de enero de 2010, F. D. 1)

La Sala de lo Civil, Sección 1ª, del Tribunal Supremo español, mediante sentencia del 15 de enero del 2.010 declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, S.A., contra la sentencia dictada con fecha 10 de diciembre de 2.004, por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid, y procedió correspondientemente a casarla y anularla. Independientemente del resultado al que llega el Tribunal—al cual incluso se podría también llegar al hilo de lo expuesto en este apartado, pero por razones bien diversas, tal y como se verá—lo alarmante es la fundamentación que presenta para justificar su fallo. Los recurrentes fundamentan la casación en “dos motivos, basados en la norma del artículo 477, apartado 1 y ordinal tercero del apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En ambos denuncia la recurrente la misma infracción, esto es, la del artículo 20, apartado 1, letras a) y b), de la Constitución Española, tal como es interpretado por la jurisprudencia”. El Tribunal, en el segundo Fundamento de Derecho anticipa que “el recurso extraordinario por infracción procesal de Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, S.A., se compone de dos motivos, referidos a la prueba [... y] , en ninguno de sus dos motivos, merece ser estimado”.

No obstante, como se verá, el Tribunal estima el recurso por considerar que la prohibición del anuncio vulnera el derecho fundamental de expresión de Mitsubishi, ex artículo 20.1.a) de la Constitución. Tras exponer los motivos que justifican la desestimación de las pretensiones principales, el Tribunal expone los argumentos que a su juicio ameritan casar y anular la sentencia recurrida, conforme a las pretensiones subsidiarias, toda vez que se estima vulnerado el derecho de libertad de expresión del accionante, ex artículo 20.1.a) de la Constitución. Tal y como se argumenta a continuación, en aplicación del principio de iura novit curia el Tribunal podría haber llegado a la misma conclusión, pero descartando el llamado que hace el recurrente a los artículos 20.1.a) y 20.1.b), y destacando no sólo la particularidad del discurso publicitario, sino afianzando una lectura coincidente con la que hasta ahora se ha comentado, en el sentido de proteger el discurso publicitario, en menor grado, y siempre



con base en la importancia que la información publicitaria tienen para los receptores de la misma.<sup>661</sup>

La mencionada Sentencia del 15 de enero de 2010 acoge un postura doctrinal que ni tiene en cuenta la publicidad, tal y como se define y regula en España, ni el hecho de que la misma, tal y como se verá, no debe incardinarse como comunicación protegida por el artículo constitucional 20.1.a), sino, en todo caso, como información protegida por el artículo 20.1.d). Si no se tienen en cuenta estos dos hechos, la protección que se le brindaría a la publicidad en España sería, tal y como pronosticó el doctor REBOLLO PUIG, superior incluso a la que se le dispensa al *commercial speech* en los EE.UU, pues, entre otras cosas, equivaldría a un reconocimiento subterfugio de derechos fundamentales en cabeza de personas jurídicas. Es cierto que a pesar de la unanimidad jurisprudencial en torno al reconocimiento de la publicidad como manifestación y ejercicio del derecho de libertad de empresa, y su desvinculación a los derechos de libertad del artículo 20 de la Constitución, existe en España un vivo debate en torno a la relación entre la publicidad y los derechos de libertad de expresión e información. Si bien es cierto que no se discute la relación de la publicidad con el derecho de libertad de empresa, no existe acuerdo en torno a como se debe proteger el discurso publicitario a la luz de los derechos consagrados en el artículo 20 CE. Hay autores que abogan por la plena protección de la publicidad como manifestación del derecho de libertad de expresión, otros que entienden que dicha relación siempre estará mediada por el derecho de libertad de empresa, y otros, como DE OTTO PARDO y REBOLLO PUIG, para quienes la especialidad del artículo 38 atrae de forma absoluta y exclusiva la publicidad, dejándola fuera del ámbito de los derechos de libertad del artículo 20 constitucional—cuestiones todas estas que se comentará con más detenimiento en el literal c del presente apartado.

Adicionalmente, una lectura atenta del Fundamento de Derecho Séptimo evidencia la innecesaridad de la argumentación mediante la que se pretende vincular la publicidad a la libertad de expresión, pues tal y como allí se afirma el anuncio no lesiona ni amenaza lesionar la dignidad de la persona:

El mensaje publicitario prohibido exteriorizaba y hacía llegar a sus destinatarios una información relativamente útil, mediante la proyección de una escena con algún grado de creatividad, cuyo núcleo lo constituía una reacción provocada por la envidia y, en sí, sancionada penalmente.

Sin embargo, 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.

---

<sup>661</sup> La Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español se ha manifestado reiteradamente en el sentido de que: “Está admitido por esta Sala que el Juzgador pueda, en atención al principio «iura novit curia», en relación con el de «da mihi factum, dabo tibi ius», aplicar normas distintas e, incluso, no invocadas por los litigantes, a los hechos por los mismos establecidos, pero, en ningún caso, la observancia de estos principios puede entenderse de manera absolutamente libre e ilimitada, ya que siempre ha de estar condicionada al «componente fáctico de la acción ejercitada» y a «la inalterabilidad de la causa petendida», pues lo contrario entrañaría una vulneración del principio de contradicción y, por consiguiente, del derecho de defensa” (1151/2006, de 16 de noviembre).

En conclusión, constatamos la realidad de una injerencia innecesaria en defensa de un bien - la dignidad de la persona - que no había sido lesionado ni amenazado.<sup>662</sup>

En atención a cuanto se ha comentado, procede ahora analizar la mentada Sentencia, para ir desglosando los argumentos que en ella se esgrimen, para así poder cotejarlos con la doctrina que explica la publicidad como manifestación del derecho de libertad de expresión de los anunciantes, con el fin de proponer una lectura nueva que permita fundamentar lo siguiente: la correcta apreciación de la publicidad como *promotional-mix*, y no como comunicación comercial o *commercial speech*, y la identificación de la publicidad como información persuasiva, y no como expresión de pensamientos, ideas u opiniones.

## 2.1. El derecho a anunciar como categoría discursiva y la delimitación de discursos mixtos

En la Sentencia del Tribunal Supremo la publicidad se define como constitutiva de “una forma de comunicación realizada con fines de promoción de la celebración de contratos sobre bienes o servicios - artículo 2 de la Ley 34/1.988”. Esta escueta referencia a la LGP no recoge la riqueza y complejidad de la publicidad, tal y como se regula en dicha disposición legal y como se describe en este estudio. Pues bien, si no se atienden los criterios hermenéuticos que se han venido proponiendo a lo largo de este trabajo, y que se concretan ahora, atinentes a la naturaleza del marketing y a la naturaleza jurídica del derecho a anunciar, es fácil entender que el análisis pueda partir, equivocadamente, en mi opinión, de presunciones del tipo que se expresan en la Sentencia: “[...] discriminar en función de cuál sea la materia objeto de la comunicación impondría, con la consiguiente inseguridad, identificar múltiples categorías intermedias, difíciles de perfilar en una realidad tan multiforme [...]” (FD 5º).

Opiniones como la expuesta en la Sentencia implican una imposibilidad para que los jueces puedan establecer, en primerísimo lugar, si en un caso determinado puesto bajo su conocimiento, el discurso en juego es del tipo publicitario, que amerita menor protección que otros tipos de discurso, al hilo de estándares como el de *Central Hudson*, o tal y como lo hacen el TEDH y el TJCE. Este tipo de opiniones tienen el efecto de extender, sin más, plena cobertura a cualquier y todo tipo de discurso de personas jurídicas, exacerbando dificultades que ya se han observado en otras jurisdicciones, verbi gratia en el asunto Nike v Kasky, como consecuencia de una deficiente definición de lo que constituye publicidad. En palabras de RUBÍ PUIG:

Un caso reciente del Tribunal Supremo norteamericano relativo a las declaraciones de responsabilidad corporativa y a la participación de un agente comercial en un debate público ha puesto de relieve la existencia de un problema en la jurisprudencia sobre Commercial Speech: para mantener el estándar de protección de la libertad de expresión, deben definirse con claridad las fronteras entre lo que es publicidad y lo que es discurso público<sup>663</sup>

---

<sup>662</sup> Al respecto del uso del humor y la exageración en la publicidad ver: Lema Devesa, C., “La exageración publicitaria en el derecho español”, *Actas de Derecho Industrial*, 1978 (reeditado en Lema Devesa Ob. Cit. [2007], pp. 63 ss); y Tato Plaza [1996], ob. Cit. p.p. 37 ss.

<sup>663</sup> RUBÍ PUIG, ob. Cit, p. 354.

Ahora bien, tal y como ha quedado demostrado, en España no existe la misma dificultad que en los EE.UU., en virtud de la definición de publicidad que se establece en el artículo 2 de la LGP, la cual como se ha visto acota de tal forma el discurso que imposibilita un problema semejante, ya que la protección del discurso público permanece intacta, al margen de la publicidad comercial y su protección como ejercicio del derecho de libertad de empresa y de libertad de comunicar y recibir información veraz.

Es curioso que incluso los autores que tratan sobre este tema no reconozcan la dificultad que se apunta. Así, por ejemplo, RUBÍ PUIG, al no diferenciar el derecho a anunciar y la publicidad que se comunica en ejercicio de dicho derecho, de otras comunicaciones y prácticas comerciales, desconoce y contradice, tal y como sucede con la Sentencia, la voluntad expresa del legislador; ignora que en España la comunicación de este tipo de información se regula como una categoría discursiva perfectamente diferenciada, que en cualquier caso es desarrollo parcial y directo del derecho de libertad de empresa, y desarrollo parcial e indirecto del derecho de comunicar y recibir libremente información veraz. Es precisamente por virtud de la diferenciación que hace la LGP que en España no se deberían presentar las dificultades que en otras jurisdicciones se han suscitado a propósito de los discursos mixtos. En cualquier caso, no se puede ignorar la dificultad que supone definir la publicidad, a espaldas del artículo 2 LGP, de forma que se entienda sinónima de comunicación comercial, pues así, de forma encubierta se extiende la cobertura de derechos fundamentales a personas jurídicas. Defender la postura de la Sentencia requiere afrontar esta cuestión, no se puede simplemente ignorar, o afirmar, como hace algún autor, de forma escueta y tajante que: “Obviamente, no todos los derechos fundamentales [sic] individuales pueden ser ejercidos por personas jurídicas, pero si aquellos que, como la libertad de expresión pueden encontrar su origen en el desarrollo de la personalidad. No es objeto de este trabajo analizar la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas”<sup>664</sup>. Tal y como se argumenta en el siguiente apartado, al no poderse adscribir el derecho a anunciar al derecho de libertad del artículo 20.1.a), este argumento no es aplicable a la publicidad en España, tal y como se define y regula en la LGP.

En opinión de algunos autores, en España hace falta la consolidación de un concepto extralegal de publicidad. Así, por ejemplo, SANTAELLA afirma:

En principio, cabe considerar como comunicación publicitaria la que crean o ejecutan profesionalmente las agencias de publicidad y difunden a través de medios de publicidad. Ello supone que, en una caracterización general, el contenido del mensaje, a efectos de calificar la comunicación como publicitaria, es, en cierto modo irrelevante. Afirmación esta contraria al criterio legal del artículo 2 de la LGP, para el cual la finalidad de promover la contratación es determinante. Y ciertamente el criterio legal resulta acertado para caracterizar un tipo de publicidad—la publicidad comercial—, pero no a toda la publicidad, incluso la que legalmente recibe esta denominación, como ocurre con la publicidad electoral<sup>665</sup>

Desconocer la existencia de la LGP, de la rica y precisa definición que allí se contiene de “publicidad”, y de la realidad que define y regula, tal y como se verá, conlleva la construcción de una ficción que, ignorando las oportunísimas aportaciones del

---

<sup>664</sup> RUBÍ PUIG, ob. Cit. N.p.34 pp. 208 y 209

<sup>665</sup> SANTAELLA, ob. Cit., p. 63.

marketing, hace caso omiso a diferencias reales que se recogen en la LGP, y que a la postre sirve para incardinar de manera incorrecta el derecho a anunciar como ejercicio del derecho de libertad de expresión. Parecen más claras y acertadas las razones que fundamentan el criterio de autores como ROZADOS OLIVA, para quien: “La imposibilidad de contar con un concepto único de publicidad, y el diferente tratamiento de ésta a lo largo del ordenamiento jurídico, es un hecho constatable que además evidencia una realidad indiscutible: podríamos esforzarnos en llevar a cabo una acotación conceptual de la publicidad que nos permitiera su utilización en las múltiples variantes y formas que ésta encuentra”<sup>666</sup>. Por no encontrarse tal acotación conceptual ni en la doctrina ni en la jurisprudencia fue preciso plantear en el primer Capítulo de este trabajo la publicidad comercial como ejercicio y resultado del derecho a anunciar.

La publicidad definida y regulada en la LGP, atendiendo a los criterios hermenéuticos que proporciona la mercadotecnia, es única y exclusivamente aquella comunicación persuasiva realizada por un anunciante que, en desarrollo de la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional a la que se dedica, ejerce su derecho a anunciar mediante la divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial que se crean y comunican mediante la utilización de las herramientas publicitarias, de medios y promocionales que conforman el *promotional-mix* con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones identificados con signos distintivos que está autorizado a utilizar. En este orden de ideas, se pudo determinar que la publicidad así entendida es un tipo específico de comunicación comercial, la cual a su vez es una especie del género “prácticas comerciales”. Esta acotación es fundamental, pues distancia de forma clara la publicidad comercial tal y como existe en España, de otras formas de comunicación comercial, e incluso de prácticas comerciales que se considerarían como *commercial speech* en jurisdicciones como la norteamericana.

Así, tal y como se expuso en el Capítulo primero, la publicidad que se regula en la LGP no incluye manifestaciones tales como la publicidad corporativa, salvo que equivalga a promoción indirecta de la contratación de bienes y servicios, ni tampoco la publicidad que no sea realizada de forma profesional por un anunciante, las cuales sí se consideran prácticas comerciales del tipo comunicación comercial y *commercial speech*. También cabe recordar que otras técnicas, tales como las relaciones públicas, siempre se

---

<sup>666</sup> ROZADOS OLIVA, M. J., “Derecho Administrativo de la Publicidad”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 31 y ss. Continúa el citado autor: “Hemos de convenir que no es lo mismo vender un coche que anunciar una universidad, los logos de la gestión pública municipal, la difusión de las promesas de un partido político en plena campaña electoral o la información de una ONG o un ente social, ecologista, religioso, por poner algunos ejemplos. Entre estos casos hay notables diferencias que abarcan no solo a la forma del mensaje, sino al medio utilizado, el sujeto al que se dirige, y, sobretodo, la finalidad que persigue. En todos ellos se contiene un aspecto persuasivo, intrínseco al hecho publicitario, pero la intención que subyace en cada comunicación es, claramente, distinta.

Ello nos obliga a plantearnos el análisis del fenómeno publicitario teniendo en cuenta esta diversidad, en función de la cual podemos sin embargo convenir en la existencia de una tipología publicitaria que reconozca y ordene todas estas particularidades. En este sentido, se observa del mismo modo que las diferencias entre los regímenes jurídicos aplicables tienen en común la vertebración sobre los dos elementos nucleares de la publicidad: el mensaje y el medio. De este modo, atendiendo al primero de ellos, podemos encontrarnos con publicidad comercial, electoral o institucional, cada una de ellas con un tratamiento autónomo por el ordenamiento jurídico, justificado en la singularidad que las diferencias del resto. Y, en función del medio a utilizar, podemos distinguir entre publicidad audiovisual, exterior, aérea y telemática” (Ibidem).

consideran como práctica comercial del tipo comunicación comercial, independientemente de que se trate de una campaña de relaciones públicas de tipo corporativo, o de que se trate del uso de dichas herramientas promocionales en el contexto de una campaña publicitaria que busca promover la contratación directa o indirecta de bienes o servicios. Las relaciones públicas, en la medida en que sean gratuitas y no estén encaminadas a promover de forma directa o indirecta la contratación, no se podrán considerar como publicidad al tenor de lo establecido en el artículo 2 de la LGP.

Así pues, tal y como se ha apuntado con anterioridad, hablar de la práctica comercial denominada comunicación comercial incluye la publicidad entendida en términos legales—tal y como se define en la LGP—como el mensaje resultante del *promotional-mix* mediante el que un anunciante promueve de forma directa o indirecta sus bienes o servicios; lo que coincide con la tercera acepción de “publicidad” del DRAE: “Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”. Así pues, se recuerda que los términos “publicidad”, “comunicación comercial” y “discurso comercial” no son intercambiables, sino que existe entre ellos una relación de género y especie. Y, en cualquier caso, las declaraciones de responsabilidad social corporativa, la defensa frente a grupos de consumidores o la publicación de revistas corporativas, tal y como se argumenta más arriba, no constituyen publicidad a los efectos definidos en la LGP. Así pues, se reitera que es a todas luces equivocado y en extremo impreciso concluir que en España la publicidad es “cualquier discurso realizado por un participante en el tráfico económico [o] cualquier opinión sobre una cuestión referida al mercado o a la economía”<sup>667</sup>.

Ignorar la naturaleza propia de la publicidad, su dimensión mercadotécnica, resulta, como se ha dicho, en la incorrecta identificación de la publicidad, tal y como se define en el artículo 2 LGP con las comunicaciones comerciales. Un ejemplo interesante de la dificultad que supone dicho desconocimiento se evidencia en las palabras de RUIZ MUÑOZ, quien reconoce explícitamente que “la denominada *Directiva sobre las prácticas comerciales desleales* (2005/29/CE), que en su art. 2 al definir las prácticas

---

<sup>667</sup> RUBÍ PUIG en Op. Cit. P. 32. Ignorar la naturaleza propia de la publicidad, su dimensión mercadotécnica, resulta, como se ha dicho, en la incorrecta identificación de la publicidad, tal y como se define en el artículo 2 LGP con las comunicaciones comerciales. Un ejemplo interesante de la dificultad que supone dicho desconocimiento se evidencia en las palabras de RUIZ MUÑOZ, quien reconoce explícitamente que “la denominada *Directiva sobre las prácticas comerciales desleales* (2005/29/CE), que en su art. 2 al definir las prácticas comerciales incluye en el catálogo legal a las comunicaciones comerciales, y además lo hace como si fuese algo distinto a la publicidad que menciona justo a continuación, como si existiese una relación entre género y especie” (RUIZ MUÑOZ, ob. Cit. P. 90), no obstante opina que: “La cuestión no merece mucho detenimiento por- que hablar de publicidad y de comunicaciones comerciales es hablar de lo mismo. Así lo pone de manifiesto tanto el sentido general de la expresión publicidad como su concepto legal. El diccionario de la Academia de la lengua española lo entiende, en su tercera acepción, como divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc. Y ni que decir tiene que comunicación sin más es toda acción y efecto de comunicar o de comunicarse. Por tanto no parece que deban plantearse dudas desde este punto de vista” (RUIZ MUÑOZ, ob. Cit. P. 90). En opinión de este autor, la razón por la que la Directiva reconoce una relación de género y especie entre las prácticas comerciales y las comunicaciones comerciales, y entre estas y la publicidad, nada tiene que ver con la naturaleza económica y mercadotécnica de las mismas, tal y como se ha planteado y argumentado en esta investigación, sino que simplemente se debe a un “grave defecto lógico gramatical [...], porque incluye lo definido en la definición, pero sin mayor trascendencia”. (RUIZ MUÑOZ, ob. Cit. P. 91).

comerciales incluye en el catálogo legal a las comunicaciones comerciales, y además lo hace como si fuese algo distinto a la publicidad que menciona justo a continuación, como si existiese una relación entre género y especie”<sup>668</sup>, no obstante opina que:

La cuestión no merece mucho detenimiento por- que hablar de publicidad y de comunicaciones comerciales es hablar de lo mismo. Así lo pone de manifiesto tanto el sentido general de la expresión publicidad como su concepto legal. El diccionario de la Academia de la lengua española lo entiende, en su tercera acepción, como divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc. Y ni que decir tiene que comunicación sin más es toda acción y efecto de comunicar o de comunicarse. Por tanto no parece que deban plantearse dudas desde este punto de vista.<sup>669</sup>

En opinión de este autor, la razón por la que la Directiva reconoce una relación de genero y especie entre las prácticas comerciales y las comunicaciones comerciales, y entre estas y la publicidad, nada tiene que ver con la naturaleza económica y mercadotécnica de las mismas, tal y como se ha planteado y argumentado en esta investigación, sino que simplemente se debe a un “grave defecto lógico gramatical [...], porque incluye lo definido en la definición, pero sin mayor trascendencia”.<sup>670</sup>

Por ello, apreciaciones como las que se expresan en la Sentencia del 15 de enero de 2.010 que ahora se comenta, se basan en un desconocimiento de los fundamentos y de las implicaciones mercadotécnicas del artículo 2 de la LGP. Se opta, por tal motivo, por trasladar la problemática norteamericana en torno a las diferencias entre discurso comercial y discurso público a un entorno normativo, el español, en el que es imposible sostener tal distinción. El camino mediante el cual se sostienen opiniones tan diferentes a las que se defienden en la presente investigación se basa en la consideración, extraña a la doctrina mercadotécnica, según la cual: “En los últimos años, las empresas han desarrollado, además de publicidad convencional, otras políticas de comunicación empresarial, conocidas en la jerga del sector con los términos más bien ambiguos de ‘estrategias integrales de comunicación’”<sup>671</sup>. Tal y como se ha visto en páginas anteriores, independientemente de que las palabras utilizadas en este caso para referirse a la CMI le puedan resultar ambiguas a un lector desprevenido, lo cierto es que su contenido es harto específico, detallado y técnico. Con casi total seguridad, por consiguiente, de conocerse e integrarse a la definición de publicidad de la LGP, la conclusión a la que se llegaría sería muy distinta y coincidente con la que se expone y defiende en este trabajo.

La preocupación subyacente a esta lectura doctrinal, y ahora también jurisprudencial, radica en el hecho de que, al desconocerse las implicaciones del artículo 2 LGP que en este trabajo se detallan, se llega a la conclusión de que la “regulación [de declaraciones de responsabilidad social corporativa, revistas corporativas, y emplazamiento de producto], puede llegar a erosionar la opinión pública”<sup>672</sup>. No obstante, como se ha demostrado, esta preocupación resulta infundada en la medida en que los tres supuestos

---

<sup>668</sup> RUIZ MUÑOZ, ob. Cit. P. 90

<sup>669</sup> RUIZ MUÑOZ, ob. Cit. P. 90

<sup>670</sup> RUIZ MUÑOZ, ob. Cit. P. 91

<sup>671</sup> RUBÍ PUIG, Op. Cit. P. 351.

<sup>672</sup> RUBÍ PUIG, Op. Cit. P. 353.

planteados no son constitutivos de publicidad en España, por lo que la regulación de derecho a anunciar en nada toca a estos tres supuestos.

RUBÍ PUIG, uno de los autores que más ha insistido en la posición que aquí se critica, sostiene que “[u]na de las estrategias más utilizadas es el denominado *corporate*, que consiste en la gestión estratégica de la imagen corporativa de una empresa con el objetivo de revalorizar activos intangibles de sus sociedades, tales como la reputación o el valor de sus marcas”<sup>673</sup>. No obstante, como se desprende de la propia descripción que hace el autor, y tal y como se ha argumentado antes, este tipo de estrategias comunicativas sólo podrán ser consideradas como publicidad en la medida en que se articulen dentro de una campaña publicitaria que promueva la contratación, directa o indirectamente, de productos y/o servicios concretos, identificados en la publicidad. No es lógico suponer que la revalorización general de activos intangibles pueda considerarse como sinónimo de publicidad indirecta de bienes o servicios específicos ofertados por el anunciante en el mercado. Tal y como se ha apuntado antes, la mayoría de veces la publicidad corporativa o de imagen se ejecuta mediante contratos de patrocinio, o la financiación de eventos, campañas o de determinadas instituciones. Se busca con ello generar notoriedad de los nombres comerciales, cosa que en algunos casos incide de forma directa sobre los bienes o servicios identificados con las respectivas marcas (en caso de haber coincidencia entre el nombre comercial y la marca), constituyéndose en un típico ejemplo de publicidad tal y como se define en la LGP. En otros casos la incidencia sobre los productos o servicios merecerá la consideración de publicidad indirecta, tal y como se define en el artículo 2 de la LGP.

En este mismo sentido, vale la pena recordar que los artículos 2.29 y 2.30 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), en la que, entre otras cosas, se transpone la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre del 2007, definen el patrocinio y el patrocinio cultural de la siguiente forma:

2.29. Patrocinio. Cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos.

2.30. Patrocinio Cultural. Cualquier contribución de una Institución, Empresa o Fundación a la producción de obras audiovisuales, programas de radio y televisión y/o contenidos digitales de temática cultural, social o de promoción del deporte, con la finalidad de promocionar su actividad, marca y/o imagen o como expresión de su responsabilidad social corporativa.

Claramente, tal y como aquí se sostiene, toda promoción del nombre o de la actividad de un anunciante que no promueva de forma directa o indirecta la contratación de sus bienes o servicios no es publicidad a los efectos de la definición del artículo 2 de la LGP. Es decir, existe patrocinio publicitario comercial, que es del tipo de comunicación comercial que se identifica con la publicidad *promotional-mix* del artículo 2 de la LGP, y otro tipo de patrocinio, meramente corporativo que es un tipo de comunicación comercial, discurso o expresión comercial no constitutiva de publicidad. Recuérdese

---

<sup>673</sup> RUBÍ PUIG, op. cit. p. 351.

que el artículo 2.24 de la Ley 7/2010 define la comunicación comercial audiovisual en los siguientes términos: “Las imágenes o sonidos destinados a promocionar, de manera directa o indirecta, los bienes, servicios o imagen de una persona física o jurídica dedicada a una actividad económica. Estas imágenes o sonidos acompañan a un programa o se incluyen en él a cambio de una contraprestación a favor del prestador del servicio. En todo caso son formas de comunicación comercial audiovisual: el mensaje publicitario televisivo o radiofónico, el patrocinio, la televenta y el emplazamiento de producto”. En cualquier caso, como el emisor actúa siempre desde su posición en el mercado, es perfectamente lógico que en todos estos casos se entienda que la persona actúa, en primer lugar, amparado por su derecho de libertad de empresa, consagrado en el artículo constitucional 38.

Otra dimensión del patrocinio que hay que destacar es que con la entrada en vigencia de la Ley 7/2010 se define mediante el artículo 16 el derecho al patrocinio, en cabeza de los medios de comunicación. Establece dicho artículo que:

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a que sus programas sean patrocinados, excepto los programas de contenido informativo de actualidad.
2. El público debe ser claramente informado del patrocinio al principio, al inicio de cada reanudación tras los cortes que se produzcan o al final del programa mediante el nombre, el logotipo, o cualquier otro símbolo, producto o servicio del patrocinador.  
[subrayo]

Tal y como se observa, se articula un derecho, en cabeza de los medios de comunicación, que se fundamenta en la libertad de empresa de medios y anunciantes, y como se verá más adelante, en el derecho a recibir información veraz de los receptores de la información, en el que muy cuidadosamente se deslinda el patrocinio de las noticias, de los contenidos informativos veraces no persuasivos, y se recalca, en el numeral 2º, la importancia del principio de autenticidad, definido en el artículo 9 de la LGP en los siguientes términos: “Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”<sup>674</sup>. Pero quizás lo más atractivo es que la norma de forma expresa define el patrocinio, en el ámbito de la comunicación audiovisual como un tipo de comunicación comercial no constitutiva de publicidad comercial directa. Así, el numeral tercero del artículo 16 de la LGCA establece:

---

<sup>674</sup> Así mismo, cabe recordar que los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Real Decreto 2198/1976, de 23 de julio, por el que se dictan normas para la aplicación del principio de autenticidad en materia publicitaria, regulan el principio de autenticidad de la siguiente manera:

“Dos. Las publicaciones periódicas que acepten publicidad deberán hacer figurar en la cabecera de página, y en tipo de letra no inferior al menor de los utilizados en los textos, la palabra publicidad en recuadro, cuando toda la página contenga textos publicitarios, con la única excepción de las páginas dedicadas a los conocidos anuncios por palabras.

Tres. Cuando en la misma página se incluyan textos de información general y textos publicitarios estos últimos deberán ir deslindados perceptiblemente, mediante la utilización de «Viborillas» «Decanterados», «Corondeles», etc., de acuerdo con la declaración pertinente hecha en el Registro Oficial de Empresas Periodísticas, añadiendo al final del mensaje publicitario la inicial «R» (de remitido) entrecorrida y de no menos de cinco milímetros de altura”.



3. El patrocinio no puede condicionar la independencia editorial. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a éstos. Además, el patrocinio no puede afectar al contenido del programa o comunicación audiovisual patrocinados ni a su horario de emisión de manera que se vea afectada la responsabilidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual. [subrayo]

En cualquier caso, la publicidad corporativa que no promueva la contratación directa o indirecta de bienes o servicios específicos, determinables, ofrecidos por el anunciante no podrá considerarse como publicidad comercial en España, aún cuando sea comunicación comercial. Igualmente, los esfuerzos de relaciones públicas mediante los que las empresas se comunican con la sociedad en general, o con grupos específicos de consumidores o *stakeholders*, con el fin antes descrito de gestionar estratégicamente la imagen corporativa con el fin de valorizar sus activos intangibles únicamente se podrá considerar como publicidad en la medida en que se pueda demostrar que existe promoción directa o indirecta de bienes o servicios individualizables. A este respecto conviene traer nuevamente a colación el artículo segundo del Real Decreto 2198/1976, del 23 de julio, en el que se establece en su primer numeral:

Se entiende por información de relaciones públicas a efectos de este Decreto, aquella que tienda a la creación y mantenimiento de unas comunicaciones sociales eficaces entre una persona natural o jurídica y sus públicos, cuyo objeto sea el establecimiento de un clima de confianza entre ambos y que, considerada con suficiente interés general para los públicos de la publicación o medio de difusión justifique a juicio de la Administración y Dirección de los mismos, la ocupación del espacio correspondiente sin contrapartida económica alguna. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo treinta y ocho, número dos de la Ley de Prensa e Imprenta, esta información deberá identificar en todo caso la fuente de la noticia. [subrayo]

Se ve muy claramente como la misma norma se encarga de diferenciar de forma nítida las relaciones públicas de la publicidad comercial. El objeto de una y otra es fundamentalmente diferente. La comunicación en las relaciones públicas, la información de relaciones públicas se origina por la persona natural o jurídica que en el contexto de la publicidad comercial correspondería al anunciante, pero no es realizada por este, sino por los medios de comunicación, que escogen libremente volver noticia dicha información. A mayor abundamiento se recuerda el tenor del segundo numeral del citado artículo, según el cual:

Esta obligación se extiende asimismo a la información de relaciones públicas que, no reuniendo las características anteriores, sea publicada mediante el pago correspondiente al espacio utilizado en el medio. En este caso deberán aparecer al término de la misma las iniciales «R. P.» (relaciones públicas) entrecomilladas y de no menos de cinco milímetros de altura, en los medios impresos y en sobreimpresos o mencionada en el audio la expresión completa «relaciones públicas», en los medios audiovisuales.

No podría ser pues más claro que, cuando la información de relaciones públicas se realiza, mediante pago, por quien genera la información, es decir, en este caso sí por el anunciante, la información no adquiere la relevancia de noticia, y por ende, al ser mera información publicitaria, verdadera publicidad comercial, debe cumplir con los requisitos que se desprenden del principio de autenticidad.

También expresa su preocupación RUBÍ PUIG en el sentido de que “[e]ntre las tendencias de gestión visual de marca, destaca la elaboración de *websites*, cada vez

mejor cuidados y más sofisticados. Otra tendencia emergente, que aquí interesa especialmente, es la aparición de publicaciones periódicas de carácter gratuito<sup>675</sup>. En ambos casos, cae de su propio peso el hecho de que se trata de soportes, de medios de comunicación, que podrán contener publicidad, y otros tipos de información u opiniones que evidentemente no constituirán publicidad. Esto se evidencia en los mismos ejemplos que se proponen en el texto citado: “Por ejemplo, los clientes de algunos supermercados reciben periódicamente una publicación con información general y sobre alimentación; los socios de algunos gimnasios reciben mensualmente una revista sobre información deportiva y salud; y los pasajeros de determinadas compañías aéreas pueden leer una revista sobre viajes durante el vuelo”<sup>676</sup>. En ninguno de los casos que se traen a colación, en virtud del régimen legal de la publicidad comercial en España, se puede decir que se esté frente a discursos mixtos, pues los mensajes en tales revistas o sitios de interés, al igual que sucede en todos los medios de comunicación deben respetar el principio de autenticidad, que tal y como se ha dicho, conlleva la obligación para medios y anunciantes de deslindar y desvelar de forma inequívoca la publicidad comercial en todo soporte.

También habría que añadir que en España el emplazamiento de productos, o *product placement*, está regulado en la Ley 7/2010, la cual lo define en el artículo 2.31 así: “Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa”. Acto seguido, el artículo 2.32 define la comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta así:

La presentación verbal o visual, directa o indirecta, de los bienes, servicios, nombre, marca o actividades de un productor de mercancías o un prestador de servicios en programas de televisión, distinta del emplazamiento del producto, en que tal presentación tenga, de manera intencionada por parte del prestador del servicio de comunicación audiovisual, un propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a la naturaleza de dicha presentación. Esta presentación se considerará intencionada, en particular, si se hace a cambio de contraprestación a favor del prestador de servicio.

Como se ve, la diferencia fundamental entre el emplazamiento de productos, que como se ha visto es una técnica promocional de marketing alternativo que como tal forma parte de la publicidad entendida como *promotional-mix*, y la comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta radica en el respeto del principio de autenticidad que se exige del emplazamiento de productos. Tal y como se recoge en los artículos 4.6 y 6.5 de la mencionada Ley, el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural y el derecho a una comunicación audiovisual transparente incluyen derechos de los receptores de la información, derivados del principio de autenticidad, que se definen respectivamente así: “Todas las personas tienen el derecho a ser informados de los acontecimientos de interés general y a recibir de forma claramente diferenciada la información de la opinión” (art. 4.6); y “Todas las personas tienen el derecho a que la comunicación comercial esté claramente diferenciada del resto de contenidos audiovisuales, en los términos previstos por la normativa vigente” (art. 6.5).

---

<sup>675</sup> RUBÍ PUIG, Ob. Cit., p. 351.

<sup>676</sup> Ibidem

Ahora bien, tal y como sucede en el caso del patrocinio, también la Ley consagra en cabeza de los medios de comunicación el derecho al emplazamiento de productos. Reza el artículo 17:

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir con emplazamiento de productos largometrajes, cortometrajes, documentales, películas y series de televisión, programas deportivos y programas de entretenimiento. En el resto de programas únicamente se podrá realizar el emplazamiento de productos a cambio del suministro gratuito de bienes o servicios, así como las ayudas materiales a la producción o los premios, con miras a su inclusión en un programa.
2. Cuando el programa haya sido producido o encargado por el prestador del servicio o una de sus filiales, el público debe ser claramente informado del emplazamiento del producto al principio y al final del programa, y cuando se reanude tras una pausa publicitaria.
3. El emplazamiento no puede condicionar la independencia editorial. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamientos de bienes o servicios, realizar promociones concretas de éstos o dar prominencia indebida al producto.
4. Queda prohibido el emplazamiento de producto en la programación infantil.

Así pues, el emplazamiento de productos es constitutivo de publicidad comercial, pero en atención al principio de autenticidad, solo se puede realizar de forma indirecta, valga decir, con la mera presentación de las marcas que identifican a los respectivos bienes o servicios, pero no de forma directa, es decir, incluyendo no ya sólo el emplazamiento del producto sino información persuasiva constitutiva de mensaje publicitario. Recuérdese que el artículo 2.25 de la Ley 7/2010 define los mensajes publicitarios así: “Toda forma de mensaje de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con objeto de promocionar el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes inmuebles, derechos y obligaciones”.

Finalmente, antes de pasar al estudio de la relación entre publicidad y los derechos de libertad del artículo 20 de la Constitución española, conviene recordar que el artículo 14 de la Ley 7/2010 define un derecho muy específico, correlato necesario del derecho a anunciar que se defiende en esta investigación, y que no es más que el derecho a emitir mensajes publicitarios:

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, ya sean servicios radiofónicos, televisivos o conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios.

Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva pueden ejercer este derecho mediante la emisión de 12 minutos de mensajes publicitarios por hora de reloj. Los servicios radiofónicos, conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios libremente.

Para el cómputo de esos 12 minutos se tendrá sólo en cuenta el conjunto de los mensajes publicitarios y la televenta, excluyéndose el patrocinio y el emplazamiento. También se excluirá del cómputo la telepromoción cuando el mensaje individual de la telepromoción tenga una duración claramente superior a la de un mensaje publicitario y

el conjunto de telepromociones no supere los 36 minutos al día, ni los 3 minutos por hora de reloj.

2. Tanto los mensajes publicitarios en televisión como la televenta deben estar claramente diferenciados de los programas mediante mecanismos acústicos y ópticos según los criterios generales establecidos por la autoridad audiovisual competente. El nivel sonoro de los mensajes publicitarios no puede ser superior al nivel medio del programa anterior.

3. En la emisión de publireportajes, telepromociones y, en general, de aquellas formas de publicidad distintas de los anuncios televisivos que, por las características de su emisión, podrían confundir al espectador sobre su carácter publicitario, deberá superponerse, permanentemente y de forma claramente legible, una transparencia con la indicación «publicidad».

4. Los mensajes publicitarios en televisión deben respetar la integridad del programa en el que se inserta y de las unidades que lo conforman. La transmisión de películas para la televisión (con exclusión de las series, los seriales y los documentales), largometrajes y programas informativos televisivos podrá ser interrumpida una vez por cada periodo previsto de treinta minutos. En el caso de los programas infantiles, la interrupción es posible una vez por cada periodo ininterrumpido previsto de treinta minutos, si el programa dura más de treinta minutos.

Las retransmisiones de acontecimientos deportivos por televisión únicamente podrán ser interrumpidas por mensajes de publicidad aislados cuando el acontecimiento se encuentre detenido. En dichas retransmisiones, dispongan o no de partes autónomas, se podrán insertar mensajes publicitarios siempre que permitan seguir el desarrollo del acontecimiento.

No se insertará publicidad televisiva ni televenta durante los servicios religiosos.

Así pues, se refuerza la lectura de la publicidad como ejercicio del derecho a anunciar. Se entiende que en el ejercicio del derecho a anunciar, por parte de anunciantes y medios, se concreten los límites y condiciones del mismo, y que no se pueda establecer en cabeza de las agencias de publicidad un derecho semejante, pues estos siempre intervienen en la creación y difusión de los mensajes no de forma libre, en ejercicio de derechos como los derivados del artículo 20.1.a), b) o c) de la Constitución, sino que siempre lo harán mediante un contrato laboral o de prestación de servicios profesionales, y siempre y en todo caso bajo el encargo, la supervisión y dirección del anunciante. Recuérdese que la LGP establece lo siguiente: “Son agencias de publicidad las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante” (art. 8 LGP); “El anunciante tiene derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad” (art.10 LGP); y “Si la publicidad no se ajustase en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del anunciante, éste podrá exigir una rebaja de la contraprestación o la repetición total o parcial de la publicidad en los términos pactados, y la indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios que se le hubieren irrogado” (art. 15 LGP).

Así, se debe reconocer que la publicidad en España, tal y como se regula en las normas que se han traído a colación, es el resultado del ejercicio del derecho a anunciar de anunciantes y en algunos casos de medios. Es, tal y como se ha precisado, comunicación persuasiva realizada por un anunciante que, en desarrollo de la actividad

comercial, industrial, artesanal o profesional a la que se dedica, ejerce su derecho a anunciar. Derecho a anunciar que ejercita mediante la divulgación de información persuasiva de carácter comercial que se crea y comunica mediante la utilización de las herramientas publicitarias, de medios y promocionales que conforman el *promotional-mix*, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones identificados con signos distintivos que está autorizado a utilizar.

No es pues, “cualquier discurso realizado por un participante en el tráfico económico [o] cualquier opinión sobre una cuestión referida al mercado o a la economía”<sup>677</sup>, sino que se trata de una especie de las comunicaciones comerciales, las cuales también, como se ha explicado, son a su vez tipos del género “prácticas comerciales”. Lo cual es radicalmente diferente a la situación del *commercial speech* en los EE.UU., en donde, al no contar con un régimen legal como el español, ha sido la jurisprudencia la que ha limitado el *commercial speech*. Y lo ha hecho, como ya se ha puesto de relieve, como una categoría ambigua en la que caben, según el criterio del tribunal, tanto la publicidad, entendida como *promotional-mix*—al hilo de la segunda acepción de dicha voz—como también la publicidad entendida como herramienta promocional—que equivale a la “publicidad” según se define en la tercera acepción de dicha voz—pero, adicionalmente también puede incluir otros tipos de comunicación que coincidiendo con la categoría de comunicación comercial, o incluso de prácticas comerciales, nunca podrían considerarse como publicidad a efectos de los establecido en el ordenamiento jurídico español. En definitiva, la regulación de la publicidad comercial en España equivale a la regulación de la publicidad profesional de los anunciantes, de su derecho a anunciar, lo cual conlleva necesariamente no sólo la limitación del derecho de libertad de empresa de éstos, sino también de los medios de comunicación, tal y como hasta ahora se ha expuesto.

## 2.2. La publicidad y los derechos de libertad de expresión y de información

### a) El artículo 20 de la Constitución española y el derecho a anunciar

Cómo se recordará, el artículo 20 de la Constitución española establece:

1. Se reconocen y protegen los derechos:
  - a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
  - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
  - c) A la libertad de cátedra.
  - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

---

<sup>677</sup> RUBÍ PUIG, Op. Cit. P. 32.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
3. La Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.
4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan 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.
5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

Destacan, en primer lugar y para efectos de lo que ahora interesa, dos hechos. El primero es que al igual que sucede en el CEDH y en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y a diferencia de lo que sucede en la Constitución estadounidense, el artículo 20 de la Constitución española reconoce como componentes específicos, distinguibles, del derecho de libertad de expresión propiamente dicho (art. 20.1.a) CE), el derecho a comunicar información veraz y el derecho a recibirla libremente (art.20.1.d) CE).<sup>678</sup> El segundo es que de igual modo, la CE, el CEDH y el PIDCP consagran la salvedad de que los derechos de libertad de expresión y de información pueden limitarse para garantizar el respeto de otros derechos e intereses. Tal y como afirma VILLAVERDE MENÉNDEZ, con relación a la importancia de la provisión del artículo 20.4 CE en el contexto de los tres derechos fundamentales, a opinar, a informar y a recibir información libremente, ésta “ha sido la clave de bóveda de la dogmática constitucional de aquellos tres derechos fundamentales construida por el Tribunal Constitucional”.<sup>679</sup>

Para el caso de la presente investigación, más que la relación con los derechos enunciados en el artículo 20.4 de la CE, interesa destacar la relación con otros tres derechos reconocidos en ese Título: el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) y los derechos de los consumidores (art. 51 CE). De hecho, tal y como ya se ha comentado, toda la legislación de defensa de la competencia y de defensa de los consumidores que regula la publicidad, lo hace limitando el discurso publicitario, y por ende el derecho de libertad de empresa de los anunciantes, y de forma mediada por éste su derecho de comunicar libremente

---

<sup>678</sup> El artículo 19 del PIDCP establece:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

<sup>679</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO, “La Libertad de Expresión”, en CASAS BAAMONDE, M. E. & RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), “Comentarios a la Constitución española”, Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008, p.473

información veraz, con el fin de garantizar los derechos de los consumidores y unas condiciones que permitan la más plena realización posible de la libre competencia en el mercado.

Para el Tribunal Constitucional español la distinción operada mediante los artículos 20.1.a) y 20.1.d) CE es incontrovertible, y responde al hecho de que los bienes jurídicos tutelados son diversos, como es diversa la opinión de la información veraz. Por ello, la interpretación consolidada del contenido del artículo 20, literales 1.a) y 1.d) CE del Tribunal Constitucional exige que, en primer lugar, se identifique el discurso como opinión o como información, para luego poder proceder a aplicar el canon que corresponda. En Sentencia del 21 de enero de 1988 el Tribunal sostuvo:

Como hemos dicho antes, el recurrente funda su petición de amparo tanto en la libertad de expresión, consagrada por el arto 20.1 a) de la Constitución, como en el derecho a la información reconocido en el apartado 1 d) del mismo artículo; cita conjunta que obliga a dilucidar cuál de los dos derechos o libertades se encuentra en juego en el presente caso, pues es lo cierto que, aunque algunos sectores doctrinales hayan defendido su unificación o globalización, en la Constitución se encuentran separados. Presentan un diferente contenido y es posible señalar también que sean diferentes sus límites y efectos, tanto *ad extra* como *ad intra*, en las relaciones jurídicas, especialmente las de carácter laboral. En que quien ejerce el derecho fundamental se puede encontrar unido con otras personas. En el arto 20 de la Constitución la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse noticiables. (STC 6/1988, 21 de enero, F. J. 5)

Posteriormente, el 6 de junio de 1990 profundizó en la elaboración de los cánones de constitucionalidad así:

El Tribunal ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas: campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica garantizada por el arto 16.1. C.E., según señalamos en nuestra STC 20/1990. Por el contrario, cuando se persigue, no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente exigirse de juicios o evaluaciones personales y subjetivas. (STC 105/1990, de 6 de junio, F. J. 4.a))

Más recientemente, en Sentencia del 4 de junio de 2007, se recoge la formulación que se ha estandarizado ya, y que repite el Tribunal en diversos pronunciamientos:

[...] es menester recordar la consolidada doctrina de este Tribunal sobre el distinto contenido que cada una de estas libertades [de expresión y de información] protege y reconoce. La libertad de expresión consistiría en el derecho a formular juicios y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, por lo que el campo de acción vendría sólo determinado por la ausencia de expresiones

indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas. Por el contrario, cuando lo que se persigue es suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, estaríamos ante la libertad de información; entonces, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz. [Subrayo, STC 139/2007, de 4 de junio, F J. 6]

Tal y como se sostiene en el Capítulo II de esta investigación, resulta impreciso afirmar que la publicidad tiene una doble faz informativa y persuasiva, y mucho más suponer que tal distinción aleja la publicidad de la órbita de la información para acercarla a la de la expresión. La publicidad es en esencia información persuasiva, indistintamente de que en un determinado mensaje primen los contenidos informativo-rationales o cognitivos, o afectivo-simbólicos. La publicidad es el resultado del ejercicio del derecho a anunciar, es comunicación de información persuasiva mediante la que se busca potenciar el consumo de un producto o servicio identificado con una marca específica. El uso de una u otra clase de apelación publicitaria—informativa/racional o emocional—para la creación de una campaña y de anuncios concretos dependerá, como se ha visto, de consideraciones sobre el producto, el target, etc., pero en cualquier caso el uso de las herramientas publicitarias se enfocará siempre en lograr asociar a la marca de la que se trate, o bien una información particular, o bien el recuerdo de unas emociones que la publicidad busca suscitar con su comunicación, una especie de información emocional.

Desde el punto de vista de la economía también se expuso en Capítulo II cómo es que la única razón económica que justifica la existencia de la publicidad, y por ende la única razón que realmente justifica su existencia como comunicación de mercado, se fundamenta en que la misma sirve para comunicar información útil para la realización de decisiones de consumo bien informadas, contribuyendo así a corregir asimetrías de información en el mercado. No obstante, se vio también que la publicidad es en realidad simultáneamente causa y efecto de la imperfección del mercado. Los contenidos informativos se han sacrificado y sustituido por “información inútil”, en términos de elección racional, que aumenta la asimetría generando un mayor detrimento de la eficiencia y la equidad en el mercado. Esta “información inútil”, que no deja de ser información por ser “inútil”, que se introduce en el mercado no sólo no sirve, por lo general, para facilitar la producción de resultados eficientes y equitativos mediante la toma de decisiones de consumo bien informadas, sino que incluso puede llegar a generar una verdadera desinformación basada en la “emocionalización” del consumo. La emocionalización del consumo, como se vio, implica la utilización de mecanismos heurísticos que consolidan el consumo irreflexivo, aumentando así la imperfección competitiva del mercado. Es decir, se trata de información inútil para el consumidor, pero de suma utilidad para el anunciante.<sup>680</sup>

#### *b) Fundamento y límites del derecho a anunciar: La veracidad como elemento esencial de la publicidad*

Tal y como se ha visto, todos los Tribunales que han tratado la relación entre publicidad y libertad de expresión, en sentido lato, no han dudado en reconocer la primacía de la función informativa de la publicidad, tanto en EE.UU. como por parte del TEDH. Al

---

<sup>680</sup> Cfr. Capítulo I.1.



punto que, precisamente con base en la importancia de la función informativa de la publicidad es que se protege en sede constitucional o convencional, a efectos de garantizar la libertad de comunicar y recibir información veraz, y muy concretamente para garantizar el derecho de los destinatarios a recibir información comercial veraz y oportuna. La regulación de la publicidad, en muchos casos, no es más que la concreción del principio de veracidad, consustancial al derecho de libertad de informar y recibir información. La importancia del principio de veracidad en la regulación de la publicidad es una muestra clarísima de la naturaleza informativa de la publicidad, que como se ha visto no se puede exigir de la opinión, o de los “juicios o evaluaciones personales y subjetivas”. Es decir, el ordenamiento jurídico todo, concibe y trata la publicidad como manifestación del derecho a comunicar y recibir información, de otra forma no podría explicarse que su regulación fuera en gran medida regulación de la veracidad de su contenido. La falta de veracidad en la publicidad no ya sólo acarrea una total desprotección bajo el derecho de libertad de información del artículo 20 CE, sino que además acarreará sanciones para el anunciante, y en algunos casos para los medios de comunicación. Tal y como afirma GARCÍA GUERREO:

Sintetizando la jurisprudencia constitucional, puede afirmarse que la veracidad no es propiamente un límite, sino una exigencia intrínseca para obtener la tutela del derecho. La veracidad requerirá pluralismo informativo, diligencia profesional, y que no se omita intencionadamente parte del contenido informativo. Esta doctrina puede considerarse aplicable al campo publicitario, donde se establecen criterios más rígidos.<sup>681</sup>

Tal y como se ha tenido ocasión de señalar, la falta de veracidad en la publicidad es un delito, tipificado en el artículo 282 del Código Penal en los siguientes términos:

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos

Adicionalmente, los artículos 5.1, 7 y 9 de la LCD sancionan la falta de veracidad de la publicidad como actos de engaño, omisiones engañosas y actos de denigración; y los artículos 21 y 26 de la mentada Ley sancionan también la ausencia de veracidad en la publicidad como prácticas engañosas y como prácticas comerciales encubiertas.<sup>682</sup>

---

<sup>681</sup> GARCÍA GUERRERO, ob. Cit. P. 95.

<sup>682</sup> Los citados artículos establecen: “**Artículo 5. Actos de engaño** 1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos: a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio. b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio. c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones. d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el empresario o profesional o el bien o servicio son objeto de un patrocinio o una aprobación directa o indirecta. e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio. f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado, salvo que exista un pacto posterior entre las partes aceptando tal

También hay que recordar que es derecho básico de los consumidores y usuarios, acceder a “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitarle el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo y disfrute” (Art. 8.d) LGDCU), ello en línea con el mandato constitucional del artículo 51.2: “Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca”.

*c) La sorprendente interpretación de la STS de 15 de enero de 2.010.*

En el Fundamento de Derecho Quinto, de la Sentencia del 15 de enero de 2010, el Tribunal analiza la relación entre publicidad y los derechos de libertad del artículo constitucional 20.1.a). Es de subrayar que el Tribunal no aborda la cuestión de la supuesta violación del artículo 20.1.b) alegada por los recurrentes, ni mucho menos la relación de la publicidad con el artículo 20.1d). El Tribunal hace un recuento de los antecedentes jurisprudenciales estadounidenses, del TEDH y del TJCE, y recalca, entre otras cosas, que el Tribunal Supremo norteamericano :

---

modificación. g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido. h) Los derechos legales o convencionales del consumidor o los riesgos que éste pueda correr. [...]”.

**“Artículo 7. Omisiones engañosas** 1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto. 2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. Cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios”.

**“Artículo 9. Actos de denigración** Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”.

**“Artículo 21. Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad** 1. Se reputan desleales por engañosas, las prácticas comerciales que afirmen sin ser cierto: a) Que el empresario o profesional está adherido a un código de conducta. b) Que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o cualquier otro tipo de acreditación. c) Que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización. 2. La exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización, es igualmente, en todo caso, una práctica comercial desleal por engañosa.”

**“Artículo 26. Prácticas comerciales encubiertas** Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario.”

[...] cambió su doctrina sobre el "comercial speech" - sentada en la decisión del caso *Valentine c. Chrestensen* - y declaró que la publicidad no era extraña al ámbito de protección ofrecido por la Primera Enmienda - caso *Bigelow c. Virginia* y los numerosos que, con matices, al mismo han seguido -, pues, pese a su contenido mercantil, proporciona información sobre productos y servicios de utilidad para el público y, al fin, para un correcto funcionamiento del mercado regido por las leyes de la oferta y la demanda, conforme a las que al consumidor corresponde emitir un voto económico; y que ello no significa que la publicidad no pueda soportar medidas restrictivas, siempre que sean necesarias para el interés público y razonablemente proporcionadas. [subrayo]

Al citar la jurisprudencia europea, recuerda que el TEDH, en el asunto *Casado Coca*:

[...] negó que, en el supuesto enjuiciado, hubiera resultado violado el artículo 10, pero formuló expresa declaración de que dicho precepto - que, en su apartado 1, incluye la libertad de recibir y comunicar información como contenida dentro de la libertad de expresión - "no distingue según la naturaleza lucrativa o no del fin perseguido", así como que establecer una diferencia de trato al respecto podría significar discriminación. Por ello, siguiendo su anterior doctrina, precisó dicho Tribunal que el artículo 10 no resulta "aplicable solamente a ciertos tipos de informaciones, ideas o formas de expresión..., especialmente a las de naturaleza política", sino que también lo es a las "informaciones de carácter comercial o, incluso,... los mensajes publicitarios difundidos por cable..." [subrayo]

Resulta pues muy extraño que, tras reconocer expresamente que el derecho de libertad de información se constituye en el nexo que justifica la protección de la publicidad bajo los derechos de libertad de expresión—y que tanto en el CEDH como en la Constitución española se reconoce dicho componente como derecho autónomo dentro de la matriz de derechos de libertad de expresión en sentido amplio—pueda el Tribunal dar la razón a los recurrentes en el sentido de que la alusión al

[...] artículo 20, apartado 1, letra a), de la Constitución Española resulta adecuada, por las razones que han quedado expuestas y porque el mensaje de que se trata, aunque no carente de un contenido informativo para quien estuviera en trance de decidirse sobre la compra de un automóvil, emitió fundamentalmente juicios de valor sobre las relaciones dentro de una empresa, sobre los signos que las exteriorizan, sobre la comparación entre productos. [FJ. 6º]

Como se ha dicho, acoge las pretensiones y las razones de los recurrentes, sin estudiar la vinculación alegada por los recurrentes entre la publicidad y los derechos de libertad del artículo constitucional 20.1.b), relativo al derecho de expresión y creación, ni mucho menos con los del 20.1.d), relativo al derecho a recibir información, que se defienden en esta investigación, y sin justificar—y en contra de toda la jurisprudencia, del sentido literal, sistemático y teleológico de la Constitución y de las normas que regulan la materia en España, y de las aportaciones de la mercadotecnia—por qué la publicidad se debe proteger como expresión y no como información, y por qué este derecho se debe extender a las personas jurídicas. Esta desconcertante afirmación desconoce las mismas razones en las que se supone fundamentada dicha opinión, ya que, como se ha visto, no existen antecedentes, ni en los EE.UU. ni en la UE que soporten la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo español. Es de recordar que en el caso de *Central Hudson* el Tribunal Supremo norteamericano, declaró, a pesar de que la Primera Enmienda no hace referencia explícita al derecho a comunicar y recibir información veraz libremente, que:

La protección que la Primera Enmienda brinda al discurso comercial se basa en la función informativa de la publicidad. Consecuentemente, no puede existir objeción constitucional con respecto a la supresión de mensajes comerciales que no informen de forma precisa al público acerca de actividades lícitas. La Administración puede prohibir formas de comunicación que más que informar al público posiblemente generen un engaño, o discurso comercial relacionado con actividades ilegales<sup>683</sup>

Ahora bien, dicho esto, conviene recordar nuevamente la Sentencia del Tribunal Supremo español que ahora se comenta. Allí se dice:

Por otro lado, discriminar en función de cuál sea la materia objeto de la comunicación impondría, con la consiguiente inseguridad, identificar múltiples categorías intermedias, difíciles de perfilar en una realidad tan multiforme - hay informaciones de contenido supuestamente trascendente que no tienen otro fin que el meramente publicitario, del mismo modo que hay mensajes comerciales con un alto interés informativo para el consumidor o, incluso, que, no obstante su escasa utilidad aparente, contribuyen a que el destinatario emita su voto económico en el mercado estando mejor informado, a causa del significado que tiene la mera participación del anunciante en la costosa actividad publicitaria... -.

Pues bien, tal y como se argumenta en el literal anterior, “discriminar en función de cuál sea la materia objeto de la comunicación” impone, por voluntad expresa del legislador español, sin que ello conlleve inseguridad alguna, sino más bien todo lo contrario, “identificar múltiples categorías intermedias” que, a pesar de que puedan parecer “difíciles de perfilar en una realidad tan multiforme”, de hecho lo están. Y ello en virtud de la naturaleza misma del discurso publicitario, del marketing, y de forma acertada y coincidente mediante la definición realizada por la LGP en relación con el anunciante, tal como ya se ha puesto de relieve. Ahora bien, lo más sorprendente son los tres ejemplos aludidos en la Sentencia. No sólo porque en los tres casos se hace referencia explícita a la importancia informativa de la publicidad, y en ninguna parte se encuentra fundamentación que justifique entender la publicidad como ejercicio del derecho de libertad de expresión propiamente dicho—ni mucho menos por qué se la ha de extender a una persona jurídica—, sino porque los tres ejemplos corresponderían a casos típicos de publicidad, tal y como se define en la LGP.

Las “[...] informaciones de contenido supuestamente trascendente que no tienen otro fin que el meramente publicitario, [...]” son publicidad, siempre y cuando se emitan por un anunciante. Del mismo modo, los “[...] mensajes comerciales con un alto interés informativo para el consumidor [...]”, si son emitidos por el anunciante y promueven la contratación directa o indirecta de sus productos o servicios, se consideran publicidad a efectos de lo establecido en el artículo 2 de la LGP. Finalmente, los mensajes comerciales que, “[...] no obstante su escasa utilidad aparente, contribuyen a que el destinatario emita su voto económico en el mercado estando mejor informado, a causa del significado que tiene la mera participación del anunciante en la costosa actividad publicitaria”, constituyen de igual forma publicidad. Es decir, en el Fundamento de

---

<sup>683</sup> “*The First Amendment's concern for commercial speech is based on the informational function of advertising. Consequently, there can be no constitutional objection to the suppression of commercial messages that do not accurately inform the public about lawful activity. The government may ban forms of communication more likely to deceive the public than to inform it, or commercial speech related to illegal activity*”, (*Central Hudson Gas & Electric Corporation v Public Service Commission of New York* 447 US 557, 561, 563-564 (1980), se omiten referencias).

Derecho 5º de la Sentencia se subrayan tres casos típicos de publicidad para destacar la importancia informativa de la misma. Ahora bien, tal y como se ha visto, en el caso de que faltare alguno de estos tres elementos: anunciante, referencia a un producto o servicio determinado o promoción directa o indirecta del mismo, no se estaría frente a publicidad, por lo que, tal discurso sería ejercicio puro y simple del derecho a recibir información veraz, es decir, sin estar mediado, como lo está la publicidad, tal y como se verá más adelante, por otros derechos como los consagrados en los artículos 38 y 51 de la CE.

Como es natural, el Tribunal reconoce desde un primer momento que en la realidad los discursos “químicamente puros” no existen; que en la realidad se entremezclan necesariamente contenidos valorativos con otros informativos. Por ello, desarrolla el canon del elemento predominante, según el cual:

Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión. Ello aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del arto 20, al elemento que en ellos aparece como preponderante. La comunicación informativa, a que se refiere el apartado d) del arto 20.1 de la Constitución versa sobre hechos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Lingens, Sentencia de 8 de julio de 1976) y sobre hechos, específicamente, «que pueden encerrar trascendencia pública» a efectos de que «Sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva», de tal forma que de la libertad de información -y del correlativo derecho a recibirla- «es sujeto primario la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho» (Sentencia 105 de 1983, de 23 de noviembre, fundamento jurídico 11).<sup>684</sup>

Tras el pronunciamiento que se acaba de citar, se ha reiterado y afinando este canon del elemento predominante, el cual ahora se expresa de forma recurrente e invariable con las siguientes palabras: “Ciertamente, resultará en ocasiones difícil o imposible separar, en una misma exposición, los elementos que pretenden informar de los dirigidos a valorar, y en tal caso habrá de atenderse al elemento predominante”<sup>685</sup>.

En atención al canon del elemento predominante, siempre que se esté frente a publicidad, tal y como se entiende al hilo del artículo 2 de la LGP—es decir, siempre y cuando concurren los tres elementos a los que antes se hace alusión: 1º. Que el anuncio sea emitido por un anunciante, tal y como se define en la LGP; 2º Que en el anuncio se haga referencia explícita a un producto o servicio determinado, pues de lo contrario sería imposible que se cumpliera con el último requisito; a saber, 3º. Que el anuncio promocióne de forma directa o indirecta el consumo o el uso del bien o servicio identificado—necesariamente se habrá de concluir que el canon aplicable es el de la veracidad, toda vez que lo que caracterizará a la comunicación, independientemente de las opiniones, ideas, o emociones que pretendan transmitir, es el hecho de que se trata

---

<sup>684</sup> STC 6/1988, 21 de enero, FJ. 5

<sup>685</sup> STC 139/2007, de 4 de junio, FJ. 6; ver también, entre muchas otras: STC 105/1990, de 6 de junio, FJ. 4.a), y STC 51/1997, del 11 de marzo, FJ. 4

de información comercial persuasiva. Ahora bien, tal y como se verá, la importantísima vinculación entre la publicidad y el derecho de libertad de empresa exige que se asuma una postura que dirima la aparente dificultad derivada de la vinculación de la publicidad con los derechos de libertad del artículo 20 de la Constitución.

En la Sentencia del Tribunal Supremo, del 15 de enero de 2010, se sostiene de forma acertada que:

La publicidad constituye una forma de comunicación realizada con fines de promoción de la celebración de contratos sobre bienes o servicios - artículo 2 de la Ley 34/1.988 -. Esa 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, de modo que trasciende incluso - como señala el preámbulo de la Ley 29/2.009, de 30 de diciembre ( RCL 2009, 2633) - del ámbito propio del consumo y la competencia.

Tal y como se ha visto, la riqueza de la definición de publicidad del artículo 2 LGP, y el canon del elemento predominante hacen que no sea problemático distinguir la publicidad, y darle el tratamiento que corresponde en tanto y en cuanto información que es. La conjunción de la definición del artículo 2 de la LGP y del canon del elemento predominante se complementan para definir y concretar la vinculación de la publicidad a los derechos de libertad de expresión del artículo constitucional 20, exclusivamente a través del apartado 1, d), relativo al derecho a comunicar y recibir libremente información veraz. A continuación la Sentencia se pronuncia como sigue:

El hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa y, desde otro punto de vista, el que su fin no sea, necesariamente, formar criterio sobre los tradicionalmente considerados asuntos públicos - políticos, sociales, culturales...- 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 ( RCL 1978, 2836) .

Tal y como afirma el tribunal, la actividad publicitaria, la publicidad, es decir, el ejercicio del derecho a anunciar, es siempre y en primer lugar una manifestación del ejercicio del derecho de libertad de empresa. Prueba de ello es que no existe publicidad sin anunciante, y sólo es anunciante quien en ejercicio de su derecho de libertad de empresa promueve la contratación de los bienes o servicios que ofrece en el mercado en ejercicio de la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional que desempeña, es decir, en ejercicio de su derecho a anunciar. Precisamente por ello, se entiende que el Tribunal, afirme que la publicidad no tiene como fin, necesariamente, “formar criterio sobre los tradicionalmente considerados asuntos públicos - políticos, sociales, culturales”. La Sentencia debería añadir, sin embargo, que independientemente de que los mensajes publicitarios incidan de alguna forma en debates políticos, sociales o culturales, este efecto será siempre secundario o residual, toda vez que en virtud del canon del elemento predominante, un anuncio publicitario nunca podrá protegerse al margen de la veracidad de sus afirmaciones.

En efecto, como es bien sabido conviene recordar que son otros los cauces para expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones. La publicidad es un medio de comunicación de información comercial o de mercado que sólo se entiende en la medida en que sirva para establecer una comunicación entre oferentes y consumidores, tendente a promover el consumo de una marca concreta. Por ello, tal como se viene

sosteniendo de forma reiterada en este trabajo, al regularse la publicidad no se está regulando de forma directa y completa o integral el derecho de libertad de información, sino sólo de forma mediada y parcial, en tanto y en cuanto se regula la dimensión comunicativa o informativa del derecho de libertad de empresa.

Tal y como se afirma en la Sentencia que ahora se estudia, se hace necesario encontrar un entronque entre la publicidad y los derechos de libertad de expresión del artículo 20 CE. Desconocer la vinculación entre la publicidad y los derechos de libertad de información no sólo sería contrario “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”<sup>686</sup>. Tal y como se ha argumentado, toda protección constitucional que se brinde en España a la publicidad, en función de su naturaleza de comunicación informativa de mercado realizada por anunciantes para promover el consumo de bienes y productos específicos, deberá hacerse al amparo del artículo 20.1.d) de la CE, y respetando los límites impuestos por el mismo artículo 20.4 CE. Tal y como afirma la Sección 1ª de la Sala de lo Civil, “declarar la aptitud de la publicidad para entrar en la órbita del artículo 20 de la Constitución Española implica entender que lo hace en el ámbito formado por el conjunto normativo que, dentro y fuera de dicho texto, la regula y desarrolla. Y, por tanto, que queda sujeta a los límites o restricciones que legítimamente se le impongan”<sup>687</sup>.

### 2.3. Antecedentes doctrinales de la Sentencia

Antes de poder cerrar el presente Capítulo con una síntesis de la propuesta hermenéutica que se ha venido construyendo a lo largo de esta investigación, mediante la que se vincula la publicidad al artículo 20 de la CE, es necesario hacer un recuento de los antecedentes doctrinales de la Sentencia del 15 de enero de 2010 para mejor entender el estado de la cuestión. A efectos metodológicos, se expondrán los argumentos en tres apartado distintos.

#### *a) La consideración del derecho a anunciar como manifestación de la libertad de empresa*

En este primero apartado se recoge la posición de los autores que coinciden con la postura jurisprudencial tradicional, mayoritaria, consolidada en España, en el sentido de que la publicidad encuentra sustento constitucional en el derecho de libertad de empresa, por razón de la naturaleza de la información de la que se trata y de la especialidad de la norma constitucional. En esta línea, adicionalmente a los ya citados DE OTTO PARDO<sup>688</sup> y REBOLLO PUIG<sup>689</sup>, conviene traer a colación a ROZADOS OLIVA<sup>690</sup>. En opinión de este último:

---

<sup>686</sup> STS 860/2009, del 15 de enero de 2010, FJ. 5

<sup>687</sup> STS 860/2009, del 15 de enero de 2010, FJ. 5

<sup>688</sup> MARTÍN-RETORTILLO, L., & DE OTTO Y PARDO, I., “Derechos fundamentales y Constitución”, Madrid: Civitas, 1988, p.142

Es evidente, como apunta LAGUNA, que si descendemos al contenido concreto de los mensajes publicitarios, el mismo encuentra una directa relación con las libertades de expresión e información. Pero no es menos cierto que no podemos reducir la manifestación publicitaria al mero contenido del mensaje que se transmite, olvidándonos del contexto en el que se produce, que no es otro que el de una actividad económica. Este es, a nuestro juicio, el primer razonamiento para insertar a la publicidad en el marco de la libertad de empresa. Lo que interesa, a los efectos de su contemplación por el ordenamiento jurídico, no es si el emisor pretende hacer uso de la libertad de expresión o información para contar algo, sino que con su acción está ejerciendo una actividad mercantil con un fin concreto.

Por otra parte, el contenido de los mensajes publicitarios va a ser objeto de limitación en un diferente orden: por un lado, al determinar los supuestos de publicidad ilícita, es decir, aquellas prácticas o métodos que se estiman inadecuados en atención a la protección o bien de los derechos e intereses de los consumidores, o del mercado mismo; por otro lado estableciendo el concreto régimen al que ha de sujetarse la publicidad de determinados productos o servicios cuya trascendencia para la esfera del potencial consumidor (la salud, el patrimonio) se considera justifica una ordenación de la misma; y, en último término, disponiendo las condiciones en que la publicidad puede desarrollarse en función del entorno en el que la misma se manifiesta (las carreteras, las costas, la publicidad exterior) con el objeto de atender a la protección de muy diversos intereses (la seguridad en el tráfico, el dominio público, el ordenamiento urbanístico). En todos estos supuestos no puede contemplarse el fenómeno publicitario como una manifestación de la libertad de expresión, pues de ser así su limitación podría quedar entredicho en un juicio de constitucionalidad. Así, una empresa podría anunciar sus productos omitiendo datos relevantes del mismo que afectarían a su eficacia, o haciendo ver que los que ofrece el competidor son de mala calidad, y podría alegar que con ello solo está haciendo uso de su libertad de expresión e información. Sin embargo, la delimitación de la publicidad engañosa y la publicidad desleal no permite materializar estos ejemplos. Del mismo modo, podríamos plantearnos hasta que punto es posible impedir la publicidad de productos de consumo legal, como el tabaco y el alcohol<sup>691</sup>  
[Subrayo]

Tal y como se ha apuntado, no sólo es que no hay publicidad fuera del contexto del mercado, sino que no existe publicidad sin anunciante, sin que exista una persona que ejerce su derecho de libertad de empresa, y por ende su derecho a anunciar. Cierra el citado autor su reflexión en torno a este asunto con las siguientes palabras:

Junto a ello, hay que tener en cuenta, como decíamos, que estamos ante una actividad económica, actividad que utiliza la comunicación para alcanzar su objetivo, pero que no comporta una actividad de comunicación stricto sensu, sino que éste se convierte en un instrumento accesorio, instrumental, que en cualquier caso está supeditado a la actividad primaria, que es la mercantil, todo lo cual nos conduce a sostener que la observación del fenómeno publicitario debe ir más allá de la simple atención al contenido del mensaje, teniendo en cuenta todos aquellos aspectos que conforman sus caracteres esenciales y

---

<sup>689</sup> REBOLLO PUIG, MANUEL, “Autotutela administrativa y cesación de la publicidad ilícita”, EC, No. 33, abril de 1995, p. 18.

<sup>690</sup> ROZADOS OLIVA, M. J., “Derecho Administrativo de la Publicidad”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. Otros autores que se pueden citar en esta misma línea son, entre otros: LAGUNA DE PAZ, J. C., “Televisión y Competencia”, Madrid: La Ley, 2000; y LEMA DEVESA, C. & GÓMEZ MONTERO, J., “La regulación jurídica de la publicidad farmacéutica”, *La Ley* N° 2571, del 11 de septiembre de 1990.

<sup>691</sup> ROZADOS OLIVA, M. J., “Derecho Administrativo de la Publicidad”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 49-50.



que requieren su incardinación en la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 del texto constitucional.<sup>692</sup>

A pesar de que esta opinión se comparte, es necesario examinar hasta que punto defender esta postura implica desconocer la vinculación y protección de la publicidad bajo los derechos de libertad del artículo 20. Tal y como se ha visto, a la luz de los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución Española, resulta necesario replantear de alguna forma la vinculación de la publicidad con los derechos de libertad del artículo 20 CE, para dar cabida al sentido de los pronunciamientos del TEDH en cuanto a que la publicidad es discurso del tipo que merece algún nivel de protección bajo el artículo 10 del CEDH. Por ello, sin perder de vista la importancia de la lectura tradicional, que destaca la originalidad del artículo constitucional 38, y las implicaciones innegables que tiene, por su especialidad, a la hora de buscar el anclaje constitucional de la publicidad, del derecho a anunciar, urge encontrar la forma de vincular la publicidad al contenido del artículo 20 CE.

*b) La consideración del derecho a anunciar como manifestación de la libertad de información*

Un segundo grupo de autores, atentos a esta necesidad plantean como solución vincular la publicidad al derecho de libertad de información del artículo constitucional 20.1.d), lo cual, consideran, acertadamente, serviría para brindar protección a la publicidad, en tanto y en cuanto información comercial útil para los consumidores<sup>693</sup>. Es decir, siguiendo el espíritu de los fundamentos que históricamente han servido, tanto en EE.UU. como en el TEDH, para brindar protección constitucional y convencional a la publicidad.<sup>694</sup> En este sentido, GARCÍA GUERRERO, quien reconoce los efectos derivados de la especial vinculación de la publicidad con el derecho de libertad de empresa, opina<sup>695</sup>:

---

<sup>692</sup> ROZADOS OLIVA, M. J., “Derecho Administrativo de la Publicidad”, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 50.

<sup>693</sup> Entre otros, y aparte de los que se citan más adelante, cabe destacar que los siguientes autores incluyen la publicidad en el apartado *d)* del artículo 20.1: MUÑOZ MACHADO, S., “Advertising in the Spanish Constitution”, en “*Advertising and Constitutional Rights in Europe*”, Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1.994, pág. 284; IGNACIO VILLAVARDE MENÉNDEZ, “Estado democrático e información: el derecho a ser informado”, Asturias: Junta General del Principado de Asturias, 1994; SANTAELLA, ob. Cit.

<sup>694</sup> Así, por ejemplo, MARTÍ afirma: “Con la “comunicación” realizada por la publicidad se informa, de ahí la naturaleza de “información” insita en la actividad publicitaria, con la consiguiente inclusión de la misma en el derecho reconocido por el artículo 20.1.d) de la Constitución, sin que, por tanto, sea aceptable el criterio sustentado por el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de Septiembre de 1988 (Sala 4S), en el sentido de que “la publicidad como medio de captación de clientela no comporta el ejercicio de una actividad comprendida como derecho fundamental en el artículo 20 de la Constitución””. (MARTÍ, J-N, “La Publicidad y el Derecho-Deber de Información”, EC, No. 36, 1996, p. 165, 66).

<sup>695</sup> Este autor se refiere a la protección de la publicidad en tanto y en cuanto discurso en los siguientes términos: “Cuando la comunicación se enmarca en el ámbito comercial, industrial, artesanal o profesional, y la finalidad perseguida consiste en favorecer estas actividades se está en presencia de la publicidad. Esta comunicación no se contempla específicamente en ningún artículo constitucional, pero por su materia tiene una clara vinculación con la empresa y con el mercado, esto es, con el artículo 38 de la Carta Magna. Esta conexión más que reforzar la libertad, la disminuye, como se podrá observar, pues por la puerta económica penetrarán buena parte de las limitaciones de este tipo de comunicaciones.

El elemento persuasivo supone un juicio de valor, una opinión de carácter subjetivo, pero también contiene en sí mismo información. No puede olvidarse que ésta es el presupuesto de aquélla. En cambio, el elemento informativo se limita, valga la redundancia, a transmitir información. Con estos presupuestos y si se considera que la materia dominante determina la libertad ante la que nos encontramos, es evidente que la publicidad se inserta en el apartado *d*). Esta posición permite reforzar la conexión entre los artículos 20 y 51, pues este precepto ordena a los poderes públicos promover la información y la educación de los consumidores. Se debe tener presente, asimismo, que la veracidad reclamada constitucionalmente a la información ha sido una tradicional exigencia en el campo publicitario. No obstante, la conclusión expuesta se extrae con carácter general; las campañas publicitarias son extensas en el tiempo y en alguna fase puede dominar la persuasión: habrá que estar, por tanto, al caso concreto.<sup>696</sup>

Aquí, simplemente cabría recordar que, tal y como se ha visto en páginas anteriores, los casos de discursos mixtos no son problemáticos en España, puesto que la configuración del derecho a anunciar y el canon del elemento preponderante dejan en evidencia que la información publicitaria sólo podrá ser protegida en la medida en que sea veraz. Es decir, se tiene claridad acerca de aquello que constituye publicidad, y aquello que no, en virtud de la definición del artículo 2 de la LGP—a diferencia de lo que sucede en los EE.UU. con la doctrina del *commercial speech*. Por ello, incluso en el caso de que domine la persuasión, no se dejará de estar, predominantemente, y en función del contexto, del emisor y del objetivo del mensaje, frente a información, más o menos persuasiva, y por ello solo atendible desde una perspectiva constitucional en el contexto de la veracidad.

No obstante, para GARCÍA GUERRERO esto no es así de claro. Este autor identifica la vinculación, en términos generales o abstractos, de la publicidad con los derechos de libertad del artículo constitucional 20 mediante la libertad de información del numeral 1.d), pero acto seguido se decanta por una aplicación concreta que atienda al hecho de que la publicidad puede venir entremezclada con opiniones, por lo que prima facie debe concedérsele protección bajo la libertad de expresión en sentido amplio. Tal y como sostiene el mentado autor:

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

Primera: la libertad de organización, que es una de las tres básicas que componen la de empresa, incluye la comercialización, y dentro de esta actividad destaca la publicitaria. Esta vía no es la única por la que este tipo de mensajes penetran en el campo económico, pues hay otra más importante. La economía de mercado reclama desconcentración, esto es, competencia entre empresas. No puede haber competitividad

---

Cuando la comunicación se sitúa en el ámbito político sucede todo lo contrario. La dimensión individual de la libertad, su vinculación con la dignidad de la persona se refuerzan al entrar en conexión con el pluralismo político, con la participación política, y, en suma, con el principio democrático. El resultado no es la ampliación de los límites, sino su restricción. No se puede olvidar que las tres teorías que justifican la libertad de expresión encuentran plena aplicación en este campo”. (GARCÍA GUERRERO, J. L., “La Publicidad como Vertiente de la Libertad de Expresión en el Ordenamiento Constitucional Español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 17, Núm. 50. Mayo-Agosto 1997, p. 90).

<sup>696</sup> GARCÍA GUERRERO, J. L., “La Publicidad como Vertiente de la Libertad de Expresión en el Ordenamiento Constitucional Español”, *ob.cit.*, p. 92

si no se permite informar y opinar sobre los productos que se ofrecen a los compradores. Si se niega esta posibilidad se afecta también la libertad de consumo, no habría una elección razonable de lo ofertado. Luego contienen o reclaman publicidad las libertades de consumo, empresa, y el principio de la competencia, todos ellos integrantes del contenido de la economía de mercado.

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

Me parece más razonable la segunda tesis, pero la adscripción a cualquiera de ellas no altera las conclusiones que se han extraído al estudiar la libertad de expresión, en sentido amplio. Si se adopta la primera, la publicidad como actividad cubierta por la libertad de empresa, parece indudable que en este tipo de mensajes domina el aspecto comunicativo, frente al empresarial. En este sentido, conviene destacar que la jurisprudencia constitucional refrenda que la materia predominante determina el precepto constitucional por el que se debe regir una regulación. Si se adopta la segunda tesis, utilización instrumental de la libertad de comunicación por la empresa, todavía resulta más claro que la publicidad se inserta en la libertad de expresión, entendida en sentido amplio, y que la libertad de empresa emplea a aquélla. Es también evidente que en cualquiera de los dos casos los límites de los derechos económicos penetran dentro de la comunicación publicitaria.<sup>697</sup>

De un lado, el reconocimiento de validez de la primera tesis propuesta por el autor refuerza los argumentos de la primera línea doctrinal. De otro lado, la preferencia que expresa el autor, y las conclusiones a las que llega con respecto a la identidad de resultados parecen basarse en un desconocimiento del alcance de la distinción operada mediante el artículo 2 LGP, tal y como se describe en este trabajo. Concluir que, dado el carácter predominante de la dimensión comunicativa de la publicidad, frente a la empresarial, ésta debe protegerse como expresión, en sentido amplio, antes que como actividad empresarial, contradice la primera tesis. Esta lectura se sustenta en una comprensión de publicidad que no lleva hasta sus últimas consecuencias el canon de la materia predominante, ya que de hacerlo, y atendiendo a las particularidades del derecho subjetivo a anunciar tal y como aquí se describen, tendría que llegar a la misma conclusión que se defiende a ese respecto más arriba: La publicidad no deja de ser información, por más o menos persuasiva que sea, e independientemente de las opiniones, ideas o pensamientos que comunique, los cuales en el contexto de la publicidad no podrán dejar de ser valorados como información, y por ende siempre estará sujeta al principio de veracidad como presupuesto de protección—cosa que no sucede con el derecho de libertad de expresión.

En este orden de ideas, la primera conclusión a la que llega el autor es equivocada, por lo que si se sigue sosteniendo la necesidad de encontrar un entronque con el artículo 20 CE, se ha de encontrar una alternativa. Nuevamente, si se estudian las conclusiones que deriva el autor al respecto de la segunda de sus tesis, se observa que al desconocer las consecuencias normativas y axiológicas de entender la publicidad como mensaje comunicado en ejercicio del derecho subjetivo a anunciar, tal y como aquí se describe, se adopta una comprensión de publicidad más próxima a la de *commercial speech*, con

---

<sup>697</sup> GARCÍA GUERRERO, J. L., ob. Cit., p. 92-95.

las dificultades que ello conlleva. Sólo así se explica que tras argumentar a favor de la inclusión de la publicidad en el ámbito del artículo 20.1.d), pueda justificar que no obstante, se deba proteger como expresión, entendida en sentido amplio, es decir, incluyendo los derechos de libertad de expresión del artículo 20.1.a) CE.

Otro autor que aboga por la inclusión de la publicidad en el ámbito de los derechos de libertad de información del artículo 20.1.d) es DIEZ PICAZO. Este autor, adicionalmente, propone una forma de articular la vinculación de la publicidad con los derechos de libertad de los artículos 38 y 20.1.d), que a diferencia de lo que sucede con el planteamiento de GARCÍA GUERRERO, lleva hasta sus últimas consecuencias el reconocimiento de la publicidad como información, y deriva efectos prácticos de la vinculación con el artículo constitucional 38, si bien no parece extraer todas las consecuencias que se derivan de esta original vinculación. En este sentido, se pueden destacar las siguientes palabras:

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, ése 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.<sup>698</sup>

---

<sup>698</sup> DIEZ PICAZO, L.M., "Publicidad Televisiva y Derechos Fundamentales", Revista Española de Derecho Constitucional, Año 17, Núm. 50., Mayo-Agosto 1997, pp.73-74

*c) La consideración del derecho a anunciar como manifestación de la libertad de expresión*

La claridad del planteamiento de DIEZ PICAZO, que se refleja en la cita realizada, permite pasar directamente a la reseña de la tercera línea doctrinal, aquella que aboga por la inclusión de la publicidad en el ámbito del artículo 20.1 CE, es decir, del derecho de libertad de expresión en sentido amplio. Pero no ya sólo en su aplicación, al estilo de GARCÍA GUERRERO, sino porque se entiende, equivocadamente, que la publicidad es más expresión que información, o que la publicidad, en tanto y en cuanto discurso mixto, debe ser protegida como expresión para no censurar discurso público<sup>699</sup>. Hay autores, como DE LA CUESTA RUTE, y PAZ-ARES y ALFARO que incluso sostienen, de forma explícita, más allá de la mención genérica al derecho de libertad de expresión o información en sentido amplio, que la publicidad puede llegar a ser protegida como ejercicio de los derechos de libertad del artículo 20.1.b) CE, tema que se tratará en el próximo apartado.<sup>700</sup> El primer autor al que cabe traer a colación en esta línea es a RUBÍ PUIG. Como se ha visto, este autor considera que la publicidad en España debe ser entendida como comunicación comercial, a pesar de que la LGP, tal y como aquí se sostiene, no la define como tal, sino como una especie de la misma. Partiendo de este error, sustrae una cantidad de problemas hipotéticos, que como se ha demostrado, no existirían en España, precisamente en virtud de la definición del artículo 2 de la LGP. No obstante, descontada de momento esta importante dificultad, resulta sorprendente que el autor llega a la misma conclusión a la que llegó DIEZ PICAZO, aunque, como se dice, con el grave error de no hacer referencia exclusivamente a los derechos del artículo 20.1.d), tal y como hace DIEZ PICAZO. En efecto, dice RUBÍ PUIG:

En el derecho español, la realización de publicidad y de otras formas de comunicación comercial es adscribible *prima facie* a dos derechos fundamentales diferentes: la libertad de información o de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, y la libertad de empresa, recogida en el artículo 38 CE.

La solución a la aplicación de este concurso de normas pasa por determinar si hay una relación de especialidad entre ambos preceptos y, en consecuencia, la utilización de un precepto desplazará en todo caso o en algunas ocasiones la del otro, o si, por el contrario, podrán ser invocados de forma conjunta y aplicados indistintamente.<sup>701</sup>

---

<sup>699</sup> Así, por ejemplo, RUIZ MUÑOZ opina: “En definitiva, como se viene sosteniendo fundadamente entre nosotros, la publicidad comercial tiene plena cabida en la libertad de expresión del art. 20 CE, y dentro de este artículo, sino en el apartado a) del número primero (libertad de expresión en sentido estricto), lo que nos parece más que plausible, en todo caso en el apartado d) del mismo número primero del artículo mencionado, que desarrolla la denominada libertad de información; pues la publicidad comercial por razones obvias en una economía de mercado constituye una información de interés público o general: la transparencia como presupuesto de la competencia económica”. (RUIZ MUÑOZ, M., “Derecho de la Publicidad y Globalización: Publicidad Transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables”, Estudios sobre Consumo 79 (2006), p. 98).

<sup>700</sup> Desde el Derecho de la Información, autores como DESANTES GUANTER, BEL MALLÉN o ESCOBAR DE LA SERNA vinculan la publicidad al Derecho de la Información, y al artículo 20 CE, es decir a la libertad de expresión o información en sentido amplio. (Cfr. ESCOBAR DE LA SERNA, L., “Derecho de la Información”, Madrid: Dykinson, 2004; BEL MALLÉN, I, & CORREDOIRA Y ALFONSO, L., “Derecho de la Información”, Barcelona: Editorial Ariel, 2003; y DESANTE GUANTER, J. M., et. al., “Derecho de la Información (II) Los mensajes informativos”, Madrid: Editorial Colex, 1994, entre otros.).

<sup>701</sup> RUBÍ PUIG, ob. Cit., p. 292

El autor, tras comentar las posturas de PAZ-ARES & ALFARO y RUIZ MUÑOZ, que se analizan más adelante, concluye que:

Prima facie se desconoce el grado de protección que merecerá la comunicación comercial objeto del pleito y, si una parte en el mismo –por ejemplo, el empresario que cuestiona la constitucionalidad de una regulación de la publicidad–, alega ambos preceptos, el análisis deberá hacerse en relación a los dos, con independencia de que, finalmente, el grado de protección sea el mismo. El análisis del principio de proporcionalidad arrojará finalmente, tras sopesar los diferentes bienes jurídicos e intereses en juego, el alcance de la protección de las comunicaciones comerciales y si éste debe coincidir con el típicamente ofrecido a la libertad de empresa o el propio de las expresiones que conforman el núcleo duro del contenido esencial de la libertad de expresión.<sup>702</sup>

Como se ha repetido, la publicidad es esencial y predominantemente información. Información que comunica un agente específico, legitimado legalmente para ello—el anunciante—en un contexto específico—el mercado—con un fin específico—persuadir o promover el consumo de los bienes o servicios que oferta. Es decir, la publicidad es información comunicada por un anunciante en ejercicio de su derecho a anunciar, que como tal dimana única, exclusiva, directa y necesariamente de su derecho de libertad de empresa. Esto es incontrovertible en el marco constitucional español, no obstante, ni las posturas de DIEZ PICAZO ni la de RUBÍ PUIG parecen capturar suficientemente bien este hecho. Aquella por no articular la especial relación de la publicidad con la libertad de empresa, y el uso instrumental del derecho de libertad de información que describe GARCÍA GUERRERO, y ésta, por lo mismo, y por no captar las consecuencias derivadas de la definición de publicidad que vinculan necesaria y exclusivamente a la misma con los derechos de libertad de información del artículo 20.1.d) CE.

En esta misma línea se encuentran, como ya se ha anticipado, PAZ-ARES & ALFARO, para quienes, si bien la publicidad es más expresión que información, plantean no obstante un mecanismo diferente para articular la relación de la publicidad con los derechos constitucionales consagrados en los artículos 20 y 38. Tal y como afirman estos autores:

Se trata de decidir si la regulación de la publicidad es una regulación económica sin más o es una regulación de un derecho fundamental porque las afirmaciones publicitarias constituirían un caso de ejercicio de la libertad de expresión con lo que los límites a los poderes públicos para limitar la publicidad serían mucho más estrechos. A nuestro juicio, y según se argumentará, la publicidad queda protegida por la libertad de expresión y comunicación, pero dicha afirmación no implica que los límites a la injerencia de los poderes públicos sean idénticos para la publicidad comercial y para otras manifestaciones de la libertad de expresión. Las restricciones que son razonables y admisibles de la libertad de empresa son también razonables y admisibles como restricciones a la libertad de publicidad comercial.<sup>703</sup>

En principio, se podría estar de acuerdo con esta afirmación. Pero, como se verá, estos autores no integran en su teoría la riqueza del artículo 2 de la LGP y los efectos del canon del elemento predominante, tal y como aquí se describen en este trabajo, por lo

---

<sup>702</sup> RUBÍ PUIG, ob. Cit., p. 294

<sup>703</sup> PAZ-ARES, C. & ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coord.), “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”, Madrid: Civitas, 2003, tomo IV, p. 5991.

que, al igual que sucede en el caso de RUBÍ PUIG, equivocadamente en mi opinión, trasladan las dificultades derivadas de la doctrina del discurso comercial a la interpretación del ordenamiento jurídico español. Tal y como se ha visto, proceder de esta forma parte de desconocer que publicidad ex LGP no es sinónimo de comunicación comercial, ni de *commercial speech*, y que la naturaleza misma del derecho a anunciar, y de los mensajes publicitarios, necesariamente los sustraen del campo de la libertad de expresión, incardinándolos exclusivamente en el ámbito de la libertad de información, y siempre desde la perspectiva del ejercicio del derecho de libertad de empresa.

En efecto, continúan los citados autores como sigue:

El problema es que no parece que la publicidad contribuya, en general, a la promoción del autogobierno democrático ni a la búsqueda de la verdad, es decir, la publicidad no constituye una expresión que forme parte, en general, del *discurso público*, entendido como el que posibilita la formación de la opinión pública y que está en el fundamento de la protección de la libertad de expresión. En sentido contrario, es obvio que, *cuando la publicidad sea vehículo de expresiones que pertenecen al discurso público*, cualquier restricción es tan inconstitucional como lo sería aplicada a una expresión o manifestación no publicitaria.<sup>704</sup>

Estos autores sostienen pues que cuando la publicidad “no hace más que proponer una transacción comercial”, tal y como se ha definido el *commercial speech* en varias ocasiones, no hará falta entrar a estudiar la constitucionalidad de una restricción de los derechos de libertad de información si dicha restricción es razonable y admisible desde la perspectiva de la libertad de empresa. No obstante, estos autores también consideran que “constituye una restricción inaceptable de la libertad de expresión que se declare prohibida una manifestación por el simple hecho de que el que la realiza sea una empresa privada que la incluye en su publicidad cuando no habría ninguna duda de que su contenido estaría protegido por la libertad de expresión si el sujeto que la realizara lo hiciera fuera del marco publicitario.”<sup>705</sup>

Como se ve, esta postura resulta mucho más proteccionista de la publicidad que la propia doctrina del discurso comercial. En últimas, lo que plantean estos autores es que cuando la publicidad no hace más que informar, que proponer una transacción comercial, sólo importará la proporcionalidad de la restricción frente al derecho de libertad de empresa, mientras que en aquellos casos en los que la publicidad se construya como discurso mixto, deberá protegerse como ejercicio del derecho de libertad de expresión propiamente dicho. Con ello, se desconocen importantes límites de la doctrina del discurso comercial, como los delineados en *Bolger*<sup>706</sup>, y que el Tribunal Supremo de California parafrasea en el sentido de que no se puede ‘inmunizar de

---

<sup>704</sup> PAZ-ARES, C. & ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coord.), “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”, Madrid: Civitas, 2003, tomo IV, p. 5993.

<sup>705</sup> PAZ-ARES, C. & ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coord.), “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”, Madrid: Civitas, 2003, tomo IV, p. 5993. En similar sentido se expresa RUIZ MUÑOZ, M., “Derecho de la Publicidad y Globalización: Publicidad Transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables”, Estudios sobre Consumo 79 (2006), p. 97.

<sup>706</sup> Ver Capítulo IV.

regulación gubernamental la información falsa o engañosa sobre productos simplemente haciendo referencia a asuntos públicos'.<sup>707</sup>

La única forma de poder aceptar un planteamiento tal es ignorando la naturaleza misma del derecho a anunciar, haciendo caso omiso de su naturaleza, que como se ha visto, es siempre y necesariamente informativa, independientemente de los contenidos persuasivos con los que se construya, los cuales, a la postre no dejarán de ser información para el receptor de la publicidad. Adicionalmente, tal y como afirma RUBÍ PUIG, estos autores “desplazan, así, la interpretación del concurso de normas a la fase de análisis sobre la imbricación de las comunicaciones comerciales con determinadas prácticas sociales y sus consecuencias sobre diferentes bienes jurídicos propios y ajenos al empresario anunciante”<sup>708</sup>. Por lo que, dicho “criterio plantea un problema epistemológico al pretender identificar ya en la fase de adscripción de la conducta a una norma constitucional el resultado de la ponderación de los bienes e intereses jurídicos en juego.”<sup>709</sup> Tal y como se verá en el siguiente apartado, la propuesta que aquí se defiende supera, entre otras muchas, objeciones de este tipo.

La postura de PAZ-ARES & ALFARO parece en extremo peligrosa, pues, como se verá, deja desprotegido el derecho de los consumidores a recibir información veraz, y el derecho de los medios a comunicar dicha información de forma libre, siendo que es precisamente esta protección la que ha justificado tradicionalmente la cobertura de la publicidad por los derechos de libertad de información. Adicionalmente, repiten el error de otros, derivado de identificar injustificadamente la publicidad con la comunicación comercial, por lo que consideran como publicidad manifestaciones comunicativas que no lo son necesariamente.<sup>710</sup> El planteamiento de estos autores, no obstante, reviste especial interés por la justificación que plantean para explicar porqué las restricciones de la publicidad puramente informativa sólo se deben cotejar con el derecho de libertad de empresa:

Fuera de los supuestos en los que la publicidad sea el vehículo de las opiniones o expresiones *públicas* de una empresa, el nivel de protección constitucional de la publicidad debe determinarse atendiendo a su *función social*. Si, como afirmó el Tribunal Supremo norteamericano, la publicidad libre es necesaria para asegurar el funcionamiento del sistema económico de libre empresa, es decir, “publicidad libre, para consumidores libres”, parece razonable concluir que en las constituciones como la española que reconocen explícitamente la libertad de empresa, ésta constituye una

---

<sup>707</sup> Kasky v. Nike, In. 45P.3d 243 (Cal.2002).

<sup>708</sup> RUBÍ PUIG, ob. Cit. P. 294.

<sup>709</sup> RUBÍ PUIG, ob. Cit. P. 294.

<sup>710</sup> Citan estos autores como prueba de la importancia de proteger la publicidad como expresión y no sólo como información los siguientes ejemplos: “Hay, en efecto, muchos casos en los que la publicidad contribuye a informar al público sobre extremos relevantes para una discusión pública. Así ocurre por ejemplo cuando “los *ciudadanos se enteran por la publicidad de que los medicamentos son muy caros... (y) pueden organizarse políticamente para exigir la creación de un sistema público de salud*” [Cae de su propio peso que en un caso como este la publicidad no estaría haciendo otra cosa que informando sobre los precios, que eso tenga consecuencias políticas en nada afecta la naturaleza de la comunicación ni la protección constitucional que corresponde] o cuando las empresas utilizan la publicidad para promover campañas públicas que favorecen sus intereses [en este caso, sólo sería publicidad, tal y como se ha visto, en la medida en que se promueva también, de forma directa o indirecta, el consumo de bienes o servicios específicos]” (PAZ-AREZ, C. & ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coord.), “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”, Madrid: Civitas, 2003, tomo IV, p. 5993).



libertad *especial* en relación con la libertad de expresión en lo que a la protección de la libertad de publicidad se refiere de forma que *han de ser los criterios emanados de la libertad de empresa los que deben servir para enjuiciar la legitimidad constitucional de las limitaciones estatales sobre la publicidad*<sup>711</sup>

Este criterio resulta interesante porque, sabiendo que la publicidad es por definición, y en esencia, información, más o menos persuasiva, pero siempre información, no hace más que reforzar las posturas tradicionales que vinculan la publicidad al artículo 38 CE, explicitando que la función social de la publicidad, en lo que toca al anunciante, se realiza entera y exclusivamente, es decir, se agota, en el ámbito del derecho de libertad de empresa, mediante el ejercicio del derecho a anunciar. RUIZ MUÑOZ hace eco de esta postura así:

Las restricciones informativas pueden venir justificadas por diferentes vías constitucionales, sin duda la más relevante es la que proviene de la propia libertad de empresa del art. 38 CE, que legitima las limitaciones necesarias para preservar la existencia del mercado, tanto en su estructura como en su calidad, lo que supone prohibir y sancionar los actos que atenten contra la libertad de competencia y contra la competencia desleal, y es precisamente dentro de esta última donde tiene cabida la regulación específica de la publicidad. Luego es desde la libertad de empresa desde donde se debe valorar la constitucionalidad de las limitaciones a la publicidad y por tanto su función social, que es servir al funcionamiento del sistema de economía de mercado. Ahora bien, es cierto que existen otros preceptos constitucionales que *prima facie* podrían constituir igualmente argumentos restrictivos, como el que alude a los consumidores (art. 51 CE), a la infancia (art. 39 CE), a la salud (art. 45), a la mujer, y en general a la dignidad humana (art. 10)<sup>712</sup> [Subrayo]

Teniendo en cuenta estos datos nos queda aún por resolver la cuestión de la vinculación de la publicidad con los derechos de libertad del artículo 20 de forma que se observe suficientemente la especialidad del artículo 38 CE, y la naturaleza exclusivamente informativa de la publicidad, cuestión que se aborda en el siguiente apartado.

### **3. La publicidad y los derechos a comunicar y a recibir libremente información veraz**

Llegados a este punto conviene detenerse para subrayar que, tal y como se ha venido argumentando, la publicidad es el resultado del ejercicio del derecho a anunciar. Aún cuando esta afirmación es cierta, no es completa, pero sirve para reflejar la importancia, el papel seminal que tiene el derecho a anunciar dentro del sistema y del proceso de comunicación publicitaria. Y más concretamente, el derecho a anunciar del anunciante, ya que, como se ha visto, también se debe reconocer la existencia de un derecho a anunciar, o a emitir anuncios publicitarios, en cabeza de los medios de comunicación social, tal y como establece el artículo 14 de la LGCA para los prestadores de servicios

---

<sup>711</sup> PAZ-AREZ, C. & ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Un Ensayo sobre la Libertad de Empresa”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coord.), “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”, Madrid: Civitas, 2003, tomo IV, p. 5992-5993.

<sup>712</sup> RUIZ MUÑOZ, M., “Derecho de la Publicidad y Globalización: Publicidad Transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables”, Estudios sobre Consumo 79 (2006), p. 99

de comunicación audiovisual.<sup>713</sup> Sin anunciantes que ejerzan su derecho a anunciar no existirían los mensajes publicitarios, por lo que no tendría sentido hablar de la publicidad en tanto y en cuanto modo, ni en tanto y en cuanto medio. Sin anunciantes que ejerzan su derecho a anunciar no existiría la publicidad. Esta afirmación, lejos de ser una perogrullada, refuerza la incardinación directa del derecho a anunciar de los anunciantes en el ámbito del derecho de libertad de empresa, y la incardinación indirecta, mediada a través del derecho a anunciar de los propietarios de soportes publicitarios, o de quien difunda el mensaje, al ámbito de los derechos de libertad de información.

Los medios de comunicación social al ejercer su derecho a anunciar, además de obtener importantes recursos que hacen viable su operación, cumplen con su objeto de informar, en desarrollo no ya sólo de su derecho de libertad de empresa y su objeto social, como empresas informativas, sino que materializan y garantizan, de forma indirecta, el derecho a comunicar libremente información veraz de los anunciantes, y de forma directa el derecho a recibir libremente información veraz de los destinatarios de la publicidad. En este sentido, vale la pena recordar la opinión de DESANTES-GUANter:

El derecho a la información no corresponde a la empresa informativa como tal, ni al informador o colaborador como tales, pues como tales informan en virtud del mandato o delegación tácitos que el conjunto de titulares del derecho, el llamado sujeto universal, otorga a los que aparentemente tienen en sus manos el poder de informar, dados los elementos y la capacitación que respectivamente poseen. Porque el derecho a la información no es sólo el derecho a ser informado, sino también el derecho o la facultad de investigar información y la de difundir información.<sup>714</sup>

Pero, para que los medios de comunicación social puedan ejercer su derecho a anunciar es imperativo que previamente un anunciante, o su agencia publicitaria, haya contratado

---

<sup>713</sup> Tal y como se recordará, el inciso 1º del numeral 1º del citado artículo 14 de la LGCA establece: “Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual, ya sean servicios radiofónicos, televisivos o conexos e interactivos, tienen el derecho a emitir mensajes publicitarios”. También vale la pena recordar que los artículos 13 y 15 de la LGCA establecen:

**“Artículo 13. □ El derecho a crear canales de comunicación comercial y programas o anuncios de autopromoción.** 1. Los prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a crear canales dedicados exclusivamente a emitir mensajes publicitarios y mensajes de venta por televisión. Los mensajes de los citados programas están sometidos al régimen general dispuesto en esta sección, excepto en lo relativo a las limitaciones de tiempo para los mensajes publicitarios a que se refiere el artículo 14, y en la normativa específica sobre publicidad. La publicidad televisiva y la televenta deberán ser fácilmente identificables como tales y distinguirse del contenido editorial. 2. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir programas que informen sobre su programación o anuncios de sus propios programas y los productos accesorios derivados directamente de dichos programas. Estos programas y anuncios no se considerarán comunicación comercial a los efectos de esta Ley. No obstante, para la comunicación audiovisual televisiva, el tiempo dedicado a los anuncios publicitarios sobre sus propios programas y productos no podrá superar los 5 minutos por hora de reloj y sus contenidos estarán sujetos a las obligaciones y prohibiciones establecidas con carácter general para la publicidad comercial.

**Artículo 15. □ El derecho a emitir mensajes de venta.** 1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir mensajes de venta por televisión. La emisión televisiva de estos mensajes deberá realizarse en los términos previstos en el artículo anterior y en la normativa específica sobre publicidad. 2. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tienen el derecho a emitir programas de televenta siempre que tengan una duración ininterrumpida mínima de 15 minutos”.

<sup>714</sup> Desantes-Guanter, J.M., “Derecho a la información. Materiales para un sistema de la comunicación”, España: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, p. 139.

la difusión de la publicidad que ha creado y producido, normalmente en concurso con una agencia publicitaria, y que debe ahora distribuir para que se comunique. Es decir, el ejercicio del derecho a anunciar de los medios de comunicación social depende de forma directa del ejercicio previo del derecho a anunciar de los anunciantes, el cual sólo se realiza plenamente, de forma indirecta y mediada, mediante la difusión del medio publicitario. Ahora bien, para completar la afirmación “la publicidad es el resultado del ejercicio del derecho a anunciar”, hay que integrar en ella a los demás sujetos publicitarios, a las empresas informativas (agencias/creadores y medios) y a los destinatarios de la publicidad, y delimitar su papel en el proceso comunicativo, sus derechos a emitir y a recibir publicidad. Hacerlo es precisamente lo que ayudará a desvelar la verdadera relación que existe entre la publicidad, en tanto y en cuanto mensaje, y los derechos de libertad de información.

Antes de comentar el papel de los otros sujetos publicitarios y sus derechos, conviene no obstante puntualizar que la propuesta hermenéutica que se articula y defiende en este trabajo parte de reconocer la validez y actualidad del planteamiento jurisprudencial tradicional que vincula la publicidad al derecho de libertad de empresa; siempre y cuando dicho planteamiento se relea en el sentido de que no se refiere a la publicidad como tal, como mensaje, medio y modo, sino única y exclusivamente al derecho a anunciar del anunciante. Es decir, así como ARIÑO ORTIZ identifica una “libertad de publicidad no engañosa” como elemento de la libertad de ejercicio de la actividad empresarial—que es uno de los tres ámbitos o aspectos esenciales de la libertad de empresa—aquí se identifica el derecho subjetivo a anunciar que detentan los anunciantes, y que es concreción normativa y garantía de dicha libertad, y por ende, del derecho de libertad de empresa.<sup>715</sup> Así, por ejemplo, si se acota la postura de ROZADOS OLIVA, y más que hablar de la publicidad como actividad se habla de publicidad en tanto y en cuanto derecho a anunciar del anunciante, sus palabras parecen incontrovertibles, y además, dejan campo para indagar la vinculación de la publicidad con artículo 20.1.d) CE mediante el estudio del papel que juegan los demás sujetos publicitarios en su comunicación. Acotar la lectura jurisprudencial tradicional, y la primera línea doctrinal que arriba se reseña, distinguiendo el ejercicio del derecho a anunciar del anunciante como elemento originador de la publicidad, y limitando la vinculación de la libertad de empresa a la etapa seminal de la comunicación publicitaria, posibilita realizar una operación fundamental: transparentar la distinción procesal de la vinculación de la publicidad al derecho de libertad de información en función de los demás sujetos que intervienen en el proceso comunicativo, es decir, destinatarios, agencias/creadores y medios.

### 3.1. La creación de la publicidad

Tal y como se ha ido dejando constancia, ninguna de las tres líneas doctrinales reseñadas atiende cumplidamente a los requisitos que se desprenden del desarrollo de la presente investigación. Ninguno de los autores estudiados consigue, respetando la incardinación seminal, indiscutible y pacíficamente reconocida de la publicidad en el ámbito del derecho de libertad de empresa, describir su relación con los derechos de libertad de información del artículo 20.1.d) CE, de tal forma que se de cabida a la

---

<sup>715</sup> Cfr. ARIÑO ORTIZ, G., “Principios de Derecho Público Económico: Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica”, Granada: Comares, S.L., 2004.

lectura del artículo 10 del CEDH del TEDH. Sin lugar a dudas, la aportación de DIEZ PICAZO es la que más concuerda con el planteamiento que aquí se defiende. No obstante, como se ha dicho, parece que esta aproximación no logra captar la particular importancia de la vinculación del derecho a anunciar con el derecho de libertad de empresa. Ya que, tal y como aquí se sostiene, esta vinculación limita y enmarca la relación de la publicidad con el artículo 20.1.d) CE, la cual se materializa a través del ejercicio de los derechos a emitir y recibir publicidad. Por esta razón, es necesario precisar algunos extremos con respecto a los demás sujetos publicitarios, a saber, las empresas informativas y los destinatarios de la publicidad, y las fases empresariales en que aparecen, para valorar su aportación desde la óptica del derecho a la información.

Siguiendo a BEL MALLÉN, podemos dividir la actividad empresarial, desde una perspectiva empresarial o económica, en tres fases: de materialización, de industrialización y de comercialización. Estas fases podrían describirse como sigue:

[...] -de materialización de la idea empresarial manifestada en dos sentidos: uno, al hacer realidad la organización de los elementos configuradores de la empresa como unidad productiva y, dos, al materializar los informadores dicha idea en la redacción o producción de las informaciones. -de industrialización, referida a los procesos de transcripción mecánica del proceso de materialización, así como la multiplicación de los mensajes cuando sea preciso; - y, por último, la fase de comercialización que, desde la óptica de estos autores corresponde a la difusión o puesta a disposición del público de los ejemplares, programas, etc...<sup>716</sup>

Estas tres fases, que se presentan tanto en el período constituyente como en el período de ejecución empresarial, se pueden replantear, desde una perspectiva jurídica así: de creación, de producción y de distribución.<sup>717</sup> Ahora bien, dadas las particularidades de las empresas de información promotoras de medios, es preciso advertir desde ya que a la etapa de distribución “se le debe añadir, unas veces antes y otras después, otra más de gran trascendencia jurídica que es la correspondiente al momento de la difusión”<sup>718</sup>. La creación publicitaria, en términos amplios, incluye dos fases consecutivas: la creación propiamente dicha, y la producción. Tal y como afirma BEL MALLÉN: “Tanto la creación como la producción de la información son etapas previas a la difusión, salvo casos de emisiones en directo. Los autores [, y en el caso de la publicidad, más precisamente las agencias de publicidad] producen [en virtud de un contrato de publicidad] una manufactura original que, a veces, es objeto de aportación de otros esfuerzos intelectuales: es el momento en que se originan los derechos de autor”.<sup>719</sup> Así se refleja en lo dispuesto en el inciso primero del artículo 21 de la LGP, según el cual: “Las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes”.

Ahora bien, tal y como recuerda BEL MALLÉN, el autor de la información “tiene el derecho fundamental de decidir si la obra se comunica o no. Esta decisión es condición para contratar con el editor o productor la materialización de ese trabajo en un medio

---

<sup>716</sup> Se sigue aquí a BEL MALLÉN, et al [1992], ob. Cit., pp.355, quien a su vez cita a TALLÓN, J., “Lecciones de empresa informativa”, Madrid: Ediciones Ciencias Sociales, 1992, y a NIETO A., & IGLESIAS, F., “Empresa Informativa”, Barcelona: Ariel, 1993.

<sup>717</sup> Nuevamente, siguiendo a BEL MALLÉN et al [1992], ob. Cit., pp.356-358.

<sup>718</sup> BEL MALLÉN et al [1992], ob. Cit., pp.356.

<sup>719</sup> BEL MALLÉN, I., et. al., “Derecho de la Información (I) Sujetos y medios”, Madrid: Editorial COLEX, 1992, p. 356.

informativo”<sup>720</sup>. No obstante, en el caso de la información publicitaria, esta afirmación no es del todo cierta. Independientemente de que la información sea de autoría de una agencia, o de un artista o técnico que la haya creado en virtud de un contrato de creación publicitaria, tal y como se dispone en el inciso segundo del artículo 21 de la LGP: “No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo”. Es decir, en el caso de la información publicitaria, no sólo debe su autor o creador ceñirse a las instrucciones, pautas y dirección del anunciante, quien es el responsable de su contenido, tal y como se ha visto—lo cual supone una gran diferencia con la libertad de autores en otras empresas informativas—sino que además, la decisión sobre si la obra se comunica recae exclusivamente en el anunciante, y nunca en el autor o la agencia.<sup>721</sup>

Teniendo en cuenta las anteriores salvedades en cuanto se refiere a los derechos de los autores de la información publicitaria, conviene nuevamente traer a colación a BEL MALLEEN, quien afirma:

El proceso informativo-empresarial de la publicidad se complica desde el punto de vista jurídico debido a la presencia de múltiples sujetos. En efecto antes de los medios y los emisores está el anunciante, que se conecta con el medio, ya sea directamente ya, como es más normal, a través de una organización o profesional especializado. Se vislumbran pues múltiples relaciones jurídicas: unas previas a la ejecución publicitaria, y otras posteriores a la misma que favorecen la difusión. [...] Para la existencia y funcionamiento deseado de los medios publicitarios (exterior, estática, convencional en m.s.c., etc.) se requiere al menos un anunciante, en cuyo interés se realiza la publicidad, así como un profesional o una empresa que la haga posible. Es decir, antes de la etapa de la difusión—que es el fin de la publicidad como medio—se precisa la producción, organización y distribución de la misma, tareas todas ellas realizadas por la llamada genéricamente empresa publicitaria..<sup>722</sup>

Esta interesante síntesis, a la luz de la normativa vigente, pone de manifiesto al menos tres elementos.<sup>723</sup> Primero, el papel fundamental del anunciante, en interés de quien se

---

<sup>720</sup> BEL MALLEEN, I., et. al., “Derecho de la Información (I) Sujetos y medios”, Madrid: Editorial COLEX, 1992, p. 356.

<sup>721</sup> Cfr. Entre otros, SANTAELLA, ob. Cit., o CUESTA RUTE, ob. cit., y también: BATALLER I RUIZ, ENRIC. “La Obra Colectiva.” Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002; BUSCH, CRISTINA Et. Al. “Quien Paga Nos Es El Autor.-Los Creadores De Imagen Y Sus Contratos.” Madrid: Trama Editorial, 2006; BUSCH, CRISTINA Et. Al. “El Futuro De La Creación.-Los Derechos De Autor De Los Creadores Visuales-.” Madrid: Trama Editorial, 2003; y MOSCOSO DEL PRADO, Javier *et. al.* “Los Creadores Visuales Ante La Reforma De La Ley De Propiedad Intelectual.” Madrid: Trama Editorial, 2006.

<sup>722</sup> BEL MALLEEN, I., et. al., “Derecho de la Información (I) Sujetos y medios”, Madrid: Editorial COLEX, 1992, pp. 401-402.

<sup>723</sup> Parece oportuno recordar aquí algunas disposiciones de la LGP anteriormente citadas:

“-Es anunciante la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad.

-Son agencias de publicidad las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante.

Tendrán la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten.” (art. 8 LGP);

“El anunciante tiene derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad” (art.10, inc. 1º, LGP); y “Si la publicidad no se ajustase en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del anunciante, éste podrá exigir una rebaja de la contraprestación o la repetición

realiza y comunica la publicidad en ejercicio de su derecho a anunciar, lo cual se ha comentado suficientemente en las páginas precedentes. Segundo, la existencia de otros sujetos que hacen posible la realización y comunicación de la publicidad, a saber, las empresas informativas. Y, tercero, la empresa publicitaria, como empresa informativa que es, aparece vinculada a las fases de creación, producción y distribución del proceso publicitario—y en caso de poseer medios de comunicación social propios, también en la fase de difusión—mientras que el anunciante agota su participación en la realización de la función social de la publicidad como director y responsable de la fase de creación del mensaje publicitario; y, así mismo, los medios de comunicación social y los propietarios de otros soportes, agotan su participación, cuando esta se da, en la realización de la función social de la publicidad mediante la distribución y difusión de los mensajes.

Todos estos datos comportan, como ya se ha comentado, consecuencias importantes a la hora de delimitar la vinculación de la publicidad con los derechos de libertad de información. Para ilustrar adecuada y suficientemente este punto, conviene introducir algunas precisiones en torno al concepto de empresa informativa y sus variedades. Ello permitirá delimitar la vinculación de cada una de ellas al proceso mediante el que se comunica o difunde la publicidad, que es precisamente la instancia en la que el mensaje se realiza como medio publicitario, como información comunicada. Es allí donde se materializa la publicidad mediante el ejercicio de la facultad informativa del propietario del medio de comunicación social, u otro soporte publicitario, lo cual posibilita el acceso por parte de los destinatarios de la publicidad al respectivo contenido. Para TALLÓN:

[...] la empresa informativa es aquella especie de sujeto organizado de la información, cuyo fin consiste en satisfacer la necesidad social de información mediante la actividad de creación, edición y difusión de ideas, hechos y juicios utilizando medios humanos, elementos técnicos y materiales, recursos económicos y relaciones comerciales. En otras palabras, conjunto organizado de elementos personales, medios económicos y materiales y relaciones comerciales, con el fin de difundir y comunicar informaciones e ideas en un mercado libre.<sup>724</sup>

Ahora bien, es fundamental distinguir entre empresas informativas promotoras de medios, y aquellas que no lo son, pues, como se ha dicho, sólo aquellas que sean promotoras de medios intervienen en la difusión, es decir, en la comunicación de la información publicitaria; y sólo quien difunde, en el caso de la publicidad, quien realmente comunica, ejerce directa y efectivamente el derecho de comunicar libremente información veraz. Así pues, ni es el anunciante, ni mucho menos el autor, quien está comunicando; quien comunica es el medio, el dueño del soporte, quienes difunden la

---

total o parcial de la publicidad en los términos pactados, y la indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios que se le hubieren irrogado” (art. 15 LGP).

“Si la agencia injustificadamente no realiza la prestación comprometida o lo hace fuera del término establecido, el anunciante podrá resolver el contrato y exigir la devolución de lo pagado, así como la indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, si el anunciante resolviere o incumpliere injustificada y unilateralmente el contrato con la agencia sin que concurren causas de fuerza mayor o lo cumpliera sólo de forma parcial o defectuosa, la agencia podrá exigir la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar.

La extinción del contrato no afectará a los derechos de la agencia por la publicidad realizada antes del incumplimiento” (art16 LGP).

<sup>724</sup> ESCOBAR DE LA SERNA, op. Cit. P. 508, citando a Tallón, J., “Lecciones de empresa informativa”, Madrid: Ediciones Ciencias Sociales, 1992, p. 139. Cfr. También: Nieto A., & Iglesias, F., “Empresa Informativa”, Barcelona: Ariel, 1993.

información, a nombre y por cuenta, es decir, en representación del anunciante. Tal y como apunta DESANTES-GUANTER:

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, que no debe oponerse a otras perspectivas, como las sociales o económicas, la empresa informativa es una entidad promocional. De una u otra forma promociona información y, para difundirla, promociona al menos un medio de comunicación social. En un sentido amplio hay modelos de empresa informativa que promocionan información sin promocionar un medio, como las agencias de noticias o algunas de las empresas publicitarias.<sup>725</sup>

En este orden de ideas, tenemos que las agencias de publicidad, incluso en el caso de que no posean medios de comunicación social u otros soportes publicitarios, se consideran empresas informativas, pues se dedican profesionalmente a la creación, producción y distribución o ejecución de la publicidad. Prueba de ello es la regulación del contrato de publicidad, el cual se define en el artículo 13 de la LGP como “aquel por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma. Cuando la agencia realice creaciones publicitarias, se aplicarán también las normas del contrato de creación publicitaria”. Es así cómo, el interés del anunciante, consustancial al ejercicio de su derecho de libertad de empresa, por producir un bien, una mercancía, a saber, la publicidad, lo lleva a contratar a un sujeto que se dedica profesionalmente a ello para que éste, también en ejercicio de su libertad de empresa, y siempre siguiendo las instrucciones del anunciante, cree y prepare o produzca publicidad, entendida como mensaje, para que luego se realice o ejecute como medio publicitario mediante su difusión.

Existe pues entre el anunciante y la agencia de publicidad, y entre éstos y creadores y medios, relaciones meramente comerciales, reguladas por la LGP, tal y como se ha visto, que sirven para el efectivo desarrollo de los objetos sociales de cada una de estas organizaciones, en desarrollo de su derecho de libertad de empresa. No es la agencia quien informa, ni mucho menos importa el fruto de su trabajo en términos de expresión constitucionalmente protegida, o al menos no en este contexto, pues entra libremente en una relación contractual autolimitando su libertad de expresión, reconociendo sujeción a las exigencias del anunciante, y a las restricciones impuestas por la ley, en términos generales, y de conformidad a las exigencias específicas de la publicidad de la que se trate. Es decir, la agencia publicitaria, y/o el creador, deben ajustar su creación no sólo a los requisitos y exigencias del anunciante, sino que deben cumplir con los requisitos legales que se desprenden del ordenamiento general de la publicidad, del derecho de la competencia y de la protección de los consumidores. Pero además, en la elaboración de la campaña/anuncio deben observar las limitaciones impuestas a la publicidad, bien sea en función del medio o soporte que se usará, o bien en función de las limitaciones a productos específicos, como son los casos del tabaco o el alcohol.

Las fases de creación y producción publicitaria se desarrollan pues enteramente en el marco de una relación contractual de naturaleza mercantil. En virtud de dicha relación, una agencia publicitaria, en desarrollo de su objeto social, crea un producto y presta unos servicios, demandados, en este caso, por un anunciante que, en ejercicio de su

---

<sup>725</sup> DESANTES-GUANTER, J.M., “Derecho a la información. Materiales para un sistema de la comunicación”, España: Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2004, p. 140.

derecho a anunciar, requiere la creación y producción de un mensaje para su posterior distribución y difusión, es decir, para su efectiva comunicación. Hasta este momento del proceso publicitario no entran en juego de ninguna manera intereses relacionados con los derechos de libertad de información. Podría ser, por ejemplo, que una vez creado y producido el mensaje el anunciante desistiera en su interés de comunicarlo, o que por alguna razón financiera o de cualquier otro tipo tuviera que cancelar su publicación. No obstante, de no ser así, la única forma en la que pueden realizarse los intereses del anunciante es mediante la difusión del producto contratado, de la publicidad. Para que la publicidad se realice, y se satisfaga así el interés del anunciante, y por ende las obligaciones de agencias y medios derivadas de los respectivos contratos de publicidad y de difusión, se deben culminar exitosamente las fases de creación, producción, distribución y difusión de la publicidad.

Una vez creado y producido el mensaje, bien sea por el mismo anunciante, por un tercero mediante un contrato de creación publicitaria, o lo que es más usual, por una agencia de publicidad, se debe realizar la publicidad mediante su distribución y difusión. Conviene recordar que el artículo 20 LGP establece que: “Contrato de creación publicitaria es aquel por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario”. El mensaje, la creación publicitaria, como se denomina en el artículo 20 LGP, es a todos los efectos es un bien mercantil, un producto, sobre el que pueden existir derechos de propiedad industrial o intelectual conforme al artículo 21 LGP. La distribución de este producto es un concepto estrictamente comercial, que, además, “por ser la introducción del producto en el mercado, facilita o imposibilita la universalización del medio”<sup>726</sup>. Es decir, la estrategia de distribución deberá garantizar que la colocación del producto, del mensaje publicitario, y la contratación de su difusión faciliten la correcta comunicación de la información comercial. Si bien la distribución la podría realizar el anunciante directamente, lo más usual es que esta tarea la realice también la agencia de publicidad.<sup>727</sup>

Antes de comentar la fase de difusión de la creación publicitaria, es indispensable hacer hincapié en el hecho de que, como se sostiene en esta investigación, es precisamente por vía del artículo constitucional 20.1.d) que el regulador puede incidir en la fase de creación, limitando el derecho de libertad de empresa del anunciante, para garantizar que dicha información sea respetuosa de los principios de veracidad y lealtad, entre otros, y que, en atención del producto de que se trate, y de los riesgos que suponga, que la información pertinente se comunique eficazmente. Es decir, en la fase de creación de

---

<sup>726</sup> BEL MALLEN [1992], ob. Cit., p. 358.

<sup>727</sup> Dentro de la clasificación de empresas informativas que hace ESCOBAR DE LA SERNA, distingue: “Las empresas de publicidad y de relaciones públicas, como formas de comunicación aplicadas a la dirección empresarial, se clasifican en función de su posible especialización en empresas creadoras de publicidad, empresas de distribución a medios, empresas de comercialización y exhibición, empresas de comunicación integral y empresas de relaciones públicas.

a) Empresa de publicidad es la entidad organizada en forma empresarial que tiene por objeto colaborar en las relaciones entre anunciantes, medios publicitarios y público, para favorecer la adquisición de bienes o la prestación de servicios. [...]

b) Las relaciones públicas son un ‘modo informativo’, lo que quiere decir que, junto al periodismo, la publicidad y la propaganda, constituyen una forma específica de manifestación de la actividad informativa, por lo que su singularidad empresarial viene dada por la especificidad que a aquella corresponde” (ESCOBAR DE LA SERNA, op. Cit. P. 509-510)



la información publicitaria, el derecho a recibir libremente información veraz en cabeza de los destinatarios de la publicidad, sirve de límite del derecho a anunciar de los anunciantes, reforzando así los límites propios del artículo 38 CE derivados del sistema de economía de mercado en el que se incardina su ejercicio. Por lo mismo, dicho derecho de los consumidores a recibir información veraz libremente, supone para el regulador el límite de no restringir la inclusión, y posterior difusión, de cualquier y todo tipo de información veraz relativa al producto o servicio, o que sirva para la producción del mensaje en su dimensión denotativa.<sup>728</sup>

### 3.2. La difusión de la creación publicitaria

Siguiendo nuevamente a BEL MALLEEN, resulta claro y acertado afirmar que “[l]a difusión produce la comunicación, desencadena las responsabilidades y hace exigibles ciertos derechos (por ejemplo los económicos) y obligaciones (por ejemplo, la de insertar la publicidad contratada)”<sup>729</sup>, de allí su relevancia jurídica. Para perfilar la importancia de la fase de difusión de la publicidad conviene recordar que el artículo 17 de la LGP define el contrato de difusión publicitaria en los siguientes términos: “Contrato de difusión publicitaria es aquel por el que, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario”.

Nuevamente, entre anunciante o agencia y medio se establece una relación puramente mercantil, que se desarrolla enteramente en el marco de los derechos de libertad de empresa. Pero, una vez el medio recibe la información y dispone todo lo necesario para su difusión, culminando en su efectiva comunicación, el producto que ha circulado entre anunciante, agencia y medio adquiere relevancia pública, se convierte en información constitucionalmente protegida, pero no por un derecho a comunicar libremente información veraz en cabeza del anunciante, sino, en cabeza del medio, tal y como se evidencia en *Barthold y Stambuk*, y siempre con miras a garantizar el derecho a recibir libremente información veraz en cabeza de los consumidores y usuarios, o destinatarios de la publicidad, tal y como se reitera en la jurisprudencia del TEDH<sup>730</sup>. Esta lectura se ve reforzada claramente por la doctrina de la intermediación del Tribunal Constitucional español, según la cual:

[...] en el supuesto del derecho a comunicar, éste sirve en la práctica sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica [...] En esta línea de pensamiento, cabe añadir que el principio de la

---

<sup>728</sup> Ver Capítulo II.2. en relación con las denotación y la connotación en la publicidad. Y con respecto a al derecho de los consumidores a recibir información veraz ver, entre otros: Martí, J-N, “La Publicidad Y El Derecho-Deber De Información”, Ec, No. 36, 1996, P. 165, 66); GÓMEZ SEGADÉ, J.A., “Notas Sobre El Derecho De Información Del Consumidor”, Revista Jurídica De Cataluña, Núm. 3, 1980, BUSTO LAGO, J. M. (COORD.), ÁLVAREZ LATA, N., & PEÑA LÓPEZ, F., “Reclamaciones De Consumo: Derecho De Consumo Desde La Perspectiva Del Consumidor”, Navarra: Aranzadi, 2005; Corchero, Miguel Y Grande, Ana. “La Protección De Los Consumidores.” Aranzadi: Navarra, 2007; GARCÍA GIL, Javier. “Suma De La Protección Y Defensa De Los Derechos De Los Consumidores.” Pamplona: Dapp Publicaciones Jurídicas, 2009.

<sup>729</sup> BEL MALLEEN [1992], ob. Cit., p. 357.

<sup>730</sup> Cfr, *Barthold v Alemania*, 8734/79 [1985] TEDH 3 (25 de marzo de 1985) y *Stambuk v Alemania*, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 de octubre de 2002).

publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (artículo 120.1), implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Esta papel de intermediario natural, desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social<sup>731</sup>

Hay que recordar, tal y como hace VILLAVERDE, que, no obstante, “no es esta intermediación representativa lo que fundamenta esa posición especial, sino el ejercicio de la función informativa en el marco de la institución de la opinión pública libre”<sup>732</sup>. Según la propuesta de este autor, la cual se acoge aquí con los matices que se han ido exponiendo, el derecho a recibir información reconocido en el artículo 20.1.d) “establece una nueva forma de concebir el modo en que se genera la comunicación pública, cuya existencia como un proceso libre y abierto lo garantiza objetivamente el derecho a recibir información, que además de derecho de libertad, es garantía institucional de ese proceso. Sin él, el derecho de libertad a recibir información carecería de toda eficacia”<sup>733</sup>. Tal y como aclara este autor:

El proceso de comunicación pública no es, pues, un modelo dogmático, descriptivo prescriptivo como los on el ‘mercado libre de las ideas’ o el ‘instituto de la opinión pública libre’. En realidad se trata de una descripción de la estructura normativa del artículo 20 CE donde se garantizan procedimientos de acceso al ámbito de lo público, bien como sujeto activo para expresarse o informar, bien como sujeto pasivo para informarse, que tienen como consecuencia la generación de una comunicación pública en el interior de la esfera de la publicidad.

Podría afirmarse sin reparos que esta concepción del proceso de comunicación pública no es más que la concreción normativa en una determinada Constitución, la española de 1978, de la libre discusión de ideas, y no una mera ‘pre-comprensión’ constitucional de la comunicación pública<sup>734</sup>

Para complementar esta postura, conviene recordar que, tal y como escribe DESANTES-GUANTER:

No toda la afluencia de mensajes procede necesariamente de los redactores en plantilla. También corresponde al empresario la contratación civil de otras aportaciones intelectuales a través del contrato de colaboración o del contrato de servicios con agencias informativas, con agencias publicitarias o con otro tipo de entidades, públicas o privadas, o de personas que proporcionen información a título oneroso o gratuito. [...] Podemos considerar finalmente como facultad de coordinación la de los actos jurídicos necesarios y suficientes para que el medio se difunda, no sólo en beneficio de la empresa, sino también a beneficio de los proveedores de determinados mensajes

---

<sup>731</sup> STC 30/1982, de 28 de junio, FJ 4º.

<sup>732</sup> VILLAVERDE [1995], op. Cit. p. 72

<sup>733</sup> VILLAVERDE [1995], op. Cit. p. 41.

<sup>734</sup> VILLAVERDE [1995], op. Cit. p. 63.

(publicitarios, propagandísticos, notas oficiales, convocatorias, etcétera) y sobre todo, como siempre, en beneficio del sujeto universal.<sup>735</sup>

Así pues, se puede concluir que el derecho del anunciante a anunciar sólo entraría en la órbita del derecho a comunicar libremente información veraz, si fuera el mismo anunciante quien difunde la publicidad; de lo contrario, el único sujeto que ejerce el derecho a comunicar libremente información veraz será el propietario del medio o soporte, y siempre en procura, no sólo de su propio interés, sino del interés comercial del anunciante e informativo del consumidor. Aún se pueden enriquecer más estas distinciones si se tienen en cuenta nuevamente las aportaciones de VILLAVERDE a propósito del estudio de los derechos de libertad de información. En opinión de este autor, la cual se comparte plenamente:

En el apart.d) [del artículo 20.1 de a CE] los conceptos de “información” y “medios de difusión” tienen un sentido diverso según se trate del derecho a comunicar o el derecho a recibir información, de tal forma que la garantía del derecho a ser informado en el art. 20,1 d) no se agota en la que disfruta el sujeto que libremente expresa sus opiniones o informa a un tercero, ni siquiera la recepción constitucionalmente protegida en el art. 20, 1 d) es sólo la de estas fuentes.

Para aquel que comunica información, ésta es el resultado de su conducta. El derecho de libertad contenido en el precepto constitucional protege la acción de informar, e indirectamente su resultado, la información, de la injerencia de terceros. El derecho a recibir información tiene a ésta, a la información, como algo dado de antemano que no se reduce sólo a lo que haya generado quien “comunica información”, sino que abarca todo aquello que sea accesible a cualquiera, y es en principio accesible a cualquiera todo lo que se ha hecho manifiesto ingresando en el proceso de comunicación pública, porque ese derecho protege el acceso al proceso y no sólo a determinados mensajes que se hayan difundido en ese proceso de comunicación pública.

No hay inconveniente en admitir, como consecuencia de este planteamiento, que el “derecho a recibir información” del art. 20,1 d) también alcanza a la recepción de opiniones, pensamientos e ideas, porque la información que se recibe no sólo es el producto del derecho a comunicarla del apart.d) del precepto. Así pues, la publicidad comercial es posible que no esté protegida por el derecho a comunicar información; pero, sin embargo, en cuanto mensajes hechos públicos, accesibles a cualquiera, su recepción está protegida en el art. 20,1 d).<sup>736</sup>

No obstante, a la luz de los argumentos que hasta ahora se han expuesto, sería necesario precisar que la publicidad comercial no está protegida por el derecho a comunicar información, en tanto y en cuanto derecho a anunciar de los anunciantes. Adicionalmente, es necesario reconocer y afirmar que la publicidad comercial, en tanto y en cuanto derecho a emitir publicidad, está protegida por el derecho a comunicar libremente información veraz.

Así como la relación de distribución entre anunciante o agencia y medio se agota en el ámbito de la libertad de empresa, la relación entre el medio, o difusor, y el público destinatario de la información no sólo hace posible la realización de los derechos de libertad del artículo 20.1.d), sino que además, y en esta medida, realiza el interés del

---

<sup>735</sup> DESANTES-GUANter [2004] ob. Cit. P. 145.

<sup>736</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, I, “Estado democrático e información: el derecho a ser informado”, Asturias: Junta General del Principado de Asturias, 1994, pp. 331-332.

anunciante en que se comunique su producto. Tal y como se ha afirmado antes, quien comunica no es el anunciante, ni mucho menos el autor, quien comunica es el medio, el dueño del soporte, quien difunde efectivamente la información, a nombre y por cuenta, es decir, en representación del anunciante. Al pasar de las fases de creación y de producción, mediante la distribución, a la fase de difusión, el proceso publicitario pasa de materializar el ejercicio del derecho a anunciar del anunciante al ámbito del ejercicio del derecho a emitir publicidad, generalmente en cabeza de un medio, ámbito en el que, de forma mediata se realiza plenamente el interés del anunciante, y de forma directa los derechos del público a conocerla.

### 3.3. La publicidad y el arte

Ahora bien, no se puede desconocer que el enfoque que aquí se propone podría conllevar algunas dificultades. Tal y como advirtió DIEZ PICAZO, la vinculación de la publicidad al derecho de libertad de información la distancia 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.<sup>737</sup>

A la luz de lo expuesto hasta el momento, se proponen a continuación algunas pautas interpretativas que parece iluminan esta cuestión, en la medida en que logran integrar el sentido de pronunciamientos judiciales que se han producido precisamente a propósito de la publicidad de Benetton, con posterioridad a que DIEZ PICAZO propusiera su ejemplo.

*a) ¿Serían admisibles restricciones legislativas a imágenes publicitarias que ofenden la sensibilidad de algunos sectores de la población?*

En la medida en que se trate de una restricción relativa a la creación, producción o distribución de la publicidad, y no a su difusión, en principio, dependerá de la proporcionalidad de la restricción al derecho de libertad de empresa del anunciante, y al derecho de recibir libremente información veraz del público, frente al derecho o bien que la regulación busque proteger, tal y como propone DIEZ PICAZO<sup>738</sup>. Así mismo, de acuerdo a la distinción procesal de vinculación de la publicidad al derecho de libertad de información en función de los sujetos publicitarios que aquí se defiende, si la restricción fuera del tipo de las contenidas en el artículo 14 de la LGCA, que se refieren

---

<sup>737</sup> DIEZ PICAZO, ob. Cit. P. 74.

<sup>738</sup> Es de anotar que el artículo 8 del Código de Conducta Publicitaria, aprobado en la Asamblea General Extraordinaria de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, celebrada el 19 de diciembre de 1996, con las modificaciones aprobadas por la Asamblea General Ordinaria del día 26 de abril de 2011, establece como principio que: “La publicidad no deberá incluir contenidos que atenten contra los criterios imperantes del buen gusto y del decoro social, así como contra las buenas costumbres”.

todas al derecho a anunciar publicidad de los medios sociales de comunicación, es decir al derecho a emitir o difundir la información publicitaria, la ponderación de las restricciones no sólo se haría frente al derecho de libertad de empresa, sino que debería realizarse también frente al derecho de libertad de información de medios y destinatarios.

Si bien restricciones del tipo de las establecidas en el artículo 14 LGCA afectan el derecho de libertad de empresa de los medios de comunicación social, mediante la limitación de importantes facultades contractuales y de coordinación del ámbito propio y exclusivo de la libertad de empresa que se traducen en una disminución del ingreso y que afectan la viabilidad de la organización, además, chocan de forma frontal con la libertad de información de los medios de comunicación social y de los destinatarios de la publicidad e, indirectamente con el interés de los anunciantes por que su publicidad se difunda. En resumidas cuentas, la ponderación que deberá realizar el regulador dependerá de la fase del proceso publicitario que esté regulando. Si se regulan las fases de creación, producción o distribución se estará, prima facie, limitando el derecho de libertad de empresa, principalmente mediante la acotación del derecho a anunciar de los anunciantes. Pero, además, si dicha regulación afecta la cantidad o calidad de la información veraz relativa a los bienes o servicios ofertados que puede incluir el anunciante en sus creaciones publicitarias, se deberá ponderar la respectiva limitación frente al derecho a recibir libremente información veraz de los consumidores. Si lo que se regula es la fase de difusión de la publicidad, se estará siempre y en todo caso, prima facie, ante regulación del derecho de libertad de información de quien comunica y de quien está destinado a recibir, es decir, de los destinatarios de la publicidad.

Ahora bien, si la limitación deriva, no de una restricción legislativa, sino de una decisión administrativa o judicial, como en el caso Mitsubishi, o en el caso Benetton que se comenta a continuación, la ponderación dependerá de la legitimación de quien recurre la sanción, lo cual refuerza la argumentación anterior. Así, los anunciantes sólo podrán alegar la vulneración de su derecho de libertad de empresa, mientras que los medios afectados, o quienes efectivamente comuniquen la información, podrán además alegar la vulneración del derecho de libertad de información. Este parece ser el criterio que sigue el TEDH, tal y como se vio en los casos Barthold y Stambuk, así como el Tribunal Constitucional alemán, tal y como se constata en el caso Benetton. En este último se enjuició una campaña publicitaria de la compañía, consistente en “publicidad chocante en la que aparecían – por ejemplo – fotografías de un enfermo terminal de SIDA rodeado de familiares llorosos; de un barco de refugiados del que algunos saltan desesperados; aves cubiertas de petróleo; un niño negro vestido de diablo al lado de un niño blanco vestido de querubín etc.”<sup>739</sup>.

---

<sup>739</sup> PAZ ARES & ALFARO, *Ibidem*.



La asociación civil que denunció a Benetton, y a la editora de la revista que publicó la publicidad consideraba que las imágenes eran desleales, entre otras razones, por ser contrarias a la dignidad humana. No obstante, cuando la editora de la revista, y no el anunciante, recurren ante el Tribunal Constitucional, este estimó el recurso mediante sentencia del 12 de diciembre de 2.000, toda vez que halló que la restricción violaba los derechos de libertad de información del recurrente, es decir, de la empresa editora, al tenor de lo establecido en los artículos 5.1 y 5.2 de la Constitución alemana.<sup>740</sup> Así como se puede entender que “[l]a recurrente no alegó una vulneración del derecho a la creación artística (art. 5 Abs. 3 GG), pues probablemente habría tenido dificultades a la hora de acreditar su legitimación activa en este sentido”<sup>741</sup>; así mismo, se puede entender que el anunciante hubiera tenido la misma dificultad respecto de los derechos de libertad de información, toda vez que no es el quien comunica o informa, sino que simplemente posee un interés indirecto en la comunicación, en la medida en que sin esta se frustra el objetivo comercial y la inversión publicitaria del anunciante.

---

<sup>740</sup> Rezan dichos artículos:

“Artículo 5.0.

1. Cada uno tendrá derecho a expresar y difundir su opinión por la palabra, el escrito y la imagen, y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantizan la libertad de prensa (Pressefreiheit) y la libertad de información a través de la radiofonía y del cinematógrafo. No se podrá establecer la censura.

2. Estos derechos no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de los menores y el derecho al honor personal”.

La sentencia se encuentra en *Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht* 102, 347, tal y como se cita y comenta en RUBÍ PUIG, ob. Cit. Pp. 184 y ss. y en PAZ ARES & ALFARO, *Ibidem.*, entre otras.

<sup>741</sup> RUBÍ PUIG, Ob. Cit, p. 189.

*b) 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?*

El importante tema de la censura de la publicidad se tratará en el próximo Capítulo. Por esta razón, de momento tan solo se presentan unos breves comentarios al respecto del derecho a anunciar y el uso del arte en la creación y producción de la publicidad. Tal y como se ha comentado antes, hay autores como DE LA CUESTA RUTE, y PAZ-ARES y ALFARO que opinan, al igual que los recurrentes en casación de la STS del 15 de enero de 2.010, que la publicidad, en ocasiones, y toda vez que puede ser protegida como expresión—punto con el que no se está de acuerdo en este trabajo por las razones que se exponen en dicho Capítulo—, puede también ser protegida como expresión artística: “También nos movemos claramente en el ámbito de la libertad de expresión cuando la publicidad sea vehículo de expresión artística o de difusión de modas o comportamientos sociales que la empresa emisora de la publicidad considera deseables”<sup>742</sup>. Ahora bien, tal y como se argumenta en este trabajo, la publicidad es información, que en tanto y en cuanto mensaje se crea por un anunciante—normalmente en concurso con una agencia, o con un creador, concededores del modo publicitario—y que en tanto y en cuanto medio se realiza por el propietario del soporte mediante el que se comunica.

Es pues información, y no deja de serlo, independientemente de las apelaciones y contenidos que se utilicen para construirlo en tanto y en cuanto mensaje, ni de las técnicas y soportes que se utilicen para realizarlo en tanto y en cuanto medio publicitario. La publicidad no pierde su naturaleza informativa por el hecho de que se haga polémica, ni por el hecho de ser polémica debe concedérsele una protección que pueda aminorar la efectividad del principio de veracidad en la ordenación de las comunicaciones comerciales en general, y de la publicidad en particular. Cualquier restricción al uso de arte, y de imágenes en general, que deba observarse en las fases de creación o producción de la publicidad son, como se ha visto, restricciones al derecho de anunciar, es decir a la libertad de dirección, que es, como se sabe, un ámbito esencial del derecho de libertad de empresa. Pero, además, como se ha anotado, por virtud del artículo constitucional 20.1.d) la fase de creación debe ser acotada de tal forma que, limitando el derecho de libertad de empresa del anunciante, se garantice que la información publicitaria, el mensaje, sea respetuoso de los principios de veracidad y lealtad, del régimen general de la publicidad, de la competencia leal y de la protección de los derechos de los consumidores. Adicionalmente, y por lo mismo, el artículo 20.1.d) garantiza que la regulación del derecho a anunciar del anunciante no limite la información veraz con la que se crea el mensaje. Todo lo cual redundará en el hecho de que el uso del arte en la creación de un mensaje publicitario no lo desnaturaliza, convirtiéndolo en expresión, y haciéndolo inmune a las exigencias propias de la publicidad.

Este tipo de restricciones no constituyen pues restricciones ni de la expresión ni de la información. Que un determinado contenido llegue a estar vedado como elemento publicitario no quiere decir que luego no se pueda comunicar fuera de ese contexto. Estas restricciones se refieren a la confección de un producto específico, la creación

---

<sup>742</sup> PAZ ARES & ALFARO, ob. Cit., p. 23. Ver También, DE LA CUESTA RUTE, ob. Cit. p. 48.

publicitaria. Es importante recordar que, como ya se ha indicado, tanto las restricciones impuestas al anunciante, en función de su lugar en el mercado, del tipo de producto o servicio que promociona, y de los soportes que desee utilizar; como aquellas que debe observar la agencia, que serán estas mismas, y las que se desprendan del contrato de publicidad y de las instrucciones y dirección del anunciante, están todas justificadas y comprendidas en el ámbito del ejercicio del derecho de libertad de empresa de anunciante y agencia.



# TERCERA PARTE: LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LA REGULACIÓN DEL DERECHO A ANUNCIAR PRODUCTOS QUE GENERAN DEPENDENCIA

## CAPÍTULO VII. SALUD, INFORMACIÓN Y DEPENDENCIA

Tal y como se ha visto, el TEDH, al igual que sucede en el caso del Tribunal Supremo estadounidense, considera el discurso, las expresiones comerciales, incluida la publicidad propiamente dicha o *promotional-mix*, como instancias discursivas en las que se manifiesta el derecho a recibir libremente información. Tal y como afirma KRZEMINSKA-VAMVAKA:

Todo discurso, independientemente de su contenido, entra en el ámbito del artículo 10 del CEDH. La cuestión a resolver se refiere al rango de restricciones permisibles examinadas bajo el artículo 10(2) del CEDH. En comparación con discurso central [*core speech*] (político o artístico), la prueba de la necesidad es menos estricta con respecto a afirmaciones comerciales. Los Estados cuentan con un margen de apreciación más amplio en tratándose de asuntos comerciales. Esto significa que pueden interferir en mayor medida el discurso comercial de lo que se permitiría con respecto a otros tipos de expresión (v.gr. discurso político).<sup>743</sup>

Frente a la doctrina del discurso comercial norteamericana, la interpretación consolidada y pacífica que hace el TEDH del artículo 10 del CEDH, si bien coincide en incluir dicho tipo de discurso dentro del ámbito de protección del derecho de libertad de información, no obstante, al tenor de lo dispuesto en el apartado segundo contempla, como se ha dicho, la limitación del derecho por razones de interés general, dentro de las que se menciona de forma expresa la protección de la salud. Este hecho, junto con el margen de apreciación que se ha descrito, reflejan que en su conjunto, las tradiciones constitucionales europeas conciben el equilibrio entre comercio, libertad de información y salud de forma bien diferente a lo que sucede en los EE.UU..

Ahora bien, el objetivo de este último Capítulo es explicitar las consecuencias que se derivan de la lectura que se plantea en esta investigación, en el contexto específico de la regulación de la publicidad de sustancias que generan dependencia. Los riesgos derivados del consumo de sustancias susceptibles de generar dependencia, o drogas psicotrópicas, corresponden a un tipo específico de riesgos conocidos y determinados, que la literatura especializada agrupa dentro de una “categoría emergente de investigación”, denominada riesgos de estilo de vida o *lifestyle risks*.<sup>744</sup> Una diferencia

---

<sup>743</sup> KRZEMINSKA-VAMVAKA, J., “Tobacco, Market Economy and Market of Ideas Newest Developments Concerning Freedom of Commercial Speech”, 2 Amsterdam L.F. 117 2009-2010, p.119.

<sup>744</sup> PLANZER, S. & ALEMANN, A., “Lifestyle Risks: Conceptualizing an Emerging Category or Research”, *European Journal of Risk Regulation*, 4/2010, 335. Para estos autores: “Los riesgos de estilo de vida se suceden en una línea de abstinencia-consumo-abuso-adicción. Como se menciona más arriba, esto puede referirse a sustancias como la comida, el alcohol o las drogas, así como a comportamientos

fundamental, muy relevante a efectos de esta investigación, entre los riesgos de estilo de vida y los riesgos genéticos es que en aquellos la libre voluntad y la capacidad decisoria de los consumidores juega un papel fundamental, cosa que obviamente no ocurre en el caso de los riesgos genéticos.<sup>745</sup> Tal y como afirman PLANZER & ALEMANN:O:

[...] existen justificaciones válidas para la regulación [de los riesgos de estilo de vida] que superan el nivel minimalista libertario. En primer lugar, existen teorías económicas que justifican ciertas medidas. Por ejemplo, la posibilidad de que los consumidores tomen decisiones bien informadas debería asegurarse de alguna manera. Esto requiere la comunicación de información previa adecuada y suficiente, y menor regulación no necesariamente incrementaría la libertad individual en este caso. En segundo lugar, el paternalismo apoya la idea de que el gobierno debería tomar decisiones en interés del público. Esta teoría también puede afinarse para que sea aplicable únicamente a determinados grupos, como a los niños o a los adictos. La protección del consumidor puede por lo tanto justificarse desde el paternalismo y desde teorías económicas. No obstante, mientras que desde la postura del paternalismo se tiende a restringir o prohibir ciertas sustancias o comportamientos, la otra postura se enfoca en el deber de informar a los consumidores sobre los riesgos; los requisitos de etiquetaje juegan un papel importante desde esta aproximación.<sup>746</sup>

En este orden de ideas, en este Capítulo se analiza en qué medida la regulación de la publicidad de drogas psicoactivas garantiza el derecho de los destinatarios de la misma a recibir libremente información veraz que les permita tomar decisiones de consumo bien informadas, sobre todo al respecto de los riesgos derivados de cierto tipo de patrones de consumo. Se dejará constancia de la relación fundamental e indisoluble que existe entre el derecho a la salud y el derecho a la información, para destacar el papel y la importancia de la publicidad como salvaguarda del derecho a la salud, y de los derechos de los consumidores en general. Seguidamente, a lo largo del segundo apartado del Capítulo, se analizará la regulación de la publicidad de los productos del tabaco y de las bebidas alcohólicas, con el fin de comprobar si en efecto se observa que la regulación del derecho a anunciar de los anunciantes de este tipo de productos, es decir, de la fase creativa del proceso publicitario, implementa limitaciones al derecho de libertad de empresa de los anunciantes que garanticen el derecho de libertad de

---

como el juego y los deportes. Mientras que la noción de abstinencia es clara, la noción de consumo abarca una amplia gama de niveles de intensidad que van desde moderado hasta excesivo. La noción de abuso comúnmente se utiliza en el contexto del uso de drogas. Esta forma de “consumo” tiene un propósito enteramente diferente a aquel para el cual la droga fue inicialmente prescrita o recomendada. En el caso de la mayoría de las sustancias, su consumo como tal no es dañino” (Ibídem, p. 335).

<sup>745</sup> Ibídem. P. 337.

<sup>746</sup> “[...] there are valid justifications for regulation beyond that minimalistic libertarian level. Firstly, there are economic theories that justify certain measures. For instance, the possibility for consumers to make informed decisions should somehow be ensured. This requires proper prior information, and less regulation would not necessarily increase the freedom of the individual in this case. Secondly, paternalism supports the idea that the government should make decisions in the public’s best interest. This theory can also be narrowed down to apply to certain groups only, like children or addicts. Consumer protection can thus be justified by paternalism and economic theories. Yet, whereas the former approach tends to restrict or prohibit substances and behaviours, the latter rather focuses on the duty to inform consumers about risks; labelling requirements play an important role in the latter approach” (Ibídem., p. 336). Continúan los citados autores: “In this context, the jurisprudence of the European Court of Justice regarding free movement of goods is highly interesting. In matters of quality and consumer preferences, it clearly favours labelling requirements over restrictions and bans. The situation is different where safety and health concerns are involved. When there is a genuine health risk, the Court is much more deferential to national authorities, and it may also accept bans” (Ibídem).

información de los destinatarios de la publicidad, y adicionalmente en este caso, y por ello mismo, también el derecho a la salud.

Tal y como se sostiene en esta investigación, las restricciones que afectan las fases de creación o producción de la publicidad—es decir, las restricciones a los contenidos de los mensajes publicitarios—son, como se ha visto, restricciones al derecho de anunciar de los anunciantes, es decir a su ejercicio del derecho de libertad de empresa. Adicionalmente, se ha evidenciado cómo es que, por virtud del artículo constitucional 20.1.d), la fase de creación debe ser acotada de tal forma que, limitando el derecho de libertad de empresa del anunciante, se garantice que la información publicitaria, el mensaje, sea respetuoso de los principios de veracidad y lealtad, del régimen general de la publicidad, de la competencia leal y de la protección de los derechos de los consumidores, entre otros. Independientemente de que en caso de existir contención, quienes difundieran la publicidad, típicamente los medios de comunicación social, podrían invocar su derecho a emitir publicidad, que es simultáneamente ejercicio de su derecho de libertad de empresa y de información, lo cierto es que la regulación de la creación y producción de la publicidad sólo afecta de forma directa el derecho de libertad de empresa de los anunciantes.

Tal y como se ha comentado, la vinculación de la publicidad con el artículo constitucional 20.1.d) no se limita a la vinculación de las fases de distribución y difusión, que se concretan en el ejercicio del derecho a emitir publicidad, sino que es imperativo que al momento de regular el derecho a anunciar de los anunciantes se tengan bien presentes las exigencias derivadas de este y de otros derechos y principios constitucionales que han de orientar e informar la actuación de los poderes públicos en la regulación del ejercicio del derecho de libertad de empresa. En virtud del derecho de libertad de información de los consumidores se hace imperativo que la regulación de la publicidad no sólo no limite injustificadamente la comunicación de información veraz sino que, incluso, sirva para garantizar la protección de la salud mediante la exigencia de incluir determinadas informaciones que materialicen el principio de prevención. Esta es, sin duda, una de las consecuencias que se deriva de la interrelación entre los derechos a la información y a la protección de la salud en el ámbito del consumo, y que se evidencia de forma clara en los dos primeros numerales del artículo constitucional 51:

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.

Si bien es cierto que el artículo 43.1 de la CE “reconoce el derecho a la protección a la salud”, tal y como afirman REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO al referirse a éste artículo en conexión con el artículo 51 de la CE:

[...] esta concreción en el ámbito de los consumidores y usuarios de proclamaciones constitucionales de alcance más general se consigue subrayar la importancia que tiene la protección de este colectivo y, en cualquier caso, no parece que esté de más, pues que un bolígrafo se retire del mercado por no tener su capuchón un agujero que impida la

asfixia en caso de ingestión accidental parece que tiene un complejo acomodo en el art. 15 CE.<sup>747</sup>

Estos mismos autores, en línea con la postura que aquí se mantiene, entienden que:

La consagración de los intereses de los consumidores con rango constitucional tiene un significado adicional muy relevante pues ofrece una justificación plena para limitar los derechos fundamentales con este fin. Ello es trascendental precisamente para justificar límites a la libertad de empresa que es en lo que esencialmente se traduce la protección del consumidor. De hecho, la protección de los consumidores es hoy un título de legitimación formidable para fundamentar la intervención de los poderes públicos en la economía, acaso el título más potente y fácil para justificar intervenciones con finalidad estricta y directamente económica.<sup>748</sup>

Ahora bien, tal y como se sostiene a continuación, la protección de la salud de los consumidores, también resulta ser un potente y ágil título para justificar intervenciones encaminadas a limitar el derecho de libertad de empresa con finalidades no ya estricta y directamente económicas. El derecho de libertad de información en cabeza de los destinatarios de la publicidad exige por sí mismo—y de forma reforzada en virtud de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 9 y 53.3 de la CE en conexión con los principios rectores de la política social y económica contenidos en los artículos 43.1, 51.1 y 51.2 de la CE<sup>749</sup>—que la regulación de la publicidad de los productos y servicios que generan riesgos para la salud de las personas, como puede ser el riesgo de generar dependencia, garantice una comunicación suficiente y adecuada de tales riesgos.

## 1. La protección de la salud y la información de riesgos

Interesa comenzar este apartado recordando nuevamente que el artículo constitucional 43.1 de la CE “reconoce el derecho a la protección a la salud”. Tal y como afirma SANTIAGO REDONDO:

[...] de entre los diversos apartados de la previsión constitucional es el art. 43.1 CE el que representa el núcleo central de la jurisprudencia, observándose que, casi sin excepción, aparece ligado a derechos fundamentales. Puede hablarse de conexiones o intersecciones directas, como las que operan con los arts. 15 y 24.1 CE, o de otras

---

<sup>747</sup> REBOLLO PUIG, M. & IZQUIERDO CARRASCO, M., “La intervención pública en defensa de los consumidores y usuarios”, en CASAS BAAMONDE, M. E. & RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dirs.), “Comentarios a la Constitución española”, Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 1139.

<sup>748</sup> Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco, ob. cit. p. 1142.

<sup>749</sup> Tal y como se recoge en la STC 14/1992, de 10 de febrero, a la que hacen referencia REBOLLO PUIG e IZQUIERDO CARRASCO, el artículo 51 de la CE “[...] enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios. Los cuales, al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución (STC 19/1982, fundamento jurídico 6o). Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio. Así ocurre con el art. 51.1 de la Constitución, que determina unos fines y unas acciones de gran latitud, que pueden ser realizados con fórmulas de distinto contenido y alcance. Pero, en cualquier caso, son normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 de la Constitución)” [FJ 11].

mediatas o indirectas, entre las que cabe destacar las que se actualizan con los arts. 14, 18.1 e, incluso, 21 CE. No quiere decirse que no haya otras confluencias potenciales, pero son las indicadas las desarrolladas hasta la fecha en la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>750</sup>

Especial interés reviste la relación que se plantea con el artículo 15 de la CE, en el que se consagra el derecho fundamental a la integridad personal, en los siguientes términos: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de forma reiterada e ininterrumpida, sostiene que el derecho a la protección de la salud está comprendido en el derecho a la integridad personal:

Por otra parte, debe recordarse que este Tribunal ha declarado (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7) que el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial o, en su caso, de este Tribunal, frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su propia vida, siempre, naturalmente, debemos añadir ahora, que tal amenaza revista una determinada intensidad. De manera análoga, hemos señalado (STC35/1996, de 11 de marzo, FJ 3) que el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (STC 119/2001, de 14 de mayo, FJ 6).<sup>751</sup>

Esta postura jurisprudencial posibilita recabar amparo judicial frente a actuaciones que generen riesgos graves y ciertos para la salud de las personas. Por ello, se entiende que autores como LEÓN ALONSO puedan afirmar con razón que:

[...] el carácter expansivo del derecho a la tutela de la salud, tanto desde el punto de vista semántico como estructural, nos lleva a afirmar que en el artículo 43.1 CE sí se recoge una norma material que declara un derecho fundamental: el derecho a la salud en sentido estricto, que en conexión con el artículo 15 CE, se configura como un derecho de disponibilidad inmediata para su titular, sin ser precisa la mediación del legislador cuya actuación estará sometida a ciertos límites, tanto con relación a la existencia misma del derecho como a su desarrollo posterior<sup>752</sup>

## 1.1. El Principio de Prevención

Ahora bien, interesa aquí no tanto la capacidad de invocar este derecho en casos de conflicto, es decir, la tutela judicial efectiva de este derecho, sino más bien precisarlo como límite de la regulación—en conexión con el derecho de libertad de recibir información veraz—del derecho de libertad de empresa, y concretamente, del derecho a anunciar de los anunciantes. Para ello, conviene recordar ahora, a la luz de lo dispuesto en los artículos constitucionales 10.2 y 96.1, que el artículo 12 del Pacto Internacional

---

<sup>750</sup> SANTIAGO REDONDO, K., “Artículo 43”, en CASAS BAAMONDE, M. E. & RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.), “Comentarios a la Constitución española”, Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 1071.

<sup>751</sup> STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4. En este mismo sentido, ver también las SSTC 62/2007 y 160/2007.

<sup>752</sup> LEÓN ALONSO, M., “La protección constitucional de la salud”, Madrid: La Ley, 2010, pp. 149-150.

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966 , ratificado por Instrumento de 27 de abril 1977 (PIDESC) establece:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
  - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
  - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
  - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
  - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Destaca la obligación que se deriva del literal 2.c) arriba transcrito, en el sentido de que se exige la adopción de medidas que sirvan para prevenir las enfermedades, y así asegurar el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. El principio de prevención es, tal y como afirma CIERCO SEIRA, “probablemente, el principio más emblemático y en buena medida el más representativo de la función de salvaguarda de la salud colectiva”<sup>753</sup>. Ahora bien, tal y como aclara el citado autor, aun cuando la función de “la sanidad colectiva no se agota por completo en la prevención, sí es cierto que, en lo esencial, sigue siendo aquélla una función animada por la voluntad de prevenir (de disponer con anticipación, de evitar, de advertir o, en su caso, de estorbar) las enfermedades”<sup>754</sup>. En este orden de ideas, es claro que uno de los mecanismos más importantes para conseguir evitar las enfermedades es la advertencia completa y comprensible de los riesgos a ellas asociadas; informar, y así educar a los consumidores sobre los riesgos para la salud derivados del consumo de determinados productos. Por ello, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC), al interpretar el artículo 12 del PIDESC reconoce de forma explícita que el derecho a la salud está estrechamente vinculado a otros derechos humanos, entre los que se destaca aquí el acceso a la información y a la educación sobre cuestiones relacionadas con la salud<sup>755</sup>.

---

<sup>753</sup> CIERCO SEIRA, C., “Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios”, Granada: Editorial Comares, 2006, p. 36.

<sup>754</sup> CIERCO SEIRA, C., ob. Cit. p. 36.

<sup>755</sup> En los párrafos 3 y 11 de la Observación General No. 14 se establece: “3. El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. [...] 11. El Comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda

La importantísima relación entre el derecho a la salud y el derecho a la información se evidencia de forma llamativa en uno de los cuatro elementos esenciales e interrelacionados del derecho a la salud que el CDESC describe, a saber, el acceso a la información. Tal y como se sostiene en la Observación general No. 14, el derecho a la salud “en todas sus formas y a todos los niveles” abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad<sup>756</sup>. Como se ha dicho, interesa ahora especialmente el elemento de accesibilidad, el cual a su vez presenta cuatro dimensiones superpuestas: la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica, y el acceso a la información. Tal y como se establece en la Observación General No. 14, el acceso a la información “comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad”<sup>757</sup>.

## 1.2. Proteger, cumplir y promover

El acceso a la información en el ámbito del derecho a la salud se garantiza, al menos en parte, mediante la imposición de ciertas obligaciones a los Estados. Así, se declara en el párrafo 33 de la Observación General No. 14 que:

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de *respetar*, *proteger* y *cumplir*. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de *respetar* exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud. La obligación de *proteger* requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12. Por último, la obligación de *cumplir* requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.<sup>758</sup>

El CDESC es claro en afirmar que, en primer lugar, y como parte de la obligación de proteger, los Estados deben velar “por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información”<sup>759</sup>. En segundo lugar, y como parte de la obligación de cumplir, los Estados deben fomentar “la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido

---

adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.” (Com.DESC, *Observación General no 14. Derecho al más alto nivel de salud posible*, 11/8/2000, E/C.12/2000/4, par. 3 y 11)

<sup>756</sup> Com.DESC, *Observación General no 14. Derecho al más alto nivel de salud posible*, 11/8/2000, E/C.12/2000/4, par. 12.

<sup>757</sup> Com.DESC, *Observación General no 14. Derecho al más alto nivel de salud posible*, 11/8/2000, E/C.12/2000/4, par. 12.

<sup>758</sup> Com.DESC, *Observación General no 14. Derecho al más alto nivel de salud posible*, 11/8/2000, E/C.12/2000/4, par. 33

<sup>759</sup> Com.DESC, *Observación General no 14. Derecho al más alto nivel de salud posible*, 11/8/2000, E/C.12/2000/4, par. 35.

de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas”<sup>760</sup>. En tercer lugar, y con respecto a la obligación de cumplir, entendida en su dimensión de promover, vale la pena recordar que:

La obligación de *cumplir (promover)* el derecho a la salud requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población. Entre esas obligaciones figuran las siguientes:

i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información;

ii) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados;

iii) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios;

iv) apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.<sup>761</sup>

Así pues, desde la perspectiva del Derecho de los Derechos Humanos, es incontrovertible que los Estados tienen una serie de obligaciones encaminadas a materializar el principio de prevención garantizando la comunicación de información veraz suficiente que permita a los destinatarios de la publicidad tomar decisiones de consumo bien informadas.<sup>762</sup> Pero no ya sólo por las razones a las que se ha aludido antes, que pertenecen al ámbito meramente económico, sino porque se trata de riesgos relacionados con la salud, derivados del consumo promovido. Tal y como se ha indicado anteriormente<sup>763</sup>, la teoría de la elección racional de los consumidores no basta por sí sola para explicar las decisiones de consumo, y el uso de apelaciones racionales, que es cada vez menor, puede perjudicar la efectividad persuasiva de la publicidad, mas no por ello deja de ser cierto que las apelaciones informativas sirven para ayudar a determinar libre y racionalmente las decisiones de consumo. Esta es la razón que justifica el hecho de que se puedan describir al menos cinco obligaciones, desde la

---

<sup>760</sup> Com.DESC, Observación General no 14. Derecho al más alto nivel de salud posible, 11/8/2000, E/C.12/2000/4, par. 36.

<sup>761</sup> Com.DESC, Observación General no 14. Derecho al más alto nivel de salud posible, 11/8/2000, E/C.12/2000/4, par. 37.

<sup>762</sup> En este mismo sentido vale la pena traer a colación el artículo 61 de la LGDCU, según el cual: “1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”. Adicionalmente, y por ejemplo, los artículos 152 y 153 de la LGDCU concretan detalladamente los extremos de esta disposición en el ámbito de los viajes combinados.

<sup>763</sup> Cfr. Capítulo II.1.2.a).



perspectiva del Derecho de los Derechos Humanos, encaminadas a garantizar la adecuada comunicación de este tipo de información al público:

- 1°. Velar por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información.
- 2°. Fomentar la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular, y para los efectos que aquí interesan, acerca del uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas.
- 3°. Fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información
- 4°. Velar por la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios.
- 5°. Apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.

### 1.3. El derecho de los consumidores a recibir información correcta sobre el adecuado uso, consumo o disfrute de los productos

Interesa ahora indagar hasta qué punto y en qué medida la regulación de la publicidad de productos que generan dependencia se enmarca dentro del cumplimiento de las obligaciones que tiene el Estado de cara a garantizar la adecuada comunicación de la información sobre los riesgos para la salud asociados al consumo de determinado tipo de productos. Tal y como afirma BUSTO LAGO:

La relevancia de la publicidad en el proceso de formación del consentimiento contractual del consumidor es cada vez más notoria; el contenido de la publicidad condiciona nuestra capacidad de elección y, sobre todo, nuestra decisión como consumidores; el contenido de la publicidad (como información) determina, en fin, nuestras expectativas frente al producto o servicio, que luego pueden (o no) verse cumplidas<sup>764</sup>

Tal y como se sostiene en esta investigación<sup>765</sup>, resulta claro que la ausencia de apelaciones racionales en la publicidad afecta negativamente, y de forma grave, el derecho a recibir información veraz de los ciudadanos (Art. 20.1.d CE), pudiéndose comprometer no sólo su seguridad, su salud y sus legítimos intereses económicos (Art. 51 CE), sino sobre todo su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad (Art. 10.1 CE), impidiendo así que la libertad e igualdad sean reales y efectivas (Art. 9.2 CE). Por ello, se entiende que se garantice el Derecho Fundamental a recibir información veraz mediante la consagración de uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, a saber, el derecho a “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute” (Art. 8.d) LGDCU). El derecho a la información, y su

---

<sup>764</sup> BUSTO LAGO, et. al., ob. cit. p. 163.

<sup>765</sup> Ver especialmente Capítulo II.1.3. y Capítulo V.

promoción tal y como corresponde a los poderes públicos, ex artículos 9.2, 51.1 y 53.3 CE y 17.1 LGDCU, justifica que existan regulaciones especiales de la publicidad, o mejor dicho, del derecho a anunciar productos susceptibles de generar riesgos para la salud de las personas, y que dichas regulaciones determinen, “en la medida que sea preciso para asegurar la salud y seguridad de los consumidores y usuarios: [...] las reglas específicas sobre etiquetado, presentación y publicidad” (Art. 14.d) LGDCU)<sup>766</sup>.

En este orden de ideas, el artículo 5.1. de la LGP establece:

La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran.

La importancia de la norma citada salta a la vista ya que no sólo faculta a la Administración para regular de forma especial la publicidad de cierto tipo de productos, actividades, bienes y servicios—en atención a los riesgos que su consumo comporta bien sea para la salud, la seguridad o el patrimonio de las personas—sino que incluso la habilita para someterla a un régimen de autorización administrativa previa. Dejando de lado, de momento, pues se trata en el apartado siguiente, el importante tema de la autorización administrativa previa de la publicidad, bastará con subrayar la forma en que la LGP materializa el principio de prevención, al hilo del literal a) del numeral segundo del artículo citado, que establece:

Los reglamentos que desarrollen lo dispuesto en el número precedente y aquellos que al regular un producto o servicio contengan normas sobre su publicidad especificarán:

a) La naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad sea objeto de regulación. Estos reglamentos establecerán la exigencia de que

---

<sup>766</sup> CUESTA RUTE afirma que: “Prevé la LGP la existencia de disciplinas sectoriales de la publicidad contenidas en disposiciones de cualquier rango y no necesariamente de ley. Respecto de ellas la Disciplina de la LGP tiene carácter de general o común, puesto que, al disponer que será ilícita la publicidad infractora de las disciplinas sectoriales, las infracciones de las normas de éstas tendrán, además de las que en cada caso correspondan, las consecuencias que para la publicidad ilícita establece la propia LGP con carácter general y las que específicamente prevé para estos casos en su artículo 8.6[, a saber, tendrán además la consideración de infracción a los efectos previstos en la LGDCU y en la Ley General de Sanidad (LGS)]” (CUESTA RUTE, ob. Cit., p. 133). Es de anotar que el artículo 49.1.f) de la LGDCU establece: “Son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios: [...] f) El incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios”. Adicionalmente, el artículo 27 de la LGS establece: “Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, realizarán un control de la publicidad y propaganda comerciales para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma”. Finalmente, el artículo 102 de la LGS establece: “1. La publicidad de medicamentos y otros productos sanitarios dirigida a los profesionales se ajustará a las condiciones de su licencia y podrá ser sometida a un régimen de autorización previa por la Administración. 2. La publicidad de medicamentos y productos sanitarios dirigida al público requerirá su calificación especial y autorización previa de los mensajes por la autoridad sanitaria”.

en la publicidad de estos productos se recojan los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos.<sup>767</sup>

Adicionalmente, tal y como se retoma más adelante en este Capítulo, la LGP contempla la especial restricción de la publicidad de productos susceptibles de generar dependencia en los artículos 5.4 y 5.5. de la citada norma, los cuales establecen:

4. Los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales, solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen.

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

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

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

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

Desde otra perspectiva, hay que recordar que los empresarios, en todo caso, e independientemente del tipo de productos o servicios de los que se trate, tienen la obligación de poner “en conocimiento previo del consumidor y usuario, por medios apropiados, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que van destinados” (Art. 12.1 LGDCU). Sin lugar a dudas, uno de los medios apropiados para comunicar este tipo de riesgos es la publicidad. Por ello, la publicidad se deberá sancionar como práctica comercial desleal, y en concreto como acto de engaño, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5.1.a) y b) de la LCD, así:

1. Se considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de los siguientes aspectos:

a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio.

---

<sup>767</sup> Los restantes dos literales del artículo 5.2 LGP establecen: “2. Los reglamentos que desarrollen lo dispuesto en el número precedente y aquellos que al regular un producto o servicio contengan normas sobre su publicidad especificarán: [...] b) La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios. c) Los requisitos de autorización y, en su caso, registro de la publicidad, cuando haya sido sometida al régimen de autorización administrativa previa. En el procedimiento de elaboración de estos reglamentos será preceptiva la audiencia de las organizaciones empresariales representativas del sector, de las asociaciones de agencias y de anunciantes y de las asociaciones de consumidores y usuarios, en su caso, a través de sus órganos de representación institucional”.

b) Las características principales del bien o servicio, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al bien o servicio.

De igual manera, al tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de la LCD, la publicidad deberá considerarse y sancionarse como práctica comercial desleal cuando constituya una omisión engañosa:

1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.

2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado.

Cuando el medio de comunicación utilizado imponga limitaciones de espacio o de tiempo, para valorar la existencia de una omisión de información se tendrán en cuenta estas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el empresario o profesional para transmitir la información necesaria por otros medios.

Es de anotar que otro medio imprescindible para la comunicación de tales riesgos es el etiquetado y la presentación de los productos, que si bien no forman parte de la publicidad en cuanto promoción, si son elementos a tener en cuenta desde la perspectiva de la publicidad entendida como CMI, como elemento no ya del *promotional-mix* sino del *marketing-mix*, pero que excede el ámbito del derecho a anunciar. Por ello, se entiende que la LGDCU, de forma general, y sin perjuicio de lo que establecen las normas especiales, al respecto de productos específicos, establece que “el etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo deberán ser de tal naturaleza que no induzcan a error al consumidor y usuario” (Art. 18.1 LGDCU). Igualmente, establece el artículo 18.2.e) de la LGDCU que:

Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular sobre las siguientes: [...] e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsible

En definitiva, tal y como sostiene de forma muy elocuente ESTEVE PARDO:

[...] lo relevante del riesgo a nuestros efectos es que éste cobra existencia con anterioridad al daño, que por lo demás puede no producirse. Es, pues, posible, y deseable, la reacción frente a los riesgos con anterioridad a la aplicación de régimen propio de la responsabilidad. Es más, de lo que se trata es, precisamente, de evitar la

entrada de ese régimen neutralizando o reduciendo el riesgo y cerrando, en definitiva, la posibilidad de producción del daño<sup>768</sup>

## 2. Consumo de sustancias psicoactivas y dependencia

En el Informe sobre la Salud del Mundo 2.002 de la OMS se sostiene, con base en datos del año 2.000, que el 8,9% de la carga total de morbilidad<sup>769</sup> a nivel mundial se debe al consumo de sustancias psicoactivas, mientras que en países desarrollados dicha cifra asciende al 23,2%.<sup>770</sup> Otros estudios más recientes, con base en datos del año 2.010, determinan que la carga total de morbilidad a nivel mundial atribuible al consumo de sustancias psicotrópicas asciende a 12,8%, es decir, se registra un aumento de 3,9% entre el 2.000 y el 2.010.<sup>771</sup> Al ampliar el lapso, y comparar datos de 1.990 con los de 2.010, se debe concluir que la morbilidad derivada del consumo de productos del tabaco aumento en un 3%, aquella derivada del consumo de bebidas alcohólicas aumentó un 28% y la derivada del consumo ilícito de drogas ascendió un 57%.<sup>772</sup> En definitiva, y tal y como sostiene la OMS:

Una parte considerable de la carga mundial de enfermedad y discapacidad es atribuible al consumo de sustancias psicoactivas. Por otro lado, una parte considerable de la carga atribuible al consumo de sustancias está relacionado con la dependencia. El consumo de tabaco y alcohol contribuyen de forma particularmente importante a la carga total. Por consiguiente, las medidas para reducir el daño producido por el tabaco, el alcohol y otras sustancias psicoactivas constituyen una parte importante de la política sanitaria.<sup>773</sup>

Ahora bien, con estos datos en mente, conviene hacer algunas aclaraciones al respecto de las sustancias psicoactivas, su estatus socio-legal, sus efectos adversos y la relación entre su uso y la dependencia. Las sustancias psicotrópicas o psicoactivas, “conocidas más comúnmente como drogas psicoactivas, son sustancias que al ser tomadas pueden modificar la conciencia, el estado de ánimo o los procesos de pensamiento de un individuo”<sup>774</sup>. Autores clásicos como KOROLKOVAS sostienen que los “agentes psicofarmacológicos son drogas que actúan sobre el sistema central nervioso, llegando a deprimir o a estimular su funcionamiento, e incluyen las siguientes clases: depresores

---

<sup>768</sup> ESTEVE PARDO, J., “Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental”, Barcelona: Ariel, 1999, pp. 81-82.

<sup>769</sup> Salvo que se indique lo contrario, los porcentajes que aquí se citan se refieren a Años de Vida Ajustados por Discapacidad (AVAD o DALY, por sus siglas en inglés: Disability-Adjusted Life Years), los cuales se computan sumando los años de vida perdidos debido a morbilidad prematura en la población, más los años de vida perdidos debido a discapacidades.

<sup>770</sup> Cfr. AA.VV., “The World Health Report 2002. Reducing Risks, Promoting Healthy Lives”, Geneva: World Health Organization, 2002, pp. 82, 162 ss.

<sup>771</sup> AA.VV. “A comparative risk assessment of burden of disease and injury attributable to 67 risk factors and risk factor clusters in 21 regions, 1990–2010: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2010”, The Lancet, Vol. 380, Issue 9859, 2224-2260, 15 December, 2012. Cfr. Pp. 2243-2246.

<sup>772</sup> Ibidem

<sup>773</sup> AA.VV. “Neurociencia del Consumo y Dependencia de Sustancias Psicoactivas. Resumen”, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004, pp. 32.

<sup>774</sup> AA.VV. “Neurociencia del Consumo y Dependencia de Sustancias Psicoactivas”, Washington, D.C.: Organización Panamericana de la Salud, 2004, p. 2. La versión que se cita es la traducción autorizada del informe de la OMS: AA.VV., “Neuroscience of psychoactive substance use and dependence”, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004.

del sistema central nervioso, estimulantes del sistema central nervioso, psicofarmacológicos y drogas para el tracto respiratorio”<sup>775</sup>. Otros autores, como JULIEN, ADVOKAT & COMATY, plantean una clasificación más moderna, y distinguen las siguientes cinco categorías<sup>776</sup>:

1ª. Drogas depresoras de la función cerebral, o drogas sedativo-hipnóticas, entre las que cabe destacar: el alcohol etílico, los inhalantes psicoactivos, los barbitúricos, los anestésicos generales, las drogas antiepilépticas, y las benzodiacepinas y otras drogas ansiolíticas.

2ª. Drogas utilizadas para tratar desordenes psicológicos (que corresponden a los psicofarmacológicos de KOROLKOVAS), entre las que cabe destacar: las drogas antidepresivas, aquellas utilizadas para tratar desordenes bipolares, las drogas antipsicóticas, y algunas otras de tipo geriátrico relacionadas sobre todo con el tratamiento de las enfermedades de Parkinson y de Alzheimer.

3ª. Drogas que estimulan la función cerebral, o psico-estimulantes, entre las que cabe destacar: la cocaína, las anfetaminas, la cafeína y la nicotina.

4ª. Drogas analgésicas (entres las que se incluyen las drogas con efectos antitusivos, y otras para el tracto respiratorio de KOROLKOVAS), entre las que cabe destacar: los analgésicos opiáceos y los cannabicos.

5ª. Drogas psicodélicas, entre las que cabe destacar: las anticolirgénicas (como la escopolamina), catecolamínicas (como la mescalina), serotoninicas (como la dietilamida de ácido lisérgico o LSD), glutaminérgicas (como la ketamina) y agonistas kappa opioides (como la salvia divinorum).

## 2.1. Las drogas psicotrópicas y la dependencia

Siguiendo los lineamientos que se plantean en el Informe sobre Neurociencia del Consumo y Dependencia de Sustancias Psicoactivas (INCDSP) de la OMS, el uso de las drogas psicoactivas se puede dividir en tres categorías de conformidad con su estatus socio-legal:

En primer lugar, muchas de estas sustancias son utilizadas como medicación. Los sistemas médicos occidentales y de otro tipo han reconocido desde hace mucho la utilidad de estas sustancias como medicación para aliviar el dolor, ayudar al sueño o a la lucidez y aliviar desórdenes del estado de ánimo. Actualmente, la mayoría de las medicaciones psicoactivas están restringidas al uso por prescripción médica, mediante un sistema de recetas. En muchos países, casi una tercera parte de las recetas es para tales medicaciones. [...]

Una segunda categoría de uso es su estatus ilegal o ilícito. De conformidad con tres convenciones internacionales, la mayoría de los países se han comprometido a considerar como ilegal el comercio y uso no médico de los opiáceos, cannabis, alucinógenos, cocaína y muchos otros estimulantes, al igual que de los hipnóticos y

<sup>775</sup> KOROLKOVAS, A., “Essentials of Medicinal Chemistry”, New York: Wiley, 1988, p. 194.

<sup>776</sup> Cfr. JULIEN, R. M., ADVOKAT, C. D. & COMATY, J. E., “A Primer of Drug Action. A Comprehensive guide to the actions, uses, and side effects of psychoactive drugs”, New York: Worth Publishers, 2008.

sedantes. Además de esta lista, los países o jurisdicciones locales en muchas ocasiones añaden sus propias sustancias prohibidas, por ejemplo bebidas alcohólicas y varios inhalantes. [...]

La tercera categoría de uso es el consumo legal o lícito, para cualquier propósito que elija su consumidor. Dichos propósitos pueden ser muy variables, y no necesariamente se relacionan con las propiedades psicoactivas de la sustancia. Por ejemplo, una bebida alcohólica puede ser una fuente de nutrientes, para calentar o refrescar el cuerpo, o para aliviar la sed; puede funcionar también para un propósito simbólico en una ronda de brindis o como sacramento. Sin embargo, sea cual sea su propósito, el uso de la sustancia inevitablemente va acompañado de sus propiedades psicoactivas.<sup>777</sup>

Ahora bien, algo que tienen en común todas las drogas psicotrópicas es que su consumo produce una serie de efectos neurológicos que en sí mismos son susceptibles de generar dependencia. Es decir, un primer riesgo, inherente al consumo de cualquier sustancia psicotrópicas, es la generación de dependencia, la cual “está considerada como el principal factor de contribución al daño social y de la salud producido por el uso de sustancias psicoactivas, según su definición como el motor para continuar el uso. De hecho, un elemento de la definición de la dependencia la imputa a la ocurrencia del daño: el uso continúa a pesar de conocer el daño”<sup>778</sup>. La dependencia se desencadena por la sensibilización del sistema mesolímbico dopaminérgico, “es decir en el incremento de dopamina en el núcleo accumbens observado como consecuencia de exposiciones repetidas a las drogas, y que ha sido reportado respecto a sustancias psicoactivas de toda clase”<sup>779</sup>. Es decir, no obstante el hecho de que cada droga psicoactiva tiene un mecanismo farmacológico de acción específico, todas, sin distinción, activan el sistema mesolímbico dopaminérgico.<sup>780</sup> Tal y como se explica en el INCDSP:

La vía dopaminérgica mesolímbica está situada en una zona del cerebro conocida como mesencéfalo, y es el sistema más implicado en la capacidad de las sustancias psicoactivas para producir dependencia. Dos zonas muy importantes para la dependencia de sustancias son el área tegmentaria ventral y una zona con la que está comunicada, denominada núcleo accumbens. El área tegmentaria ventral es una zona rica en neuronas que contienen el neurotransmisor dopamina. Los cuerpos celulares de estas neuronas envían proyecciones hacia regiones del cerebro implicadas en la emoción, el pensamiento, la memoria y la planificación y ejecución de los comportamientos. El núcleo accumbens es una zona del cerebro muy importante que está implicada en la motivación y el aprendizaje y en el señalamiento del valor motivacional de los estímulos. Las sustancias psicoactivas aumentan la liberación de dopamina en el núcleo accumbens, y se cree que esto es un acontecimiento importante en el reforzamiento<sup>781</sup>

Adicionalmente, el consumo de estas sustancias genera riesgos específicos, asociados a cada una de ellas, de padecer otros muchos efectos adversos sobre la salud del consumidor, tal y como se refleja en los datos de morbilidad que se han comentado, y como tendrá ocasión de comentarse más adelante. Tales efectos pueden agruparse en cuatro categorías: 1º. Los efectos crónicos sobre la salud; 2º. Los efectos biológicos

---

<sup>777</sup> INCDSP, p. 2

<sup>778</sup> INCDSP, p. 242.

<sup>779</sup> INCDSP, p. 54.

<sup>780</sup> INCDSP, p. 43.

<sup>781</sup> INCDSP, p. 20

agudos, o a corto plazo (entre los que se puede incluir la sobredosis y la intoxicación inhabilitante)<sup>782</sup>; 3º. Problemas sociales agudos, como la ruptura de relaciones y los arrestos; y 4º. Los problemas sociales crónicos, como el ausentismo laboral.<sup>783</sup> Interesa pues explicitar la relación entre el consumo de este tipo de sustancias y la dependencia, tanto como consecuencia en si misma atentatoria contra la salud y, adicionalmente, como mecanismo que relaciona el consumo con otros perjuicios vitales y sociales.

## 2.2. La dependencia como enfermedad de consumo

La “dependencia de una sustancia”, o “síndrome de dependencia”, tal y como se establece en el INCDSP

[...] es el término técnico que actualmente se emplea para el concepto de “adicción”. En el núcleo de este concepto está la noción de que se disminuye o incluso se pierde el control y la voluntad que tiene el usuario sobre el uso de la droga. El usuario ya no opta por consumirla simplemente por los beneficios aparentes; el uso se ha hecho habitual, y las ansias de volverla a usar significan que el usuario siente que el hábito ya no está bajo su control. Por consiguiente, la dependencia del usuario es la causa del uso ulterior, a pesar de las consecuencias adversas que pudieron haber impedido seguir utilizando las sustancias a otros que no son dependientes.<sup>784</sup>

Desde una perspectiva positivista la dependencia es una enfermedad, “no es un problema de voluntad o de fuerza de carácter, sino un trastorno médico que puede afectar a cualquier persona. La dependencia es un trastorno crónico y recidivante, que a menudo coincide con otros trastornos físicos y mentales”<sup>785</sup>. Es una patología psiquiátrica que se presenta como la última etapa de un proceso de aprendizaje disfuncional y que termina por constituirse en un mecanismo heurístico de naturaleza fisiológica que impide la toma de decisiones de consumo libres, degradando así la dignidad del sujeto y condicionando un consumo que conllevará consecuencias cada vez más nefastas para la salud de la persona.<sup>786</sup>

---

<sup>782</sup> “Los perjuicios para la sociedad no son causados únicamente por las personas dependientes. También hay perjuicios importantes relacionados con las personas no dependientes, por la intoxicación aguda y la sobredosis, y por la forma de administración (p.e.: mediante inyecciones no seguras). No obstante, se pueden poner en práctica políticas y programas eficaces de salud pública que proporcionan una importante reducción de la morbilidad global relacionada con el consumo de sustancias.” (AA.VV. “Neurociencia del Consumo y Dependencia de Sustancias Psicoactivas. Resumen”, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004, pp. 33)

<sup>783</sup> Cfr. INCDSP, pp. 10-11

<sup>784</sup> INCDSP, p. 12

<sup>785</sup> AA.VV. “Neurociencia del Consumo y Dependencia de Sustancias Psicoactivas. Resumen”, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004, pp. 33. En el mismo Resumen oficial del Informe se dice: “La dependencia es un trastorno causado por el consumo de sustancias psicoactivas, que trastornan los procesos cerebrales perceptuales, emocionales y motivacionales normales. [...] Antes, la dependencia de sustancias no se consideraba como un trastorno cerebral, del mismo modo que las enfermedades psiquiátricas y mentales tampoco se consideraban como tal. No obstante, con los progresos recientes de la neurociencia ha quedado claro que la dependencia de sustancias es un trastorno cerebral, tanto como cualquier otra enfermedad neurológica o psiquiátrica”. (Ibidem, pp. 12-13).

<sup>786</sup> “El cerebro dispone de sistemas que han evolucionado para guiar y dirigir el comportamiento hacia estímulos que son esenciales para la supervivencia. Por ejemplo, los estímulos asociados con la comida, el agua y la pareja activan vías específicas y refuerzan comportamientos que llevan a la consecución de los respectivos objetivos. Las sustancias psicoactivas activan artificialmente estas mismas vías, pero de



Ahora bien, se ha de subrayar que la dependencia “es un trastorno complejo, con mecanismos biológicos que afectan al cerebro y a su capacidad para controlar el consumo de sustancias. Sus determinantes no son únicamente biológicos y genéticos, sino también psicológicos, sociales, culturales y ambientales. En la actualidad no hay forma de identificar a quienes se volverán dependientes, ni antes ni después de que empiecen a consumir drogas”<sup>787</sup>. La dependencia se entiende de forma holística, se estudia no sólo al sujeto, sus determinantes biológicos, psicológicos, etc., sino que se analiza la relación dinámica entre éste, el objeto de su adicción, y los factores ambientales. En este orden de ideas, la regulación de este tipo de sustancias, y de su publicidad, viene a ser uno de los factores ambientales que se han de tener en cuenta. Como han puesto de relieve PLANZER Y ALEMANNIO:

La ciencia se ha ido orientando hacia una comprensión holística de la adicción: en lugar de enfocarse exclusivamente en el sujeto (v.gr., en el genoma), o en los componentes estructurales y bioquímicos del objeto (v.gr., la cocaína o las máquinas tragaperras), la adicción se entiende como una relación de triangulación dinámica que involucra al sujeto de la adicción, al objeto de la adicción y a los factores ambientales. En este modelo, la regulación no es más que un factor ambiental que impacta en el sujeto<sup>788</sup>

Tal y como se acaba de indicar, todas las sustancias psicoactivas, sin distinción, activan el sistema mesolímbico dopaminérgico. Esto es de vital importancia, pues se sabe que “el sistema mesolímbico dopaminérgico tiene una función primaria para guiar la conducta motivada, [y que] la exposición repetida del cerebro a las sustancias psicoactivas produce la formación de asociaciones intensas”<sup>789</sup>. Ahora bien, no todo consumo de este tipo de sustancias desencadena dependencia. Tal como lo ha expresado la OMS:

Con la exposición repetida a drogas, existe la asociación repetida de la recompensa de las drogas y los estímulos relacionados con ésta, paralelos a la estimulación de la transmisión de dopamina en el núcleo accumbens, produciendo la atribución de valores motivacionales a estímulos asociados con drogas. Ésta es la etapa de la sensibilización por incentivos. En esta etapa, la persona puede seguir controlando la ingesta de drogas en ausencia de estímulos relacionados con la droga, y no es dependiente, aunque puede experimentar consecuencias sociales y de salud por el uso de la sustancia. Esta etapa a veces se llama uso peligroso de sustancia.<sup>790</sup>

---

forma muy intensa, produciendo un aumento de la motivación para continuar con este comportamiento. Así pues, según esta teoría, la dependencia es el resultado de una interacción compleja de los efectos fisiológicos de las sustancias sobre zonas cerebrales asociadas con la motivación y la emoción, combinados con el aprendizaje sobre la relación entre las sustancias y las señales relacionadas con ellas. (AA.VV. “Neurociencia del Consumo y Dependencia de Sustancias Psicoactivas. Resumen”, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004, pp. 20)

<sup>787</sup> (AA.VV. “Neurociencia del Consumo y Dependencia de Sustancias Psicoactivas. Resumen”, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004, pp. 33).

<sup>788</sup> “Scholarship has moved towards understanding addiction in a holistic manner: instead of focusing exclusively on the subject (e.g., the genome) or the biochemical or structural components of the object (e.g., cocaine, slot machines), addiction is understood in a triangular and dynamic interplay involving the subject of addiction, the object of addiction and the environmental factors. In this model, regulation is nothing other than an environmental factor which impacts on the subject.” (PLANZER & ALEMANNIO, p. 336).

<sup>789</sup> INCDS, p. 52.

<sup>790</sup> INCDS, p.58.

Clínicamente se considera que existe dependencia cuando se presentan al menos tres de los siguientes seis indicadores<sup>791</sup>:

- Un deseo intenso o sensación de compulsión de tomar la sustancia.
- Dificultades para controlar el comportamiento de consumo de la sustancia en términos de su inicio, terminación o niveles de uso.
- Un estado fisiológico de abstinencia.
- Evidencias de tolerancia.
- Abandono progresivo de placeres o intereses alternativos.
- Uso persistente a pesar de evidencias claras de consecuencias nocivas.

La probabilidad de que se genere una dependencia, o cualquier otro de los efectos nocivos producidos por este tipo de sustancias, dependerá, entre otras cosas, de la cantidad de sustancia consumida, la forma en que se consume y los patrones de consumo.<sup>792</sup> Este punto se tratará en mayor detalle al respecto del tabaco y del alcohol en el apartado siguiente. No obstante, se subraya aquí para destacar la importancia que tiene en este sentido la publicidad de este tipo de sustancias, pues esta puede y debe servir para informar y educar al respecto de tipos y patrones de consumo saludables, tal y como se vio en el apartado anterior. Permitir, o no, que la publicidad de este tipo de sustancias asocie su consumo a determinados valores, emociones, actividades, etc., es especialmente problemático en el caso de sustancias susceptibles de generar dependencia. Este hecho se refleja claramente en la exigencia legal de que la publicidad de este tipo de sustancias sólo se realice “en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen” (LGP Art. 5.4). La emocionalización publicitaria del consumo de sustancias susceptibles de generar dependencia implica y conlleva una heurística que exagera las consecuencias negativas de la dependencia en tanto y en cuanto incapacidad de tomar decisiones de consumo libres. Por ello, se afirma en el INCDSP que:

[...] la exposición a sustancias psicoactivas y el uso de sustancias en la vida cotidiana y a través de los medios de información, particularmente al presentarse en un entorno positivo, pueden producir emociones placenteras. Se puede condicionar fácilmente a un individuo para asociar estas emociones con el uso de sustancias, lo que produce aprendizaje, atención enfocada, memoria facilitada y el desarrollo de actitudes alrededor del uso de sustancias que guían la motivación. Estos factores interactúan con factores individuales, biológicos, sociales y culturales que determinan si se repite o no el uso de una sustancia, y si el uso repetido de ésta da lugar a la serie de síntomas conocidos como dependencia.<sup>793</sup>

---

<sup>791</sup> Cfr. INCDSP, pp.58 ss.

<sup>792</sup> “La dependencia es un trastorno complejo; la manera en que un individuo se hace dependiente de las drogas es probablemente tan compleja como el cerebro mismo. Son claros algunos aspectos del síndrome, aunque queda mucho por conocerse, por ejemplo en lo que se refiere a la avidez y la pérdida de control. No existe una relación lineal entre la cantidad de sustancia empleada y la severidad de la dependencia; no hay una relación única entre el patrón de uso y el inicio de la dependencia y no existe una relación fija entre la dependencia y la experimentación. En consecuencia, a pesar de nuestros conocimientos sobre cuestiones como la vulnerabilidad, los mecanismos de tolerancia, la abstinencia y la avidez, en la actualidad no podemos predecir quién perderá el control por el uso para luego hacerse dependiente. Por consiguiente, queda mucho por conocer de estos procedimientos al estudiar la neurociencia y las ciencias sociales de las conductas relacionadas con la dependencia” (INCDSP, p. 242).

<sup>793</sup> INCDSP, p. 58.

### 2.3. Publicidad y dependencia

Tal y como se ha explicado más arriba, indistintamente del nivel de involucramiento del consumidor con el producto ofertado y de su motivación frente a la publicidad, se ha demostrado claramente que la saturación de la capacidad de procesamiento de información de los destinatarios de la publicidad favorece siempre y en todo caso la consolidación de heurísticas basadas en la emocionalización del consumo, las cuales se construyen y dinamizan mediante la creación y comunicación publicitaria del VEM.<sup>794</sup> Investigaciones como las de DAMASIO han servido para verificar la importancia de las emociones en el proceso de toma de decisiones, y por ello, puede decirse que también del VEM en el contexto del consumo. Para este autor es claro que las emoción y los sentimientos no son “simples actores en el proceso de razonar, sino agentes indispensables”<sup>795</sup>; y, a continuación indica: “La señal emocional no es un sustituto del razonamiento adecuado. Posee un papel auxiliar, que aumenta la eficiencia del proceso de razonamiento y lo hace más rápido. En ocasiones puede hacer que dicho proceso sea casi superfluo, como cuando rechazamos de inmediato una opción que conduciría aun desastre seguro o, por el contrario, nos lanzamos a una buena oportunidad que cuenta con una elevada probabilidad de éxito”.

La consolidación de heurísticas basadas en el VEM representan un problema especialmente grave en el caso de las sustancias que generan dependencia, pues predisponen positivamente a su consumo sin proporcionar ningún tipo de información acerca de tipos, modos y patrones de consumo que minimicen el riesgo de desarrollar dependencias, y de padecer otras patologías asociadas a su consumo. La asociación emocional positiva de las marcas de las drogas psicoactivas exacerba el riesgo de generar dependencia en dos niveles. Primero, al predisponer positivamente el consumo de una sustancia, sin facilitar la correspondiente información de riesgos, no sólo se imposibilita una decisión de consumo informado, sino que se activan anticipadamente los sistemas motivacionales en los que se basa la dependencia, es decir, actúa como estímulo anticipado de sensibilización al incentivo. Tal y como se afirma en el INCDSP:

En la dependencia, las sustancias psicoactivas activan repetidamente los sistemas motivacionales del cerebro que normalmente son activados por estímulos importantes, como la comida, el agua, el peligro y la pareja. El cerebro es engañado por las sustancias, que lo llevan a responder como si éstas y los estímulos asociados a ellas fueran biológicamente necesarios. A medida que la exposición se repite, la asociación se hace cada vez más fuerte y produce una respuesta conductual y neuroquímica cada vez mayor. Esto se conoce como sensibilización al incentivo, y consiste en el hecho de que las sustancias psicoactivas y los estímulos asociados a su consumo adquieren cada vez más importancia motivacional y conductual.<sup>796</sup>

Es más, existen numerosas investigaciones que sugieren que la repetida exposición a las marcas en la publicidad—su nombre, su logo o su diseño gráfico—a la que están sujetos los destinatarios de la misma, genera de por sí, e independientemente de la valoración real que pueda tener el consumidor del respectivo producto o marca, lo que se denomina

---

<sup>794</sup> Var apartado 2.2. del Capítulo II.

<sup>795</sup> Damasio, “En busca de Espinosa”, ob. Cit. p. 141.

<sup>796</sup> AA.VV. “Neurociencia del Consumo y Dependencia de Sustancias Psicoactivas. Resumen”, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004, pp. 22.

el efecto de mera exposición.<sup>797</sup> Según se ha demostrado, entre otras cosas, el efecto de mera exposición hace que los consumidores preferirán las marcas conocidas, incluso sobre aquellas que puedan tener atributos o calidades superiores.<sup>798</sup> Igualmente, en virtud del efecto de mera exposición se consigue que las respuestas emocionales automáticas se hagan impenetrables a nivel cognitivo<sup>799</sup> y, se genera, en todo caso, un aumento de preferencia por el producto-marca expuesto.<sup>800</sup> Así pues, tal y como apunta BRADFORD, la familiaridad de la marca, generada por su mera exposición, “puede generar un eterno bucle de reforzamiento positivo en el que la publicidad aumenta la familiaridad y las asociaciones positivas, y la familiaridad y las asociaciones positivas aumentan la receptividad a los reclamos publicitarios. Consecuentemente, la familiaridad de una marca se ha convertido en uno de los más poderosos predictores de las preferencias de consumo”<sup>801</sup>.

Así como el consumo repetido de sustancias psicoactivas genera una sensibilización al incentivo que predispone a mayor consumo, y que puede desencadenar una dependencia, la publicidad aumenta la familiaridad y connotaciones positivas de los productos-marca, lo que, a su vez, aumenta la receptividad de los consumidores a los reclamos de la misma, es decir, a consumir más de dicho producto-marca. Puede entonces hablarse de una heurística de base fisiológica que motiva y sostiene el consumo de las sustancias psicotrópicas, la cual se puede promover y reforzar mediante heurísticas afectivas o emocionales que los anunciantes construyen y mantienen mediante la publicidad. En este orden de ideas, una cuestión importante es determinar hasta qué punto la regulación de la publicidad de las sustancias susceptibles de generar dependencia materializa el principio de prevención a este respecto, hasta qué punto se limita el derecho de anunciar del anunciante en tanto y en cuanto sede de creación y comunicación del VEM.

Este primer nivel de riesgo al que se acaba de hacer referencia atañe a todo destinatario de la publicidad, y se refiere a la posibilidad misma de que se genere una dependencia. Ahora bien, un segundo nivel en el que la publicidad de drogas psicoactivas genera un riesgo específico es en el caso de las personas que han padecido dependencia, pues como se ha dicho, esta es una patología recidivante. En estos casos, el efecto de la mera exposición de marca, por ejemplo, tiene efectos bien diferentes, pues de la sensibilización ya se han recorrido los caminos neuronales que, pasando por el uso

---

<sup>797</sup> GARBARINO, E. C. & EDELL, J. A., “Cognitive Effort, Affect, and Choice”, 24 J. Consumer Res. 147, 148 (1997), p. 156; SCHWARZ, N. & VAUGHN, L. A., “The Availability Heuristic Revisited: Ease of Recall as Distinct Sources of Information”, en GILOVICH, T., et al. (eds.) “Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment”, 2003, p. 111; y, NEDUNGADI, P., “Recall and Consumer Consideration Sets: Influencing Choice without Altering Brand Evaluations”, 17 J. Consumer Res. 263 (1990).

<sup>798</sup> WILLIAM E. BAKER, When Can Affective Conditioning and Mere Exposure Directly Influence Brand Choice?, 28 J. ADVERT. 31, 44-45 (1999) at 44

<sup>799</sup> WINKIELMAN, P., et. al., “The Hedonic Marking of Processing Fluency: Implications for Evaluative Judgment”, en MUSCH, J. & KLAUER, K. C. (eds.), “The Psychology of Evaluation: Affective Processes in Cognition and Emotion”, 2003 pp. 189 ss.; KENNETH HEILMAN, K., “Emotional Experience: A Neurological Model”, in LANE, R. & NADEL, L. (eds.), “Cognitive Neuroscience Of Emotion”, 2000, p. 328 ss.

<sup>800</sup> JANISZEWSKI, C., “Preattentive Mere Exposure Effects”, 20 J. Consumer Res. 376 (1993), p. 337.

<sup>801</sup> BRADFORD, L. R., “Emotion, Dilution, and the Trademark Consumer”, 23 Berkeley Tech. L.J. 1227 2008, p. 1268.

peligroso, desencadenaron ya la dependencia en el sujeto. En este orden de ideas, conviene traer a colación nuevamente el INCDSP, en el siguiente sentido:

La publicidad de los productos de alcohol y tabaco generalmente tratan de asociar sus productos con imágenes que crean una respuesta emocional positiva. Esto forma una asociación en el cerebro entre el producto y la respuesta emocional evocada por la publicidad. A un individuo con dependencia de sustancias le basta con ver accesorios para drogas (por ejemplo jeringas u objetos para fumar) o exponerse a entornos en los que previamente se utilizaron drogas, para inducir avidez de drogas y recaídas en el uso de sustancias mediante procesos de condicionamiento clásico<sup>802</sup>

Y, en otro lugar se dice:

Mediante procesos de aprendizaje asociativo, la motivación para consumir sustancias psicoactivas puede ser activada intensamente por estímulos (ambientes, personas, objetos) asociados al consumo de la sustancia, causando así el intenso deseo que puede vencer a la persona y hacer que vuelva a consumir la sustancia, incluso tras largos períodos de abstinencia. Esto también ayuda a entender por qué los síntomas de abstinencia, por sí solos, no son suficientes para explicar todas las manifestaciones de la dependencia, puesto que incluso las personas que han abandonado completamente el consumo de una determinada sustancia pueden volver a consumirla tras verse expuestos a una amplia gama de situaciones diferentes<sup>803</sup>

Dicho lo anterior, procede ahora estudiar, desde la perspectiva del denso y multifacético derecho de los consumidores a recibir información correcta sobre el adecuado uso, consumo o disfrute de los productos, hasta qué punto la regulación de la publicidad de las drogas psicotrópicas, establecida por la legislación positiva, estatal y autonómica, recoge el espíritu de dicho derecho, lo respeta, garantiza y desarrolla.

---

<sup>802</sup> INCDSP, p. 45.

<sup>803</sup> AA.VV. “Neurociencia del Consumo y Dependencia de Sustancias Psicoactivas. Resumen”, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004, pp. 22.



## CAPÍTULO VIII. LA REGULACIÓN DEL DERECHO A ANUNCIAR PRODUCTOS QUE GENERAN DEPENDENCIA

Tal y como se recoge en el INCDS, “[l]as sustancias psicoactivas de uso más común son las siguientes: cafeína y estimulantes similares, comúnmente bebidos en forma de café, té y muchos refrescos; nicotina, que actualmente se consume con mayor frecuencia al fumar cigarrillos de tabaco; y bebidas alcohólicas, que vienen en una amplia variedad, incluyendo cerveza, vino y destilados”.<sup>804</sup> En el mismo Informe, recogiendo cifras publicadas en el ya citado Informe sobre la Salud del Mundo 2002 de la OMS<sup>805</sup>, se recuerda que:

Entre los 10 principales factores considerados en términos de carga evitable, el tabaco ocupó el cuarto lugar y el alcohol el quinto en 2000, y ambos siguen en lugares importantes en la lista de proyecciones para 2010 y 2020. La carga estimable atribuible en 2000 fue de 59 millones de AVAD para el tabaco, 58 millones para el alcohol y 11 millones para las drogas ilícitas. En otras palabras, el tabaco y el alcohol representaron 4.1% y 4.0%, respectivamente, de la carga de morbilidad en 2000, en tanto que las drogas ilícitas representaron 0.8%. Las cargas atribuibles al tabaco y al alcohol son particularmente agudas entre los varones en países desarrollados (principalmente en América del Norte y Europa), donde el tabaco, el alcohol y las drogas ilícitas representan 17.1%, 14.0% y 2.3%, respectivamente, de la carga total<sup>806</sup>

Este tipo de estudios, importantes y encomiables, sólo analizan riesgos derivados del consumo, y de la dependencia, en términos de morbilidad; es decir, en términos de protección del derecho a la salud. No obstante, si se toman en cuenta otras variables, si se consideran otros riesgos, de tipo social, asociados al consumo de sustancias psicotrópicas los resultados son bien diferentes. Esto se puede constatar al considerar el importante estudio de NUTT publicado en 2010.<sup>807</sup> Si bien este estudio se circunscribe a datos recopilados en el Reino Unido, no por ello deja de ser ilustrativo del hecho de que los reguladores deben estar atentos, no sólo a los riesgos relacionados con la salud de las personas, sino también con otros, de tipo social, a la hora de normar la venta, el consumo y la publicidad de drogas psicoactivas. Los resultados del estudio de NUTT se condensan en la Tabla 1 (ver página siguiente), en la que se puntúan los daños sufridos por el consumidor en el eje horizontal, y los daños a terceros en el vertical.<sup>808</sup>

---

<sup>804</sup> INCDS, p. 4

<sup>805</sup> Cfr. AA.VV., “The World Health Report 2002. Reducing Risks, Promoting Healthy Lives”, Geneva: World Health Organization, 2002, pp. 82, 162 ss.

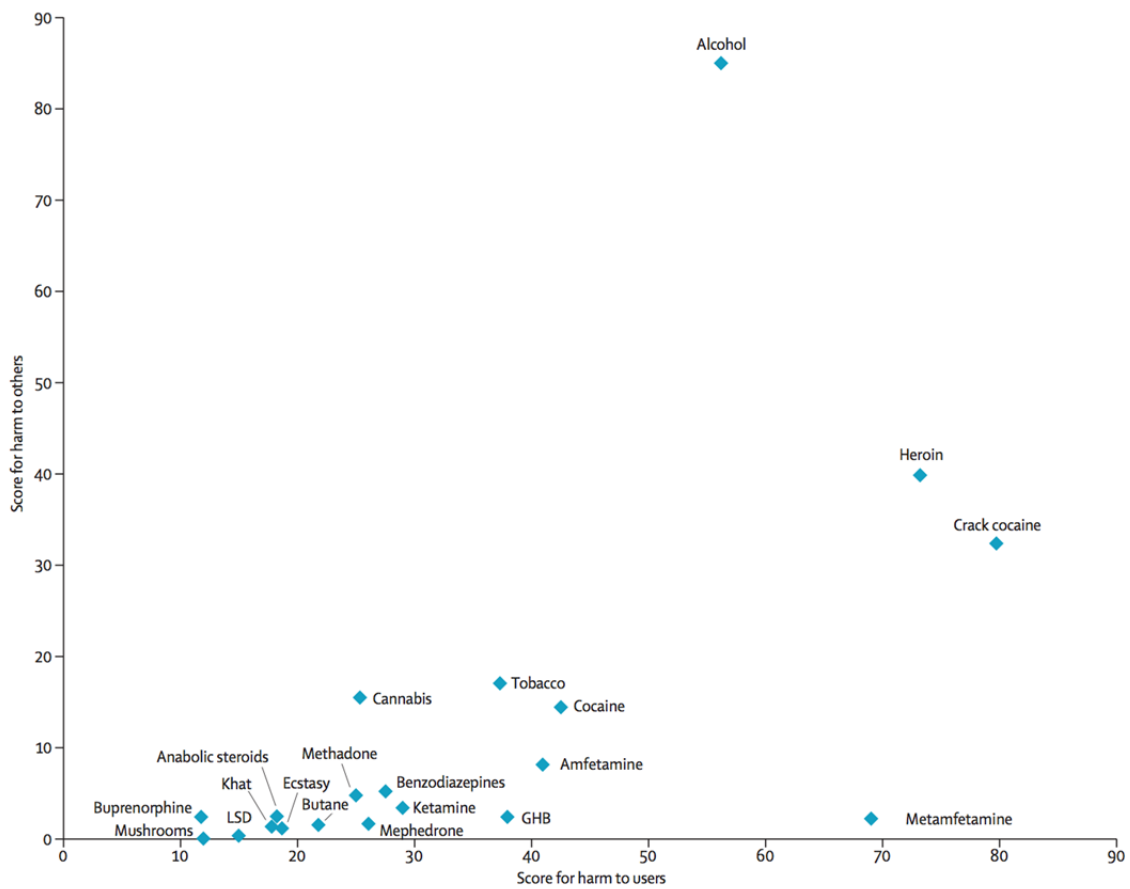
<sup>806</sup> INCDS, p. 16

<sup>807</sup> NUTT, D. J., KING, L. A. & PHILLIPS, L. D., “Drug harms in the UK: a multicriteria decision analysis”, *The Lancet*, Vol. 376, Issue 9752, 1558-1565, 15 November, 2010.

<sup>808</sup> Tomada de: NUTT, D. J., KING, L. A. & PHILLIPS, L. D., “Drug harms in the UK: a multicriteria decision analysis”, *The Lancet*, Vol. 376, Issue 9752, 1558-1565, 15 November, 2010, p. 5.

Según este estudio, las drogas más dañinas para el consumidor son, en primer lugar, la heroína, seguida por la cocaína crack y la metanfetamina; mientras que las drogas más dañinas en términos de perjuicios ocasionados a terceros, a la sociedad, son, primero, el alcohol, seguido de la cocaína crack y la heroína. Al combinar estas puntuaciones se tiene que la droga más dañina en términos globales es el alcohol, seguido de la heroína la cocaína crack. Impacta saber que la sola puntuación de los daños al consumidor derivados del consumo de bebidas alcohólicas es igual al daño total, es decir a la suma de daños al consumidor y de los daños a la sociedad, derivados del uso del tabaco.

Tabla 1

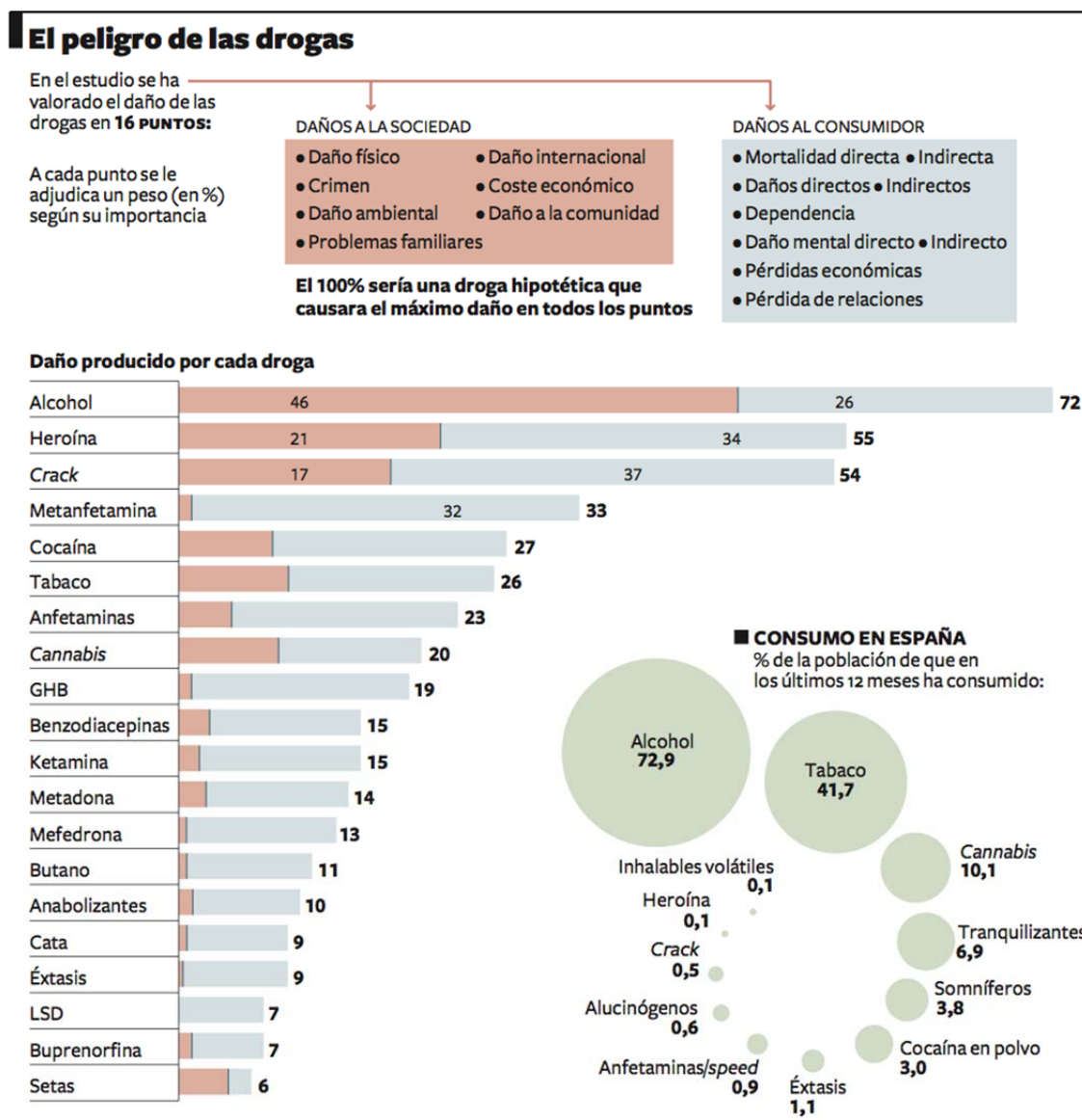


Para apreciar mejor los resultados de la investigación de NUTT es importante explicitar que allí el daño global atribuible a cada sustancia se divide en dos grupos, el primero incluye los daños que atañen al consumidor, y en el segundo se agrupan los daños ocasionados a terceros. En el primer grupo—daños sufridos por el consumidor—se organizan nueve tipos de daño en tres subgrupos, a saber: El daño físico, que incluye la morbilidad directa e indirecta, y los daños directos e indirectos asociados al consumo de cada sustancia; los daños psicológicos, que incluyen la dependencia y los daños mentales directo e indirectos; y los daños sociales, que incluyen los detrimentos patrimoniales y la pérdida de relaciones. Luego, en un segundo grupo se ordenan siete tipos de daño en dos subgrupos: los daños físicos y psicológicos, que incluye todo tipo de lesiones ocasionadas a terceros; y los daños sociales, que incluyen el crimen, el daño ambiental, los problemas familiares, el daño internacional, el coste económico y el daño a la comunidad. Así pues, ocho de los dieciséis tipos de daño, incluidos en los



subgrupos de daños físicos y psicológicos, atañen a la salud de las personas. Todo lo cual se puede apreciar fácilmente en la siguiente tabla (Tabla 2)<sup>809</sup>.

Tabla 2



El estudio de NUTT se trae a colación para ilustrar el hecho de que la determinación de la peligrosidad de las sustancias psicotrópicas es una cuestión bien compleja, y en absoluto exenta de polémica. Ahora bien, la determinación de los riesgos es fundamental, pues como es natural, es de esperarse que la regulación de estas sustancias, de su venta, consumo y publicidad, sea tanto más restrictiva cuanto mayor sea la peligrosidad de la sustancia de la que se trate. Tal y como afirma la OMS: “Todas

<sup>809</sup> Tomada de: DE BENITO, EMILIO, “El alcohol causa más estragos en la sociedad que las drogas ilegales” *El País*, martes 2 de noviembre de 2.010, p. 32; artículo en el que se comenta el informe de NUTT que aquí se cita.

las sustancias psicoactivas pueden ser nocivas para la salud, dependiendo de cómo se tomen, en qué cantidades y con cuánta frecuencia. El daño difiere de una sustancia a otra, y la reacción de la salud pública al uso de sustancias debe ser proporcional al daño que causan sobre la salud.”<sup>810</sup> Adicionalmente, tal y como se ha explicado, y como se refleja en diversos estudios, como en el de NUTT que aquí se cita, la dependencia es, en sí misma, un daño conocido que se deriva, al menos en parte, de patrones de consumo peligrosos: “La experimentación no necesariamente produce dependencia, aunque mientras mayor sea la frecuencia y cantidad de sustancia utilizada, mayor será el riesgo de dependencia”.<sup>811</sup>

Esta peligrosidad intrínseca de las drogas psicotrópicas, para la salud, integridad personal y vida de los consumidores, variará dependiendo de la sustancia de la que se trate. No obstante, tal y como se ha comentado, un peligro común a todas las sustancias de este tipo es el riesgo de que su consumo genere dependencia. La verificación de este riesgo no sólo comporta un daño en sí mismo, padecer el síndrome de dependencia, sino que tiene la capacidad de exacerbar los demás daños a la salud, y de todo otro tipo, en la medida en que incapacita al consumidor para controlar su consumo, para tomar decisiones de consumo libres.

Para estudiar la regulación española del derecho a anunciar productos que generan dependencia, y poder constatar de qué forma y hasta qué punto dicha regulación garantiza los derechos de libertad de información y de salud de los consumidores, es necesario situarse en el nivel Autonómico, pues es allí donde se encuentra la mayor regulación de la publicidad de este tipo de drogas, y por ende, del derecho a anunciarlas. En los siguientes tres sub-apartados se describen de forma sumaria los tres esquemas regulatorios que norman el derecho de anunciar este tipo de sustancias.

En primer lugar, se estudiara el fenómeno de la publicidad dirigida a consumidores finales sin restricciones especiales, categoría en la que únicamente se encuentra la cafeína. Luego, en segundo lugar, se analiza la regulación de la publicidad de narcóticos o drogas psicotrópicas dirigida a consumidores finales, regulada y restringida de forma particular, conforme a lo establecido en el artículo 5.4 de la LGP. Y, en tercer lugar, se estudiara la prohibición de publicidad dirigida a consumidores finales. Evidentemente, sólo interesa, para efectos de esta investigación, la regulación de la publicidad dirigida a consumidores finales, ya que sólo es esta la que puede impactar de forma directa los derechos a la libertad de información y de la salud de los destinatarios de la publicidad, y sólo ésta puede servir de cauce para materializar el principio de prevención, tal y como se argumentará.

## **1. La publicidad no regulada: La cafeína**

Tal y como se ha comentado, el artículo 5.4 de la LGP supedita el ejercicio del derecho a anunciar drogas psicotrópicas a su conformidad con las normas especiales que regulan la publicidad de las mismas. Reza el citado artículo: “Los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo de personas y animales,

---

<sup>810</sup> INCDSP, p. 247

<sup>811</sup> INCDSP, p. 248

solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen”. Tal y como afirma PINO ABAD, el artículo 5.4 de la LGP, “no ofrece esa posibilidad de optar entre una norma especial que regule la publicidad de los productos a los que se refiere, o una autorización administrativa previa, sino que exige, en todo caso, la existencia de una norma especial que regule dicha publicidad”<sup>812</sup>. Queda pues muy claro que los productores y comerciantes de drogas psicotrópicas sólo podrán ejercer su derecho a anunciar en determinados casos, y siempre con sujeción a los requisitos de forma y a las condiciones establecidas en normas especiales que regulan la respectiva publicidad.

Si bien en opinión de la OMS “el uso de las sustancias cafeinadas presenta relativamente pocos problemas”<sup>813</sup>, no por ello deja de ser cierto, como se ha dicho, que la droga psicoactiva más utilizada en el mundo es la cafeína, y que la publicidad de esta, al igual que la de todas las demás drogas psicoactivas, solo puede crearse y emitirse en España conforme a su regulación especial. No obstante la opinión de la OMS, es importante señalar que esa misma organización considera que el consumo de cafeína puede producir una serie de patologías tal y como se recoge en el la versión vigente de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas de Relacionados Salud de la OMS, o ICD-10<sup>814</sup>. De hecho, de acuerdo a la ICD-10, la cafeína es una especie de sustancia psicotrópica estimulante cuyo consumo puede producir síndrome de dependencia, intoxicaciones agudas y síndrome de abstinencia entre otros.

El síndrome de dependencia producido por el consumo de cafeína ha sido abordado en numerosos estudios, y está muy bien documentado.<sup>815</sup> La intoxicación por cafeína es un síndrome clínico que no sólo reconoce la OMS sino que también reconocen entidades como la Asociación Psiquiátrica Americana, y cuyo cuadro clínico incluye, entre la sintomatología más común: nerviosismo, ansiedad, insomnio, malestar estomacal, temblores, taquicardia y agitación psicomotriz.<sup>816</sup> Ahora bien, no puede olvidarse que existen casos en los que la intoxicación por cafeína ha conducido a la muerte<sup>817</sup>, y

---

<sup>812</sup> PINO ABAD, M., “La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988”, Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo & Instituto Nacional del Consumo, p. 78.

<sup>813</sup> INCDS, p. 4

<sup>814</sup> La 10ª, y vigente revisión de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados de Salud (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision) de la OMS, o ICD-10 puede consultarse en la siguiente dirección de Internet: <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en>

<sup>815</sup> Cfr.: Bernstein, G.A., Carroll, M.E., Thuras, P.D., Cosgrove, K.P., Roth, M.E., “Caffeine dependence in teenagers”, 2002 *Drug Alcohol Depend.* 66, 1–6; Hughes, J.R., Oliveto, A.H., Liguori, A., Carpenter, J., Howard, T., “Endorsement of DSM-IV dependence criteria among caffeine users”, 1998 *Drug Alcohol Depend.* 52, 99–107; Jones, H.A., Lejuez, C.W., “Personality correlates of caffeine dependence: the role of sensation seeking, impulsivity, and risk taking”, 2005 *Exp. Clin. Psychopharm.* 13, 259–266.; Oberstar, J.V., Bernstein, G.A., Thuras, P.D., “Caffeine use and dependence in adolescents: one-year follow-up”, 2002 *J. Child Adolesc. Psychopharmacol.* 12, 127–135; Strain, E.C., Mumford, G.K., Silverman, K., Griffiths, R.R., “Caffeine dependence syndrome. Evidence from case histories and experimental evaluations”, 1994 *JAMA* 272, 1043–1048; y Svikis, D.S., Berger, N., Haug, N.A., Griffiths, R.R., “Caffeine dependence in combination with a family history of alcoholism as a predictor of continued use of caffeine during pregnancy”, 2005 *Am. J. Psychiatry* 162, 2344–2351, entre otros.

<sup>816</sup> Cfr. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, “Diagnostic and statistical manual of mental disorders: DSM-IV”, Washington, DC: American Psychiatric Association, 1994.

<sup>817</sup> Cfr.: ARI KAPNER, D., “Ephedra and energy drinks on college campuses” The Higher Education Center for Alcohol and Other Drug Abuse and Violence Prevention, 2004

también se relaciona su consumo con casos de convulsiones<sup>818</sup>, manía aguda<sup>819</sup> y vasculopatías cerebrales<sup>820</sup>. En definitiva, se trata de una sustancia cuyo consumo puede ser peligrosos, especialmente cuando se trata de dosis muy elevadas, tal y como sucede en el caso de bebidas energizantes o estimulantes del tipo Red-Bull, cuyos contenidos de cafeína son exponencialmente mayores a los de productos naturales como el café o el te. De hecho, son varios los autores que han alertado de los problemas sanitarios derivados del consumo de este tipo de bebidas en EE.UU, no obstante, en la literatura española aún no se halla ninguna referencia de este tipo.<sup>821</sup>

A nivel estatal, llama la atención el Real Decreto 906/2003, de 11 de julio, sobre el etiquetado de los productos alimenticios que contienen quinina o cafeína, mediante el que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2002/67/CE, de 18 de julio de 2002, relativa al etiquetado de los productos alimenticios que contienen quinina y productos alimenticios que contienen cafeína. El artículo 2 de dicho Decreto establece:

Cuando la cafeína o quinina son utilizadas como aromas en la fabricación o en la preparación de un producto alimenticio, deberán figurar en la lista de ingredientes con su denominación específica, inmediatamente después del término «aroma».

Cuando una bebida destinada a consumirse tal cual o tras la reconstitución del producto concentrado o deshidratado, contenga cafeína, sea cual sea su fuente, en una proporción superior a 150 mg/l, deberá figurar en la etiqueta, en el mismo campo visual que la denominación de venta de la bebida, la siguiente advertencia: «Contenido elevado de cafeína».

Esta indicación irá seguida entre paréntesis del contenido en cafeína expresado en mg/100 ml.

Esta es la única norma de nivel estatal que se ha encontrado que guarde alguna relación con el tema que ahora incumbe. No obstante, al tratarse de una norma sobre etiquetado, no se trata de una regulación de publicidad, tal y como se entiende en esta investigación, es decir, tal y como se define en la LGP, como *promotional-mix*, como derecho a anunciar. Tal y como se ha dicho, en España, para encontrar la regulación que ahora interesa, se debe buscar en el ámbito autonómico pues es allí donde las competencias legislativas en materia de salud, comercio y publicidad, entre otras, se realizan, introduciendo en el ordenamiento español quince normas Autonómicas de rango legal

---

(Disponible en: <http://www.higheredcenter.org/files/product/energy-drinks.pdf>) ; GARRIOTT, J.C., SIMMONS, L.M., POKLIS, A., MACKELL, M.A., "Five cases of fatal overdose from caffeine-containing "look-alike" drugs", 1985 *J. Anal. Toxicol.* 9, 141-143; KERRIGAN, S., LINDSEY, T., "Fatal caffeine overdose: two case Reports", 2005 *Forensic Sci. Int.* 153, 67-69; y MRVOS, R.M., REILLY, P.E., DEAN, B.S., KRENZELOK, E.P., "Massive caffeine ingestion resulting in death", 1989 *Vet. Hum. Toxicol.* 31, 571-572.

<sup>818</sup> IYADURAI, S.J., CHUNG, S.S., "New-onset seizures in adults: possible association with consumption of popular energy drinks", 2007 *Epilepsy Behav.* 10, 504-508.

<sup>819</sup> MACHADO-VIEIRA, R., VIALE, C.I., KAPCZINSKI, F., "Mania associated with an energy drink: the possible role of caffeine, taurine, and inositol", 2001 *Can. J. Psychiatry* 46, 454-455.

<sup>820</sup> WORRALL, B.B., PHILLIPS, C.D., HENDERSON, K.K., "Herbal energy drinks, phenylpropanoid compounds, and cerebral vasculopathy". 2005 *Neurology* 65, 1137-1138.

<sup>821</sup> Cfr. Entre otros: REISSIG, C. J., STRAIN, E.C., GRIFFITHS, R.R., "Caffeinated energy Drinks—A growing problem", *Drug and Alcohol Dependence* 99 (2009) 1-10; ADDAMS, H.B. "A Red Bull Instead of a Cigarette: Should the FDA Regulate Energy Drinks?", 45 *Val. U. L. Rev.* 689 2010-2011; y HODGE, J.G., SCANLON, M., CORBETT, A., SORENSEN, A., "The Consumable Vice: Caffeine, Public Health, And The Law", 27 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 76 2010-2011.

que regulan la prevención y atención de la drogodependencia.<sup>822</sup> Así, por ejemplo, la Ley catalana 20/1985, de 25 de julio, establece en su Preámbulo que esta:

[...] responde al mandato que el artículo 43.2 de la Constitución Española hace a los poderes públicos para que organicen y tutelen la salud pública mediante medidas preventivas y mediante las prestaciones y los servicios necesarios, y se promulga como desarrollo de las competencias que el Estatuto de Autonomía de Cataluña otorga a la Generalidad en materia de higiene, sanidad, asistencia social, régimen local, juventud, comercio interior, instituciones penitenciarias, publicidad, estadística e investigación

De todas las Leyes autonómicas sobre drogodependencia llaman la atención, especialmente, cuatro de ellas: la catalana, la balear, la madrileña y la vasca. La Ley catalana, de 1985, fue la primera regulación integral de la materia, por lo que naturalmente se constituye en un referente importante. De otro lado, la Ley balear, de 2005, al ser el más reciente esquema regulatorio de la materia, se convierte en un contrapunto indispensable en el análisis global de la regulación española de la prevención de la drogodependencia que como se ha dicho, es del nivel autonómico. La ley balear, tal y como se manifiesta en el Punto II de la Exposición de Motivos, procura “recoger también las recomendaciones, técnicas y jurídicas, de los organismos internacionales de las Naciones Unidas, en concreto de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la UNESCO, del Consejo de Europa y de otras instituciones de la Unión Europea, así como los mandatos de la legislación básica estatal”. La Ley madrileña, que es la que más reformas ha sufrido desde su promulgación en 2002—ocho en total<sup>823</sup>—y la Ley vasca, de 1998, que fue modificada de forma casi integral mediante la Ley 1/2011, de 3 de febrero, junto con las dos anteriormente mencionadas, servirán para describir las líneas comunes de los quince sistemas regulatorios vigentes. No obstante, cuando resulte oportuno, se traerán a colación las normas que regulan la

---

<sup>822</sup> Las quince normas a las que se hace alusión son: Ley 4/1997, de 9 de julio, de Prevención y Asistencia en Drogodependencias de Andalucía; Ley 3/2001, de 4 de abril, de prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias de Aragón; Ley 4/2005, de 29 de abril, de Drogodependencias y otras adicciones de Baleares; Ley 9/1998, de 22 de julio, sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias de Canarias; Ley 5/1997, de 6 de octubre, de Prevención, asistencia e incorporación social en materia de drogodependencias de Cantabria; Ley 15/2002, de 11 de julio, de Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos de Castilla-La Mancha; Ley 3/1994, de 29 de marzo, de Prevención, Asistencia e Integración Social de Drogodependientes de Castilla y León; Ley 20/1985, de 25 de julio, de Prevención y asistencia en materia de sustancias que puedan generar dependencia de Cataluña; Ley 5/2002, de 27 de junio, de Drogodependencias y otros trastornos Adictivos de la Comunidad de Madrid; Decreto Legislativo 1/2003, de 1 de abril, Aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Drogodependencias y Otros Trastornos Adictivos de la Comunidad Valenciana; Ley 1/1999, de 29 de marzo, de Prevención, asistencia y reinserción de las Drogodependencias de Extremadura; Ley 2/1996, de 8 de mayo, de Drogas de Galicia; Ley 5/2001, de 17 de octubre, de Drogodependencia y Otras Adicciones de la Rioja; Ley 18/1998, de 25 de junio, de prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias del País Vasco; y Ley 6/1997, de 22 de octubre, sobre Drogas, para la prevención, asistencia e integración social de la Región de Murcia.

<sup>823</sup> La Ley madrileña fue modificada en 2004 por la Ley 2/2004, de 31 de mayo; en 2006 por la Ley 4/2006, de 22 de diciembre; en 2008 por la Ley 1/2008, de 26 de junio; en 2009 por la Ley 8/2009, de 21 de diciembre; en 2010 por la Ley 9/2010, de 23 de diciembre; luego, menos de un mes después de esta última modificación, se enmendó nuevamente mediante la Ley 1/2011, de 14 de enero; nuevamente en 2011, mediante la Ley 6/2011, de 28 de diciembre; y, más recientemente, mediante la Ley 2/2012, de 12 de junio.

La Comunidad Autónoma de Navarra y el Principado de Asturias no cuentan con disposiciones de este tipo. De hecho, en el Principado de Asturias no existe regulación de la publicidad de las sustancias que generan dependencia, y en Navarra tan sólo se encuentra el artículo 6 de la Ley Foral 10/1991, de 16 de marzo, de prevención y limitación del consumo de bebidas alcohólicas por menores.

prevención de la drogodependencia en las restantes once CCAA que han asumido competencias en esta materia.. Vale la pena recordar que en los puntos siguientes no se pretende hacer un análisis sistemático ni comparativo de esta compleja legislación, sino, simplemente, asilar y analizar la regulación del derecho a anunciar drogas psicotrópicas.

El artículo 1º de todas las normas autonómicas sobre drogodependencia menciona de forma expresa que el objeto de las mismas es la prevención de éstas, y la asistencia e integración social de los drogodependientes. Así, por ejemplo, el artículo 1º de la Ley catalana 20/1985 dispone:

La presente Ley tiene por objeto establecer y regular, en el marco de las competencias que el Estatuto de Autonomía de Cataluña asigna a la Generalidad en el ámbito territorial de Cataluña, las medidas y las acciones que permitirán una actuación efectiva de las Administraciones públicas de Cataluña en el campo de la prevención y asistencia de las situaciones a que dan lugar las sustancias que pueden generar dependencia con el fin de coadyuvar al esfuerzo solidario de toda la sociedad para mejorar la atención social y sanitaria de las personas afectadas por la problemática generada por el uso o abuso de dichas sustancias.

Ahora bien, ninguna norma española, ni estatal ni autonómica, regula la publicidad de los productos con altos contenidos de cafeína, así, como se vio, se exige que el etiquetado de dichos productos contenga la escueta advertencia “Contenido elevado de cafeína”. Llama la atención la ausencia de regulación de esta materia por tres razones. En primer lugar, porque, como se ha dicho, el artículo 5.4 de la LGP exige su regulación como requisito para ejercer el correspondiente derecho a anunciar. En segundo lugar, porque conforme a las definiciones de droga que se incorporan en todas las normas autonómicas, podría perfectamente regularse su publicidad, venta, consumo, y los mecanismos para atender y asistir en casos de dependencia, intoxicación o síndrome de abstinencia, por ejemplo. Todas las normas autonómicas definen la voz “droga” en términos similares a los del artículo 3.2.a) de la Ley catalana 20/1985: “sustancia que, administrada al organismo, es capaz de originar una dependencia, provocar cambios en la conducta y producir efectos perniciosos para la salud”. En todos los casos, la capacidad de generar dependencia se identifica como riesgo propio de las drogas, así como su capacidad de generar otros daños a la salud, características ambas que, como se sabe, se verifican en ciertos patrones de consumo de cafeína.

En tercer lugar, la ausencia de regulación de la publicidad de productos con alto contenido de cafeína llama la atención porque se evidencia una creciente preocupación por los efectos que tiene sobre la salud el consumo de esta droga. Tal y como se evidencia en el Reglamento (UE) 1169/2011, de 25 de octubre, sobre información alimentaria facilitada al consumidor y que modifica diversos Reglamentos y deroga varias Directivas, entre ellas la Directiva 2002/67/CE de la Comisión<sup>824</sup>, a nivel europeo existe una tendencia a aumentar la información disponible a los consumidores acerca de los riesgos derivados del consumo de cafeína. Así, el Reglamento (UE) 1169/2011 exige que se explicita el contenido de cafeína, e introduce una variación en las advertencias que deben tener estos productos, que pasa de la mera información acerca del “Contenido elevado de cafeína, a ser verdaderas advertencias o recomendaciones,

---

<sup>824</sup> Derogación que se hace efectiva a partir del 13 de diciembre de 2014, conforme se establece en el artículo 53 del Reglamento (UE) 1169/2011.

aunque aún muy incompletas: “Contenido elevado de cafeína: No recomendado para niños ni mujeres embarazadas o en período de lactancia”, o “Contiene cafeína. No recomendado para niños ni mujeres embarazadas”.

Tal y como subraya REISSIG: “La prevalencia de la dependencia a la cafeína puede incrementar como resultado de las campañas de marketing que promueven el uso de bebidas energizantes entre los adolescentes. Por analogía con el uso del tabaco y del alcohol, entre más temprano se comience a fumar o a beber, mayor será el riesgo de una futura dependencia”<sup>825</sup>. En este orden de ideas, conviene recordar ahora dos de las recomendaciones que este autor propone: 1º. Restringir la publicidad agresiva de bebidas energizadas dirigida a menores; y 2º. No permitir la publicidad que promueve el uso de estos productos como drogas, por sus efectos estimulantes y recreativos, pues implica hacer más atractivo el consumo de drogas en general, así incitándolo.<sup>826</sup>

## **2. La limitación de la publicidad: Tabaco, alcohol e inhalantes**

### **2.1. La publicidad de los productos del tabaco**

Se sabe que “la dependencia de la nicotina en el tabaco se asocia con más muertes y problemas de salud que la existente respecto de cualquier otra sustancia psicoactiva”<sup>827</sup>, razón por la cual, las restricciones más severas al ejercicio del derecho a anunciar sustancias psicotrópicas se refieren precisamente a la publicidad de los productos del tabaco. Antes de la derogación operada mediante el literal b) de la disposición derogatoria única de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, el entonces artículo 8.5 de la LGP establecía:

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

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

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

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

Tras la derogación a la que se acaba de hacer referencia, y operadas las modificaciones de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, el artículo 8.5, ahora 5.5, únicamente hace

---

<sup>825</sup> REISSIG, et al, ob cit., p. 5.

<sup>826</sup> Ibidem., p. 7.

<sup>827</sup> INCDSP, p. 4.

referencia las bebidas alcohólicas, tal y como se verá en el siguiente apartado. Actualmente, las limitaciones a la publicidad del tabaco, a nivel estatal, se encuentran, en primer lugar, en los dos artículos que conforman el Capítulo III – Regulación de la publicidad, promoción y patrocinio de los productos del tabaco – de la Ley 28/2005 (LPT):

#### **Artículo 9. Limitaciones de la publicidad, promoción y patrocinio de los productos del tabaco**

1. Queda prohibido el patrocinio de los productos del tabaco, así como toda clase de publicidad, y promoción de los citados productos en todos los medios y soportes, incluidas las máquinas expendedoras y los servicios de la sociedad de la información, con las siguientes excepciones:

a) Las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales que intervienen en el comercio del tabaco.

b) Las presentaciones de productos del tabaco a profesionales del sector en el marco de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y normativa tributaria, así como la promoción de dichos productos en las expendedorías de tabaco y timbre del Estado, siempre que no tenga como destinatarios a los menores de edad ni suponga la distribución gratuita de tabaco o de bienes y servicios relacionados exclusivamente con productos del tabaco o con el hábito de fumar o que lleven aparejados nombres, marcas, símbolos o cualesquiera otros signos distintivos que sean utilizados para los productos del tabaco. En todo caso, el valor o precio de los bienes o servicios citados no podrá ser superior al cinco por ciento del precio de los productos del tabaco que se pretenda promocionar.

En ningún caso, dichas actividades podrán realizarse en los escaparates ni extenderse fuera de dichos establecimientos, ni dirigirse al exterior.

c) Las publicaciones que contengan publicidad de productos del tabaco, editadas o impresas en países que no forman parte de la Unión Europea, siempre que dichas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado comunitario, salvo que estén dirigidas principalmente a los menores de edad.

2. Se prohíbe, fuera de la red de expendedorías de tabaco y timbre del Estado, la distribución gratuita o promocional de productos, bienes o servicios o cualquier otra actuación, cuyo objetivo o efecto directo o indirecto, principal o secundario, sea la promoción de un producto del tabaco.

3. [Apartado añadido por el artículo único numeral 9 de Ley 42/2010, de 30 de diciembre] Se prohíbe en todos los medios de comunicación, incluidos los servicios de la sociedad de la información, la emisión de programas o de imágenes en los que los presentadores, colaboradores o invitados:

a) Aparezcan fumando.

b) Mencionen o muestren, directa o indirectamente, marcas, nombres comerciales, logotipos u otros signos identificativos o asociados a productos del tabaco.

#### **Artículo 10. Reglas aplicables a denominaciones comunes**

Queda prohibido el empleo de nombres, marcas, símbolos o cualesquiera otros signos distintivos que sean utilizados para identificar en el tráfico productos del tabaco y,



simultáneamente, otros bienes o servicios y sean comercializados u ofrecidos por una misma empresa o grupo de empresas.

A tal efecto, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las empresas que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto. Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio y en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

El artículo 9 arriba citado implementa una serie de restricciones relativas al emplazamiento de la publicidad, es decir, limitaciones al derecho de emitir publicidad. Únicamente las dos restricciones del numeral 3º, y las disposiciones del artículo 10 relativas a la publicidad indirecta de estiramiento de marca guardan relación con la fase de creación de la publicidad.<sup>828</sup> De otro lado, vale la pena recordar también que el artículo 18.3.a) de la LGCA establece que: “Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud. En todo caso está prohibida: a) La comunicación comercial de cigarrillos y demás productos de tabaco, así como de las empresas que los producen”. Ninguna de estas disposiciones afecta el contenido informativo de la publicidad, ni para restringirlo, ni para exigir la inclusión de contenidos de advertencia. Es de anotar que una importantísima excepción a este régimen se encuentra consagrada en la Disposición adicional novena de la LPT, modificada por el artículo único numeral 24 de Ley 42/2010, de 30 de diciembre:

A los clubes privados de fumadores, legalmente constituidos como tales, no les será de aplicación lo dispuesto en esta Ley, relativo a la prohibición de fumar, publicidad, promoción y patrocinio, siempre que se realice en el interior de su sede social, mientras en las mismas haya presencia única y exclusivamente de personas socias.

A los efectos de esta Disposición, para ser considerado club privado de fumadores deberá tratarse de una entidad con personalidad jurídica, carecer de ánimo de lucro y no incluir entre sus actividades u objeto social la comercialización o compraventa de cualesquiera bienes o productos consumibles.

En ningún caso se permitirá la entrada de menores de edad a los clubes privados de fumadores.

A pesar de la extensa restricción sobre la emisión de publicidad de productos del tabaco, no obstante, los anunciantes pueden alcanzar a los consumidores interesados en la publicidad de sus productos. Es decir, en virtud de lo dispuesto en los artículos 9.1.b) y c) y en la Disposición Adicional Novena de la LPT, en el nivel estatal está claro que no se limita completamente el derecho a anunciar, y por ende tampoco el derecho a recibir información veraz de los consumidores interesados en ella, quienes la podrán obtener en las expendedurías de tabaco y timbre del Estado, o a través de clubes de fumadores. Ahora bien, al estudiar las normas autonómicas sobre prevención de la drogodependencia se observa que todos los regímenes regulan la publicidad de los productos del tabaco. La Ley balear, la de Castilla-La Mancha y la extremeña solamente regulan la publicidad del tabaco, las restantes doce normas regulan tanto la publicidad

---

<sup>828</sup> Con respecto a la publicidad indirecta ver Capítulo I 2.2., y en conexión con el estiramiento de marca, ver el punto 4 del Apéndice.

del tabaco como la de las bebidas alcohólicas. De estas doce normas autonómicas que regulan, tanto la publicidad del tabaco como la de las bebidas alcohólicas, diez de ellas lo hacen de manera conjunta, es decir, aplicando un mismo régimen para ambos productos; buen modelo de este esquema resulta ser la Ley madrileña. Tan sólo las leyes catalana y vasca estructuran regímenes diferenciados para cada producto.

En el caso catalán, el artículo 25 de la Ley 20/1985, modificado por el artículo 11 de la Ley 10/1991, de 10 de mayo, establece:

1. Se prohíben todas las formas de publicidad de los productos del tabaco y de los productos relacionados con su consumo en los medios de comunicación dependientes de la Generalidad y en los dependientes de la Administración Local de Cataluña. Dicha prohibición no incluye la publicidad indirecta que pueda derivarse de programas no específicamente publicitarios, como las retransmisiones deportivas, por razón del patrocinio o de la publicidad estática, siempre y cuando no induzca directamente al consumo.

Asimismo se prohíbe, en los susodichos términos, la publicidad de productos del tabaco en publicaciones principalmente dirigidas a menores de edad, así como la participación de menores de edad en la confección de anuncios publicitarios que promuevan la venta de dichos productos.

2. No podrá realizarse publicidad de los productos del tabaco ni de los productos relacionados con su consumo en:

- a) Las playas, campings, balnearios, centros recreativos y turísticos, centros de ocio y esparcimiento, piscinas, parques acuáticos, de atracciones, temáticos y zoológicos.
- b) Las calles, plazas, parques, carreteras y demás vías públicas, en vallas, plafones, señales y otros soportes de publicidad exterior, excepto las señales indicativas propias de los centros de producción y venta.
- c) Los cines, teatros y auditorios.
- d) Los centros y estadios deportivos, excepto la publicidad estática y la del patrocinador.
- e) Los medios de transporte públicos.
- f) Todos los lugares donde esté prohibida su venta o su consumición.
- g) Los lugares similares a los mencionados que se determinen reglamentariamente.

3. La publicidad del tabaco mediante la televisión se someterá a lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley del Estado 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

Frente a la rotunda prohibición del artículo 9.1 de la LPT: “Queda prohibido el patrocinio de los productos del tabaco, así como toda clase de publicidad, y promoción de los citados productos en todos los medios y soportes, incluidas las máquinas expendedoras y los servicios de la sociedad de la información”, y sabiendo, como se ha visto, que en virtud del régimen impuesto por la LPT tan sólo se permite emitir o comunicar publicidad en los supuestos descritos en los artículos 9.1.b) y c) y en la Disposición Adicional Novena, queda claro que el espacio regulable por las CCAA se reduce al ámbito en el que está permitida la publicidad. En este orden de ideas tan sólo

serán relevantes las limitaciones o exigencias que impongan las leyes autonómicas, o bien con respecto a este ámbito permitido—al interior de las expendedorías de tabaco y timbre del Estado, o a través de clubes de fumadores—o bien si las dichas restricciones hacen referencia no ya a la fase de emisión de la publicidad, sino a la fase de creación de la misma

Normas como la catalana, que detalla situaciones comprendidas dentro de la prohibición general del artículo 9 LPT, o la vasca, que simplemente reitera el contenido de normas de orden estatal, nada aportan<sup>829</sup>. Ahora bien, no obstante el hecho de que no se encuentran en las normas estudiadas regulaciones relativas a la comunicación, exposición o emisión de publicidad del tabaco al interior de las expendedorías de tabaco y timbre del Estado, o a través de clubes de fumadores, si se encuentran, en las normas que regulan conjuntamente la publicidad del tabaco y del alcohol, restricciones que serán aplicables a este tipo de publicidad, toda vez que se refieran a la fase de creación de la misma. Las normas autonómicas que regulan conjuntamente la publicidad del tabaco y del alcohol lo hacen estableciendo dos categorías de restricciones, de un lado lo que llaman limitaciones o condiciones, y de otro, las prohibiciones propiamente dichas. Un buen ejemplo de este esquema se encuentra en los artículos 27 y 28 de la

---

<sup>829</sup> Los artículo relevantes de la Ley vasca 18/1998, establecen:

“**Artículo 13 bis. Condiciones de la publicidad en materia de tabaco** (Añadido por art. 2 de Ley 1/2011, de 3 de febrero): Se prohíbe toda publicidad de productos del tabaco, con las siguientes excepciones: 1.- Las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales que intervienen en el comercio del tabaco. 2.- Las publicaciones que contengan publicidad de productos del tabaco editadas o impresas en países que no forman parte de la Unión Europea, siempre que dichas publicaciones no estén destinadas principalmente al mercado comunitario, salvo que estén dirigidas principalmente a los menores de edad.

**Artículo 14 bis. Fomento en materia de tabaco** (Añadido por art. 4 de Ley 1/2011, de 3 de febrero): 1. Se prohíbe el patrocinio y cualquier otra forma de promoción de los productos del tabaco en todos los medios y soportes, incluidas las máquinas expendedoras y los servicios de la sociedad de la información, con la excepción de las presentaciones de productos del tabaco a profesionales del sector en el marco de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, así como la promoción de dichos productos en las expendedorías de tabaco y timbre del Estado, siempre que no tenga como destinatarios a los menores de edad ni suponga la distribución gratuita de tabaco o de bienes y servicios relacionados exclusivamente con productos del tabaco o con el hábito de fumar o que lleven aparejados nombres, marcas, símbolos o cualesquiera otros signos distintivos que sean utilizados para los productos del tabaco. En todo caso, el valor o precio de los bienes o servicios citados no podrá ser superior al cinco por ciento del precio de los productos del tabaco que se pretenda promocionar.

En ningún caso dichas actividades podrán realizarse en los escaparates ni extenderse fuera de dichos establecimientos, ni dirigirse al exterior. 2. Se prohíbe, fuera de la red de expendedorías de tabaco y timbre, la distribución gratuita o promocional de productos, bienes o servicios, u otras acciones dirigidas de forma directa o indirecta a la promoción del tabaco.

**Artículo 18 bis. Otras formas de publicidad en materia de tabaco** (Añadido por art. 9 de Ley 1/2011, de 3 de febrero): 1. No se permitirá la publicidad de marcas, objetos o productos que por su denominación, vocabulario, grafismo, modo de presentación o cualquier otra causa puedan derivar indirectamente o encubiertamente en publicidad de tabaco, salvo en los estancos o aquellos espacios directamente relacionados con el desarrollo de actividades profesionales del sector del tabaco. 2. Se prohíbe la emisión de programas de televisión desde los centros emisores de televisión ubicados en el País Vasco y realizados en la Comunidad Autónoma en los que el presentador o la presentadora del programa, las entrevistadas o entrevistados, las colaboradoras o colaboradores o las invitadas o invitados aparezcan fumando o mencionen o muestren, directa o indirectamente, marcas, nombres comerciales, logotipos y otros signos identificativos o asociados a productos del tabaco. 3. Se prohíbe la publicidad de productos del tabaco con ocasión o mediante patrocinio de actividades deportivas, educativas, culturales o sociales, o a través de promociones tales como concursos, rifas y otras formas similares de inducción al consumo.

Ley madrileña 5/2002. Las disposiciones del artículo 28, es decir, las prohibiciones de la publicidad, al igual que sucede en el caso vasco y catalán, nada aportan, nada dicen sobre el derecho a emitir publicidad en los contextos autorizados por la normativa estatal.<sup>830</sup> De otro lado, el artículo 27, y particularmente los literales b), c), y d) del numeral 1º, que trata sobre las limitaciones de la publicidad, si aportan algo novedoso e importante en el ámbito de la regulación de los productos del tabaco:

1. Sin perjuicio de lo establecido en las normas reguladoras de la publicidad y de garantías de los derechos de los menores, la publicidad, tanto directa como indirecta, de bebidas alcohólicas y tabaco observará, en todo caso, las siguientes limitaciones: [...]

b) En ningún caso podrán utilizarse voces o imágenes de menores de dieciocho años, para ser utilizados como soportes publicitarios de bebidas alcohólicas y tabaco.

c) No deberá asociarse el consumo de alcohol y tabaco a una mejora del rendimiento físico o psíquico, a la conducción de vehículos o al manejo de armas, ni dar la impresión de que dicho consumo contribuye al éxito social o sexual, ni sugerir que tienen propiedades terapéuticas o un efecto estimulante o sedante, o que constituyen un medio para resolver conflictos. Tampoco podrá asociarse este consumo a prácticas educativas, sanitarias o deportivas.

d) No deberá estimular el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas y de tabaco u ofrecer una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad, ni subrayar como cualidad positiva de las bebidas su alto contenido alcohólico.

Tal y como se observa, estas restricciones hacen referencia a la fase de creación de la publicidad, y por ende afectan a la publicidad permitida de los productos del tabaco. Estas restricciones son verdaderamente novedosas, y consisten en limitar el uso de apelaciones publicitarias e indicios periféricos para encausar estrategias persuasivas respetuosas de la dignidad humana.

## 2.2. La publicidad de bebidas alcohólicas

Tal y como se afirma en el INC DSP, “algunos psicofarmacólogos o epidemiólogos sostienen en la actualidad que el alcohol es inherentemente tan peligroso o nocivo como

---

<sup>830</sup> El artículo 28 de la Ley madrileña 5/2002, modificado por art. 15.1 de Ley 6/2011, de 28 de diciembre establece: “1. Se prohíbe expresamente la publicidad, directa o indirecta, de bebidas alcohólicas y tabaco: a) En los centros y dependencias de la Administración Autonómica. b) En los centros oficiales no dependientes de la Comunidad Autónoma pero situados en su territorio. c) En los centros destinados a menores de dieciocho años. d) En los centros y servicios sanitarios, sociosanitarios y de servicios sociales. e) En los centros docentes, tanto públicos como privados, tanto los dedicados a enseñanzas no regladas como a cualquier otro tipo de enseñanza. f) En los establecimientos o recintos de actividades recreativas y espectáculos, cuando estén destinados mayoritariamente a público menor de dieciocho años. g) En los medios de transporte público, tanto en el exterior como en el interior, así como los locales o estancias destinados para la espera de estos transportes públicos. h) En todos los lugares donde esté prohibida su venta, suministro y consumo. Esta prohibición no afecta a la publicidad exterior de bebidas que obtienen su graduación mediante fermentación de la uva, manzana o cereales y cuya graduación no supere los veinte grados centesimales. i) Otros centros y lugares que sean determinados reglamentariamente. 2. Las prohibiciones contenidas en este Capítulo se extienden a todo tipo de publicidad, directa o indirecta, incluyendo la publicidad de objetos o productos que, por su denominación, grafismo, modo de presentación o cualquier otra causa, pueda suponer una publicidad encubierta de bebidas alcohólicas o tabaco.”

las drogas incluidas en las convenciones internacionales”<sup>831</sup>. La gravedad de los daños producidos por ciertos patrones de consumo de bebidas alcohólicas, los riesgos asociados a su consumo, han movilizó a la OMS a promulgar la Estrategia Mundial para Reducir el Uso Nocivo del Alcohol (EMRUNA)<sup>832</sup>, avalada por la 63.ª Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2010. La EMRUNA identifica diez esferas de acción, y somete a la consideración de los Estados Miembros, para cada una de estas esferas, opciones de política e intervenciones encaminadas, como no, a reducir el uso nocivo del alcohol. Ahora bien, tal y como se afirma en la EMRUNA:

No todas las opciones de política e intervenciones serán aplicables en todos los Estados Miembros o de interés para ellos, y algunas pueden requerir más recursos de los disponibles. Por lo tanto, la aplicación de las medidas queda a la discreción de cada Estado Miembro, en función de sus contextos nacionales, religiosos y culturales, prioridades nacionales de salud pública y recursos disponibles, y de conformidad con sus principios constitucionales y obligaciones jurídicas internacionales. Las medidas de política y las intervenciones a nivel nacional se verán respaldadas y complementadas con iniciativas mundiales y regionales para reducir el uso nocivo del alcohol<sup>833</sup>

Para efectos de lo que ahora interesa, resulta importante recordar cuales son las acciones recomendadas en la Esfera 6, del Marketing de las bebidas alcohólicas.<sup>834</sup> Pero antes, conviene traer a colación algunas de las consideraciones sobre las que se fundamentan las opciones de política e intervención que se presentan y que se comentarán seguidamente. Considera la OMS que:

La reducción del impacto del marketing, sobre todo entre los jóvenes y adolescentes, es un objetivo importante si se quiere reducir el uso nocivo del alcohol. El alcohol se comercializa mediante técnicas publicitarias y de promoción cada vez más sofisticadas, por ejemplo la vinculación de marcas de alcohol a actividades deportivas y culturales, el patrocinio y la colocación de productos, y nuevas técnicas de mercadotecnia como los correos electrónicos, los mensajes SMS y los podcast, la utilización de los medios sociales y otras técnicas de comunicación. La transmisión de los mensajes de mercadotecnia del alcohol más allá de fronteras y jurisdicciones nacionales por medios como la televisión por satélite y la Internet, y el patrocinio de eventos deportivos y culturales, se están perfilando como un grave motivo de preocupación en algunos países.

Es muy difícil orientar la mercadotecnia a consumidores adultos jóvenes sin exponer al mismo tiempo a ella a cohortes de adolescentes que no tienen la edad mínima legal para beber alcohol. La exposición de niños y jóvenes a técnicas de marketing cautivadoras causa especial inquietud, al igual que los proyectos de conseguir nuevos mercados en los países en desarrollo y los países de ingresos bajos y medios que actualmente presentan una baja prevalencia del consumo de alcohol o tasas de abstinencia elevadas. Tanto el contenido de marketing del alcohol como la magnitud de la exposición de los

---

<sup>831</sup> INC DSP, p. 4

<sup>832</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Estrategia Mundial para Reducir el Uso Nocivo del Alcohol”, Italia: Organización Mundial de la Salud, 2010

<sup>833</sup> EMRUNA, p. 11.

<sup>834</sup> En nota al pie no. 1 de la p. 16 del EMRUNA se aclara que: “El concepto de marketing puede abarcar, cuando proceda y así lo permita la legislación nacional, cualquier forma de comunicación o mensaje comercial destinado a potenciar o con el efecto de potenciar el reconocimiento, atractivo y/o consumo de determinados productos o servicios. puede englobar todo cuanto actúe como publicidad u otra forma de promoción de un producto o servicio”.

jóvenes a él son problemas fundamentales. Se debería estudiar la posibilidad de aplicar un criterio de precaución para proteger a los jóvenes contra esas técnicas<sup>835</sup>

Ahora bien, las opciones de política e intervenciones en la esfera del marketing de bebidas alcohólicas se estructuran alrededor de tres ejes:

- a) establecimiento de marcos de regulación o correulación, preferiblemente de carácter legislativo y apoyados, cuando proceda, por medidas de autorregulación, respecto del marketing del alcohol [...]
- b) desarrollo por parte de los organismos públicos u órganos independientes de sistemas de vigilancia eficaces del marketing de los productos de alcohol;
- c) establecimiento de regímenes administrativos y disuasorios eficaces respecto de las infracciones de las restricciones del marketing.<sup>836</sup>

El primero de estos tres ejes, el establecimiento de marcos de regulación o correulación del marketing de las bebidas alcohólicas reviste especial importancia a los efectos del estudio que aquí se aborda. Dicho eje incluye las siguientes cinco intervenciones:

- i) reglamentación del contenido y la magnitud del marketing;
- ii) reglamentación del marketing directo o indirecto en todos los medios de comunicación o en algunos de ellos;
- iii) reglamentación de las actividades de patrocinio que promuevan bebidas alcohólicas;
- iv) restricción o prohibición de las promociones en relación con actividades dirigidas a los jóvenes;
- v) reglamentación de las nuevas formas de mercadotecnia del alcohol, por ejemplo los medios sociales<sup>837</sup>

Llama especialmente la atención la primera intervención propuesta. Esta hace un llamado a los Estado a que implementen sistemas regulatorios que aborden la cuestión de la publicidad como proceso. Es decir, busca que la publicidad se regule tanto en su fase de derecho a crear anuncios publicitarios—mediante la reglamentación de su contenido—como en su fase de derechos a emitir publicidad—mediante la regulación de la magnitud o emplazamiento del marketing. Esta precisión es importante pues, tal y como se vio en el caso de la regulación de la publicidad del tabaco, no distinguir estas fases dificulta identificar los espacios regulatorios en los que se podrá incidir válidamente.

Ahora bien, en España, a nivel estatal, existen básicamente cinco normas que regulan la publicidad de bebidas alcohólicas. La más antigua de estas es el Real Decreto 1100/1978, del 12 de mayo, que regula la publicidad del tabaco y bebidas alcohólicas en los medios de difusión del Estado. El artículo 1º de dicho Real Decreto establece:

---

<sup>835</sup> EMRUNA, p. 16

<sup>836</sup> EMRUNA, pp. 16-17

<sup>837</sup> Ibidem

1. La publicidad del tabaco y de las bebidas alcohólicas en Radiotelevisión española queda limitada y únicamente podrá emitirse en programas posteriores a las veintiuna treinta horas de cada día.

2. En ningún caso podrá incluirse dicha publicidad:

a) en los programas dirigidos a una audiencia eminentemente infantil.

b) en los de contenido específicamente pedagógico.

c) en los de carácter informativo sobre temas de interés público que promueva la administración o los organismos o instituciones públicas o tutelados o subvencionados por el estado.

Este artículo regula, tal y como se ve, el emplazamiento de la publicidad, el derecho a emitir publicidad de los anunciantes, cuando lo hacen en concurso con RTVE. De otro lado, el artículo 3.2 de este Real Decreto reglamenta el ejercicio del derecho a anunciar en la fase de creación, es decir, establece límites no sólo a la magnitud o emplazamiento de la publicidad, sino también al contenido de la misma. Así, reza el artículo mentado: “En la confección de tal publicidad no podrán utilizarse argumentos dirigidos a menores de edad ni los fundados en alusiones a la eficacia social del consumo del tabaco o del alcohol. La intervención de menores de dieciocho años en la realización de los anuncios queda expresamente prohibida”. Otras dos normas de nivel estatal que se pueden referenciar son el Real Decreto 2297/1981, de 20 de agosto, de reglamentación especial para elaboración, circulación y comercio de la ginebra, y el Real Decreto 644/1982, de 5 de marzo, Reglamentación Especial para elaboración, circulación y comercio del anís. Estas dos normas disponen, para cada uno de los respectivos productos, las mismas restricciones publicitarias. En primer lugar, se establecen una serie de prohibiciones en materia de etiquetado así (ver artículo 11 del Real Decreto 2297/1981, y artículo 12 de Real Decreto 644/1982, cuyas redacciones son idénticas):

En la rotulación de etiquetas, albaranes, notas de entrega, facturas comerciales, o en cualquier otro documento de naturaleza análoga queda prohibido:

1. Incluir las indicaciones de «cordial», «reconstituyente», «digestivo», «estomacal», «tónico» o cualquier otra que induzca a error, así como los grabados que recuerden tales conceptos.

2. Hacer referencias o alusiones a impresiones, marcas, distinciones, fechas, tipos o denominaciones ajenas al elaborador, así como medallas o premios, etc., que no sean auténticamente concedidos.

3. La utilización de nombres y marcas que, por su similitud fonética, ortográfica o gráfica con otros, pueda inducir a error al consumidor acerca de la naturaleza u origen del producto.

4. La expresión de cualquier indicación, referente al lugar o métodos de elaboración que no se corresponda con la realidad.

Estas prohibiciones se hacen extensivas a la publicidad mediante el artículo inmediatamente siguiente, en donde, además, se reiteran algunos extremos del principio de veracidad (ver artículos 12 del Real Decreto 2297/1981, y artículos 13 de Real Decreto 644/1982, cuyas redacciones son idénticas): “En la publicidad de la ginebra

queda prohibido, además de lo dispuesto en el artículo anterior, cualquier alusión, mención o indicación falsas o que puedan inducir a error en relación con la composición, propiedades, origen, u otras características”. Como se ve, en ambos casos se trata de restricciones al contenido de la publicidad. Otras dos norma, que se han citado anteriormente, que regulan a nivel estatal la publicidad de bebidas alcohólicas son los artículos 5.5 LGP y 18.3 LGCA. El artículo 5.5 de la LGP establece:

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

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

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

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

Por su parte, el literal c) del artículo 18.3 LGCA reitera la prohibición del primer párrafo del artículo 5.5. LGP, prohibiéndose, en todo caso, “la comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados”. Esta norma se complementa con la del literal d) del mismo artículo en el que se prohíbe: “La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20,30 horas y las 6 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir.”. Así pues, se hace mas estricto el régimen del emplazamiento, o de la magnitud de la publicidad televisiva, pues ahora se incluye también una restricción nueva aplicable a las bebidas alcohólicas con gradación inferior a veinte, es decir, aplicable ahora a vinos, cavas y cervezas. Pero, adicionalmente, el artículo 18.3.e) de la LGCA impone restricciones y límites al contenido de la publicidad de bebidas alcohólicas, en los siguientes términos: “La comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomenta el consumo inmoderado o asocia el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud”.

Ahora bien, al pasar al nivel autonómico, observamos que al ser mayor el espacio regulatorio en el caso del alcohol que en el caso del tabaco, al no existir una prohibición tan extensa como la que existe en el caso del tabaco, las posibilidades de acción y el impacto de la regulación autonómica será más importante. De las diecisiete CCAA, dos—Baleares y el Principado de Asturias—no tienen regulación de la publicidad de bebidas alcohólicas. Extremadura y Castilla-La Mancha, a pesar de tener leyes sobre prevención de las drogodependencias, regulan la publicidad de las bebidas alcohólicas en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 4/1997, de 10 de abril, de medidas de prevención y control de la venta y publicidad para menores de edad de Extremadura; y en los artículos 6 y 7 de la de Ley 2/1995, de 2 de marzo, de prohibición de venta y publicidad a menores de bebidas alcohólicas de Castilla-La Mancha. Navarra, que no tiene una regulación para la prevención de la drogodependencia, no obstante cuenta con el



artículo 6 de la Ley 10/1991, de 16 de marzo, de prevención y limitación del consumo de bebidas alcohólicas por menores, en el que se regula lo atinente a la publicidad de bebidas alcohólicas.

Las restantes doce CCAA, que tienen, como se sabe, normas de rango legal que regulan la prevención de la drogodependencia, ordenan el ejercicio del derecho a anunciar bebidas alcohólicas en dicha sede. Tal y como se comentó en el punto anterior, Cataluña y País Vasco regulan el tema independientemente, y las restantes diez CCAA lo regulan conjuntamente con la publicidad de los productos del tabaco. Sin lugar a dudas, una de las regulaciones más completas y actualizadas en España en materia de publicidad de bebidas alcohólicas se encuentra en la Ley de prevención de la drogodependencia del País Vasco. Los artículos 14 al 18 de dicha Ley regulan el emplazamiento de la publicidad, el ejercicio del derecho a emitir publicidad en los siguientes términos:

**Artículo 14. Promoción en materia de alcohol** (Modificado por art. 3 de Ley 1/2011, de 3 de febrero)

Cuando la actividad de promoción del consumo de bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados centesimales se lleve a cabo con ocasión de ferias, muestras y actividades similares, ésta se realizará en espacios diferenciados y separados.

**Artículo 15. Publicidad exterior en materia de alcohol** (Modificado por art. 5 de Ley 1/2011, de 3 de febrero)

1.- Queda prohibida la publicidad exterior de bebidas alcohólicas, entendiéndose por tal aquella publicidad susceptible de atraer, mediante la imagen o el sonido, la atención de las personas que permanezcan o discurran por ámbitos de utilización general o en lugares abiertos.

2.- Quedan exceptuadas de esta prohibición las señales indicativas propias de los puntos de producción y venta legalmente autorizados, que estarán sometidas, no obstante, a las limitaciones del artículo 13.

**Artículo 16. Publicidad interior en materia de alcohol** (Modificado por art. 6 de Ley 1/2011, de 3 de febrero)

1.- Se prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas en los siguientes locales públicos:

a) En los que estén destinados a un público compuesto predominantemente por personas menores de 18 años.

b) En las instalaciones y centros deportivos, sanitarios y docentes, y sus accesos.

c) En los cines y salas de espectáculos, salvo en la última sesión nocturna.

d) En el interior de los transportes públicos, en las estaciones y en los locales destinados al público de los puertos y aeropuertos.

2.- Queda prohibida la publicidad de las bebidas alcohólicas mediante su distribución por buzones, por correo, por teléfono y, en general, mediante mensajes que se envíen a un domicilio, salvo que éstos vayan dirigidos nominalmente a mayores de 18 años, o que dicha publicidad no sea cualitativa o cuantitativamente significativa en relación con el conjunto del envío publicitario.

**Artículo 17. Publicidad en medios de comunicación en materia de alcohol**  
(Modificado por art. 7 de Ley 1/2011, de 3 de febrero )

1.- Los periódicos, revistas y demás publicaciones, así como cualquier medio de registro y reproducción gráfica o sonora editados en el País Vasco, estarán sometidos a las siguientes limitaciones:

a) Se prohíbe la inclusión en ellos de publicidad de bebidas alcohólicas si van dirigidos a personas menores de 18 años.

b) En los demás casos, se prohíbe que la publicidad de bebidas alcohólicas aparezca en la primera página, en las páginas de deportes, en las que contengan espacios dirigidos a personas menores de 18 años y en las dedicadas a pasatiempos.

2.- Queda prohibida la emisión de publicidad de bebidas alcohólicas desde los centros emisores de radio ubicados en el País Vasco en el horario comprendido entre las 08:00 y las 22:00 horas.

3.- Queda prohibida la emisión de publicidad de bebidas alcohólicas desde los centros de televisión ubicados en el País Vasco en el horario comprendido entre las 08:00 y las 22:00 horas.

**Artículo 18. Otras formas de publicidad en materia de alcohol.** (Modificado por art. 8 de Ley 1/2011, de 3 de febrero)

1. No se permitirá la publicidad de marcas, objetos o productos que por su denominación, vocabulario, grafismo, modo de presentación o cualquier otra causa puedan derivar indirectamente o encubiertamente en publicidad de bebidas alcohólicas.

2. Se prohíbe la emisión de programas de televisión desde los centros emisores de televisión ubicados en el País Vasco y realizados en la Comunidad Autónoma en los que el presentador o la presentadora del programa o los entrevistados o entrevistadas aparezcan junto a bebidas alcohólicas o menciones de sus marcas, nombres comerciales, logotipos y otros signos identificativos o asociados a tales productos.

3. Se prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas con ocasión o mediante patrocinio de actividades deportivas, educativas, culturales o sociales, o a través de promociones tales como concursos, rifas y otras formas similares de inducción al consumo.

En el caso de la regulación de la publicidad de bebidas alcohólicas, dado que, como se ha indicado, no existe una restricción de emplazamiento, del derecho a emitir publicidad, tan extensa como la vigente a nivel estatal para la publicidad de los productos del tabaco, las restricciones autonómicas en esta materia resultan todo menos superfluas. Ahora bien, en cuanto a la regulación del contenido de este tipo de publicidad, el artículo 13 de la ley vasca de prevención de la drogodependencia, modificado por art. 1 de Ley 1/2011, de 3 de febrero, establece:

La publicidad de bebidas alcohólicas deberá respetar, en todo caso, las siguientes limitaciones:

1.- No podrá estar dirigida específicamente a las personas menores de edad, ni en particular presentar a las personas menores consumiendo bebidas alcohólicas.

2.- Queda prohibida la utilización de la imagen y de la voz de personas menores de edad en la publicidad de bebidas alcohólicas, no pudiendo aquéllas protagonizar ni figurar en los anuncios publicitarios.

3.- No deberá asociarse el consumo de alcohol a una mejora del rendimiento físico, a la conducción de vehículos o al manejo de armas, ni dar la impresión de que dicho consumo contribuye al éxito social o sexual, ni sugerir que tienen propiedades terapéuticas o un efecto estimulante o sedante, o que constituyen un medio para resolver conflictos. Tampoco podrá asociarse este consumo a prácticas educativas, sanitarias o deportivas.

4.- No deberá estimular el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas u ofrecer una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad, ni subrayar como cualidad positiva de las bebidas su alto contenido alcohólico.

5.- Sólo se podrán hacer reproducciones gráficas de las marcas o nombres comerciales que estén debidamente registrados, a los cuales en todo caso deberá ir unida la mención, con caracteres bien visibles, de los grados de alcohol de la bebida a que se refieren.

Como se ve, las restricciones impuestas, a la fase de creación coinciden casi exactamente con las dispuestas en el artículo 27.1 de la correspondiente Ley madrileña:

1. Sin perjuicio de lo establecido en las normas reguladoras de la publicidad y de garantías de los derechos de los menores, la publicidad, tanto directa como indirecta, de bebidas alcohólicas y tabaco observará, en todo caso, las siguientes limitaciones:

a) Queda prohibida cualquier campaña, sea como actividad publicitaria o no publicitaria dirigida a menores de dieciocho años que induzca directa o indirectamente al consumo de bebidas alcohólicas y tabaco.

b) En ningún caso podrán utilizarse voces o imágenes de menores de dieciocho años, para ser utilizados como soportes publicitarios de bebidas alcohólicas y tabaco.

c) No deberá asociarse el consumo de alcohol y tabaco a una mejora del rendimiento físico o psíquico, a la conducción de vehículos o al manejo de armas, ni dar la impresión de que dicho consumo contribuye al éxito social o sexual, ni sugerir que tienen propiedades terapéuticas o un efecto estimulante o sedante, o que constituyen un medio para resolver conflictos. Tampoco podrá asociarse este consumo a prácticas educativas, sanitarias o deportivas.

d) No deberá estimular el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas y de tabaco u ofrecer una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad, ni subrayar como cualidad positiva de las bebidas su alto contenido alcohólico.

e) Se limitará la emisión en programas televisivos o en otros medios de comunicación, de cualquier imagen o contenido denigrante de la persona, con cualquier aspecto físico o psíquico, que fomente o pueda fomentar cambios en la conducta moral de los menores, que les pueda influir en sus hábitos, y predisponerles a cualquier trastorno adictivo.

De otro lado, si bien la regulación del emplazamiento de la publicidad de la Ley vasca destaca por su especificidad y amplitud, no obstante, los resultados de las normas del tipo de la madrileña, que regulan conjuntamente la publicidad del tabaco y del alcohol, parecen comparables. Así, los artículos correspondientes de la Ley madrileña establecen:

## **Artículo 28. De las prohibiciones**

1. Se prohíbe expresamente la publicidad, directa o indirecta, de bebidas alcohólicas y tabaco:

- a) En los centros y dependencias de la Administración Autonómica.
- b) En los centros oficiales no dependientes de la Comunidad Autónoma pero situados en su territorio.
- c) En los centros destinados a menores de dieciocho años.
- d) En los centros y servicios sanitarios, sociosanitarios y de servicios sociales.
- e) En los centros docentes, tanto públicos como privados, tanto los dedicados a enseñanzas no regladas como a cualquier otro tipo de enseñanza.
- f) En los establecimientos o recintos de actividades recreativas y espectáculos, cuando estén destinados mayoritariamente a público menor de dieciocho años.
- g) En los medios de transporte público, tanto en el exterior como en el interior, así como los locales o estancias destinados para la espera de estos transportes públicos.
- h) [Modificado por el artículo 15.1 de Ley 6/2011, de 28 de diciembre] En todos los lugares donde esté prohibida su venta, suministro y consumo. Esta prohibición no afecta a la publicidad exterior de bebidas que obtienen su graduación mediante fermentación de la uva, manzana o cereales y cuya graduación no supere los veinte grados centesimales.
- i) Otros centros y lugares que sean determinados reglamentariamente.

2. Las prohibiciones contenidas en este Capítulo se extienden a todo tipo de publicidad, directa o indirecta, incluyendo la publicidad de objetos o productos que, por su denominación, grafismo, modo de presentación o cualquier otra causa, pueda suponer una publicidad encubierta de bebidas alcohólicas o tabaco.

## **Artículo 29. Promoción**

1. Las actividades de promoción de bebidas alcohólicas y tabaco en ferias, certámenes, exposiciones, muestras y actividades similares, serán realizadas en espacios físicos diferenciados cuando tengan lugar dentro de otras manifestaciones públicas. En estas actividades no estará permitido el acceso a menores de dieciocho años no acompañados de personas mayores de edad, así como el ofrecimiento o la degustación gratuita a menores de dieciocho años.

2. Estará prohibida la promoción de bebidas alcohólicas y tabaco mediante la distribución de información por buzones, correo, teléfono o correo electrónico en el ámbito de la Comunidad Autónoma, salvo que éste vaya dirigido nominalmente a mayores de dieciocho años.

3. No podrán patrocinar ni financiar actividades deportivas o culturales aquellas personas físicas o jurídicas cuya actividad principal o conocida sea la fabricación, promoción o distribución de bebidas alcohólicas o tabaco, si ello lleva aparejada la publicidad de dicho patrocinio o la difusión de marcas, símbolos, imágenes o sonidos relacionados con las bebidas alcohólicas o el tabaco, y dichas actividades deportivas o culturales estén dirigidas fundamentalmente a menores de edad.

4. En las visitas a los centros de producción, elaboración y distribución de bebidas alcohólicas y tabaco, no podrá ofrecerse ni hacer probar los productos a los menores de edad.

Otros dos aspectos muy atractivos que hay que destacar de la regulación de la publicidad del alcohol es que, en primer lugar, la Comunidad Valenciana y la Región de Murcia incorporan en sus respectivas Leyes de prevención de la drogodependencia la figura de la autorización administrativa previa prevista en el artículo 5.1 LGP.<sup>838</sup> El artículo 15.2 de la Ley valenciana de prevención de la drogodependencia establece que: “Con el fin de evitar incumplimientos involuntarios en materia de publicidad, las agencias y medios de publicidad o difusión podrán solicitar la autorización administrativa previa a la que se refiere el artículo 8 de la Ley General de Publicidad”. En prácticamente exactos términos establece la correspondiente Ley murciana, en el artículo 15, semejante posibilidad.

Tal y como sostiene ROZADOS OLIVA, la técnica de la autorización administrativa previa es la “más frecuente en el conjunto del ordenamiento jurídico-publicitario, pues va a operar no sólo en aquellos casos en los que el art. 8.1 LGP [actualmente art. 5.1 LGP, en función de las modificaciones introducidas por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre], en función de los productos, actividades o servicios objeto de publicidad, habilita su imposición, sino también en relación al ejercicio mismo de la actividad, como en los supuestos de publicidad aérea o publicidad dinámica regulados por el Derecho autonómico”<sup>839</sup>. Ahora bien, a este respecto vale la pena recordar que si el derecho a anunciar de los anunciantes fuere en efecto una manifestación del derecho de libertad de información de éstos—que tal y como se sostiene en esta investigación, no es el caso—sería necesario indagar hasta que punto el uso de la técnica de la autorización administrativa previa constituiría un tipo de censura previa, proscrita en el artículo constitucional 20.2, que establece que: “El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”. Adicionalmente, la voluntariedad de la medida hace imposible valorar estas previsiones en términos de censura previa.

En segundo lugar, el otro aspecto interesante y muy novedoso que hay que destacar de la regulación de la publicidad del alcohol es el régimen de advertencias sanitarias que se ha implementado en la Comunidad Valenciana mediante el Decreto 57/1998, de 28 de abril, de la inclusión de mensajes de advertencia sobre la peligrosidad de uso o abuso en la publicidad de productos. Este decreto prevé la inclusión de mensajes de advertencia, no ya en el etiquetado de los productos, cosa más habitual, sino directamente en la publicidad de los mismos. Los artículos más pertinentes del Decreto 57/1998 establecen:

### **Artículo 3. Mensajes de advertencia.**

1. Toda publicidad de bebidas alcohólicas deberá incluir, de forma que se aprecie claramente por las personas destinatarias del mensaje publicitario, un mensaje general que advierta sobre los peligros para la salud y para el bienestar social que puede producir el abuso de bebidas alcohólicas.

---

<sup>838</sup> Es de anotar que las Leyes de Castilla-La Mancha y Extremadura incorporan exactos regímenes, pero en el ámbito de la publicidad del tabaco, que como se sabe, es mucho más restringido que el de bebidas alcohólicas, en virtud de las normas de orden estatal que se han comentado anteriormente.

<sup>839</sup> ROZADOS OLIVA, ob. Cit., p. 57.

2. En la publicidad de bebidas con graduación alcohólica igual o superior a dieciocho grados centesimales deberán incluirse, además, mensajes de advertencia específicos.
3. El contenido del mensaje general de advertencia es el que se figura en el artículo siguiente y los contenidos de los mensajes de advertencia específicos se establecen en el anexo del presente Decreto.

#### **Artículo 4. Inclusión y contenido de los mensajes.**

1. Cuando no hubiera sido propuesto y aprobado algún mensaje que cumpliera con los criterios expuestos en el artículo anterior, con arreglo a lo establecido en la disposición adicional segunda de este Decreto, en el marco de lo establecido en el artículo 15 apartado 5 de la Ley 3/1997, del 16 de junio, de la Generalitat Valenciana, deberá insertarse el siguiente mensaje general de advertencia: «El abuso de alcohol es perjudicial para la salud y el bienestar social».
2. Los mensajes de advertencia específicos que se publican como anexo de este Decreto deberán incluirse en los soportes y/o medios de difusión publicitaria con una tolerancia del 5 por 100, aproximadamente, para cada campaña publicitaria.
3. Para hacer efectiva la alternancia que se cita en el número anterior, anualmente deberán incluirse todas las advertencias repartidas por igual -con la tolerancia citada- en la publicidad correspondiente a ese período de tiempo de cada una de las marcas de bebidas alcohólicas. A estos efectos, la Dirección General de Drogodependencias de la Generalitat Valenciana podrá en cualquier momento comprobar el exacto cumplimiento de esta norma, para lo cual cada fabricante deberá suministrar la información que le sea solicitada.

#### **Artículo 5. Modo de presentación de los mensajes.**

Cuando se utilizasen medios gráficos o visuales en la publicidad de las bebidas alcohólicas, el mensaje de advertencia deberá insertarse sobre un fondo de contraste y de manera que sea fácilmente visible, legible con claridad e indeleble. Se utilizarán caracteres en negrita para su mejor visibilidad.

Tal y como se podrá comprobar en el apartado final de este Capítulo, tanto la figura de la autorización administrativa previa, como la figura muy interesante de las advertencias publicitarias, tienden puentes que permiten vislumbrar mecanismos de corregulación de carácter legislativo. Dichos mecanismos, como se verá, pueden potenciar medidas de carácter autorregulatorio o autodisciplinario que tenderían a homogeneizar el nivel de protección de los derechos de los consumidores que brindan fórmulas de intervención como las que se acaban de referir.

### **2.3. La regulación de la publicidad de inhalantes**

Tal y como se explica en el INCDSP:

La expresión “uso de solventes volátiles” describe la inhalación intencional de una variedad de sustancias volátiles (casi todos solventes orgánicos), para obtener efectos psicoactivos. El término “inhalante” ahora abarca un grupo de compuestos químicos psicoactivos, definidos más por la vía de administración que por los efectos que producen sobre el sistema nervioso central. Así, sustancias tan diversas como el tolueno,

el éter y los nitritos han sido clasificadas como inhalantes porque todos éstos se inhalan por la boca y la nariz.

El uso de solventes volátiles (que incluye aspirar pegamento, inhalantes y solventes) se ha reportado en varias partes del mundo, principalmente entre adolescentes, individuos que viven en comunidades alejadas y aquellos cuyas ocupaciones permiten un fácil acceso a estas sustancias. En ciertos países el uso de solventes volátiles se asocia con grupos particulares de jóvenes, como los niños de la calle, o de poblaciones indígenas. Se pueden utilizar muchos productos para lograr la intoxicación que es posible obtener fácilmente en el hogar y en varios tipos de comercios<sup>840</sup>

A continuación se resumen algunos de los daños específicos conocidos asociados al consumo de inhalantes o solventes volátiles<sup>841</sup>:

<b>Droga</b>	<b>Productos en los que se encuentra</b>	<b>Daños conocidos a la salud</b>
<b>Nitrito amílico, nitrito butílico</b>	<i>“Poppers” [reventador es], “video head cleaners” [limpiadores de cabezal de video]</i>	Síndrome de muerte súbita por inhalación, supresión de la función inmunológica, daño a los glóbulos rojos.
<b>Benceno</b>	<i>Gasolina</i>	Daño a la médula ósea, deterioro de la función inmunológica, aumento del riesgo de contraer leucemia, toxicidad del sistema reproductivo.
<b>Butano, propano</b>	<i>Líquido de los encendedores, aerosoles de pinturas y de fijadores de pelo</i>	Síndrome de muerte súbita por inhalación causada por los efectos cardíacos, lesiones graves por quemaduras (debido a la combustibilidad).
<b>Freón</b>	<i>Refrigerante y propulsor de aerosoles</i>	Síndrome de muerte súbita por inhalación, lesiones en el hígado, obstrucción respiratoria y muerte (causada por el enfriamiento repentino o daño por frío a las vías respiratorias)
<b>Cloruro de metileno</b>	<i>Diluyentes y removedores de pinturas, quitagrasas</i>	Reducción de la capacidad de la sangre para transportar oxígeno, cambios en el músculo cardíaco y en el pulso.
<b>Óxido nitroso, hexano</b>	<i>“gas hilarante”</i>	Muerte por falta de oxígeno al cerebro, alteraciones en la percepción y coordinación motriz, pérdida de sensación, espasmos en las extremidades, pérdida del conocimiento debido a cambios en la presión sanguínea, disminución del funcionamiento del músculo cardíaco.
<b>Tolueno</b>	<i>Gasolina, líquidos correctores, diluyentes y disolventes de pinturas</i>	Daño cerebral (pérdida de la masa del tejido cerebral, deterioro en la cognición, problemas con la marcha o el andar, pérdida de la coordinación y del equilibrio, espasmos en las extremidades, pérdida auditiva y de la visión), daño al hígado y a los riñones.
<b>Tricloruro de etileno</b>	<i>Quitamanchas y quitagrasas</i>	Síndrome de muerte súbita por inhalación, cirrosis hepática, complicaciones reproductivas, daño auditivo y de la visión.

<sup>840</sup> INCDSP, p. 101

<sup>841</sup> Información tomada de: DEPARTAMENTO DE SALUD Y SERVICIOS HUMANOS DE LOS ESTADOS UNIDOS - INSTITUTOS NACIONALES DE LA SALUD, “Abuso de inhalantes” *NIDA-Serie de Reportes de Investigación*, febrero de 2011, p. 6.

EL INCDSPP destaca que puesto que “los inhalantes pueden obtenerse fácilmente, se emplean con propósitos psicoactivos por quienes no tienen edad suficiente para lograr un fácil acceso al tabaco, alcohol u otras sustancias psicoactivas”<sup>842</sup>. No obstante, no existen suficientes datos e investigaciones que cuantifiquen y analicen a nivel global los riesgos sanitarios derivados de su consumo. Ahora bien, es incontrovertible que se trata de sustancias psicotrópicas, aunque no se comercialicen para su consumo como tales, razón por la cual, intrínsecamente, conllevan el riesgo de generar dependencia, y su publicidad debe ser regulada conforme a lo establecido en el artículo 5.4 de la LGP.

Al estudiar la normativa autonómica sobre prevención de la drogodependencia, se encuentra que doce de las quince CCAA han prohibido la venta de inhalantes o solventes volátiles a menores de edad<sup>843</sup>. Así, el artículo 31 de la Ley catalana 20/1985, modificado en su apartado 1º por el artículo 15 de la Ley catalana 10/1991, de 1º de mayo establece: “1. Se prohíbe la venta a menores de edad de colas y otras sustancias o productos industriales inhalables de venta autorizada que puedan producir efectos nocivos para la salud y creen dependencia o produzcan efectos euforizantes o depresivos. 2. El Consejo Ejecutivo determinará reglamentariamente la relación de productos a que se refiere el apartado 1”. No obstante, en ninguna de las normas se regula la publicidad de este tipo de productos. Ahora bien, es interesante observar que tanto la Ley riojana como la vasca prevén una serie de medidas sobre el etiquetado y la presentación de este tipo de productos que vale la pena traer a colación. Por ejemplo, el artículo 44 de la Ley riojana 5/2001, de 17 de octubre, establece:

El Gobierno de La Rioja, a fin de prevenir la correcta utilización de los productos de uso doméstico o industrial y las sustancias volátiles, como colas o productos industriales inhalables, susceptibles de producir efectos nocivos para la salud y de crear dependencia o efectos psicoactivos, llevará a cabo las siguientes actuaciones:

1. Fomentará el uso de etiquetas adicionales en las que se informe de la toxicidad o peligrosidad de dichos productos.
2. Potenciará la utilización en la fabricación de tales productos de sustancias adicionales que disuadan de emplearlos en forma peligrosa y carezcan de efectos perniciosos para los usuarios y usuarias.
3. El Gobierno de La Rioja determinará reglamentariamente la relación de productos a que se refiere este artículo.

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 45 de la citada Ley de la Rioja establece: “Los productos que contengan las sustancias a que se refiere el artículo 44, no podrán ser presentados de manera que por su color, forma, grafismo u otras circunstancias puedan atraer especialmente la atención de los menores de dieciocho años”. Es muy claro como en esta Comunidad, al igual que sucede en el País Vasco, se entiende que

---

<sup>842</sup> INCDSPP, p. 4.

<sup>843</sup> Mientras que Canarias y Galicia optan por no regular este tipo de drogodependencia, la Ley cántabra 5/1997, de 6 de octubre, establece en el artículo 28: “1. El Gobierno de Cantabria, en el marco de sus competencias, regulará las condiciones y presentación a la venta de sustancias y productos comerciales que pueden producir efectos nocivos para la salud y crear dependencia, a fin de evitar su uso como drogas. 2. La Consejería de Sanidad, Consumo y Bienestar Social determinará reglamentariamente la relación de productos a que se refiere el apartado anterior.”



simultáneamente a las restricciones de venta y consumo en función de la edad, conviene que la regulación de las drogodependencias se ocupe también de la comunicación de los riesgos de los que se trate. Para lo cual, no sólo se ha de estar atento a la información que se presenta en el etiquetado, sino también en el *packaging* mismo, elementos todos, como se sabe, componentes del *product-mix* con vocación comunicativa en términos de CMI.

Ahora bien, es importante recordar que en el artículo 48 del Reglamento (CE) 1272/2008, de 16 de diciembre, de clasificación, etiquetado y envasado de sustancias y mezclas, que modifica y deroga las Directivas 67/548/CEE y 1999/45/CE y modifica el Reglamento (CE) núm. 1907/2006, de 18-12-2006 , establece:

1. En toda publicidad de una sustancia clasificada como peligrosa se mencionarán las clases o categorías del peligro en cuestión.
2. En toda publicidad de una mezcla clasificada como peligrosa, o que entra en el ámbito de aplicación del artículo 25, apartado 6, que permita que un particular firme un contrato de compraventa sin haber visto previamente la etiqueta de la mezcla deberán mencionarse los tipos de peligros indicados en la etiqueta.

El párrafo primero se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 , relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

En virtud de esta norma, se hace obligatoria la presencia de ciertos tipos de advertencias, como por ejemplo la de toxicidad que se regula en el punto 3 del Anexo I de dicho Reglamento. Adicionalmente, conviene recordar que la Ley 8/2010, de 31 de marzo, que establece el régimen sancionador previsto en los Reglamentos (CE) relativos al registro, a la evaluación, a la autorización y a la restricción de las sustancias y mezclas químicas y sobre la clasificación, el etiquetado y el envasado de sustancias y mezclas, que lo modifica, concede, al tenor del artículo 2.1, “a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas las funciones de vigilancia, inspección y control del correcto cumplimiento de cuanto se establece en ambos Reglamentos en sus respectivos territorios, así como el desarrollo normativo y el ejercicio de la potestad sancionadora”. En este orden de ideas, el artículo 6.1 de la Ley 8/2010 establece: “Las acciones u omisiones, que contravengan lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 1272/2008, tendrán el carácter de infracciones administrativas, sin perjuicio de las que puedan establecer las Comunidades Autónomas como desarrollo de las mismas”. Seguidamente, se define como falta grave, al hilo del numeral 3.e, “[e]l incumplimiento de los requisitos sobre publicidad de sustancias y mezclas peligrosas establecidos en el artículo 48 del Reglamento (CE) núm. 1272/2008”.

### **3. La prohibición de la publicidad: El caso de los medicamentos psicoactivos**

El estudio de la compleja regulación de la publicidad de los medicamentos excede en mucho el ámbito del presente trabajo, no sólo por la dificultad misma de la materia, y las propias limitaciones de esta investigación, sino por el hecho de que la comunicación al público general de este tipo de publicidad está prohibida. Ahora bien, se debe dejar

constancia de que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), impone la obligación a las Administraciones Públicas de realizar un control de la publicidad para garantizar que se esta se ajusta a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud, y para limitar todo aquello que pueda representar un perjuicio para esta.<sup>844</sup> Así, el artículo 102 de la LGS, modificado por el artículo 41.2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre establece:

1. La información y promoción de los medicamentos y los productos sanitarios dirigida a los profesionales se ajustará a las condiciones técnicas y científicas autorizadas del producto y cumplirá con las exigencias y controles previstos en el artículo 76 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.
2. La publicidad de medicamentos y productos sanitarios dirigida al público requerirá autorización previa de los mensajes por la autoridad sanitaria.

Así pues, la LGS establece dos regímenes diferenciados en función de si la publicidad se dirige a los profesionales de la salud o al público en general. En este sentido, el artículo 78.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios (LGURMPS), modificado por el artículo 47.4 de la Ley Ómnibus, Ley 25/2009, de 22 de diciembre, establece que:

1. Podrán ser objeto de publicidad destinada al público los medicamentos que cumplan todos los requisitos que se relacionan a continuación:
  - a) Que no se financien con fondos públicos.
  - b) Que, por su composición y objetivo, estén destinados y concebidos para su utilización sin la intervención de un médico que realice el diagnóstico, la prescripción o el seguimiento del tratamiento, aunque requieran la intervención de un farmacéutico. Este requisito podrá exceptuarse cuando se realicen campañas de vacunación aprobadas por las autoridades sanitarias competentes.
  - c) Que no constituyan sustancias psicotrópicas o estupefacientes con arreglo a lo definido en los convenios internacionales.

La ley define por exclusión aquellos medicamentos sobre los que se puede realizar publicidad dirigida al público en general—la cual siempre requiere de una autorización administrativa previa—excluyéndose precisamente aquellos medicamentos cuyo consumo comporta mayor riesgo, o que pueden generar dependencia, como es el caso de aquellos que se constituyen con sustancias estupefacientes o psicotrópicas. En este mismo sentido, el artículo 7 del Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano, establece que:

1. Quedan excluidos de la publicidad destinada al público los medicamentos:
  - a) Que sólo pueden dispensarse por prescripción facultativa.

---

<sup>844</sup> El artículo 27 de la LGS, modificado por la disposición final 1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre establece: “Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, realizarán un control de la publicidad y propaganda comerciales para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma, con especial atención a la protección de la salud de la población más vulnerable”.

b) Que contengan sustancias psicotrópicas o estupefacientes con arreglo a lo definido en los convenios internacionales.

2. Queda igualmente excluida la publicidad al público de los medicamentos que forman parte de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud.

Así pues, se constata que la categoría de drogas que representa el menor riesgo para la salud, según las cifras de la OMS que se han comentado anteriormente, e incluso según otros estudios como el INCDSP o el trabajo de NUTT antes citados, es precisamente aquella categoría sobre la que mayores restricciones recaen desde la perspectiva del derecho a anunciar, y por ello también desde la perspectiva del derecho a recibir información veraz. El hecho de que los pacientes no puedan recibir información publicitaria de las diferentes empresas farmacéuticas con respecto a alternativas de tratamiento disponibles, evidentemente merma su capacidad de decisión, haciendo que ésta se traslade al galeno que formula. Esta situación claramente parece desproporcionada, especialmente si se considera que incluso los fumadores tienen derecho a recibir publicidad, y las tabacaleras derecho a comunicársela a estos. Ahora bien, tal y como se ha indicado, desafortunadamente no es este el lugar para indagar el la problemática ética que plantea esta particular regulación, y la forma en la que impacta el derecho a la información de los pacientes y el respecto de su autonomía.<sup>845</sup>

#### **4. Consideraciones sobre las medidas establecidas y fórmulas complementarias y alternativas**

La percepción generalizada de los riesgos asociados al consumo de drogas psicoactivas, en la mayoría de los casos, no se corresponde con la realidad. O al menos eso habría que concluir si se le da credibilidad a los estudios que se han citado a lo largo de este Capítulo. Según la Encuesta estatal sobre uso de drogas en Enseñanza Secundaria ESTUDES 1994-2010, esto resulta especialmente cierto en el caso de los riesgos asociados al consumo del alcohol, tal y como son percibidos por los menores, como se observa en la Tabla 3 (ver página siguiente)<sup>846</sup>. Esta percepción distorsionada de los riesgos, sin duda, influye en los patrones de consumo nocivo, potenciándolos, tal y como se puede observar en las Tablas 4 y 5 (ver página siguiente)<sup>847</sup>.

---

<sup>845</sup> El estudio más completo y reciente sobre la publicidad de los medicamentos es: IRÁCULIS ARREGUI, N., “La publicidad de los medicamentos”, Madrid: La Ley, 2008.

<sup>846</sup> Se reproduce de: OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LA DROGA Y LAS TOXICOMANÍAS, “Situación y tendencias de los problemas de drogas en España. Informe 2011”, Madrid: Observatorio Español De La Droga Y Las Toxicomanías, 2011, p. 17. El folleto citado es un resumen de: OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LA DROGA Y LAS TOXICOMANÍAS, “Informe 2011”, Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad - Centro de Publicaciones & Secretaría General de Política Social y Consumo - Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, 2011.

<sup>847</sup> Ambas tablas se reproduce de: OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LA DROGA Y LAS TOXICOMANÍAS, “Situación y tendencias de los problemas de drogas en España. Informe 2011”, Madrid: Observatorio Español De La Droga Y Las Toxicomanías, 2011, p. 7-8.

Tabla 3

**Evolución del riesgo percibido\* por los estudiantes de 14-18 años ante el consumo habitual\*\* de drogas . ESTUDES 1994-2010. España.**

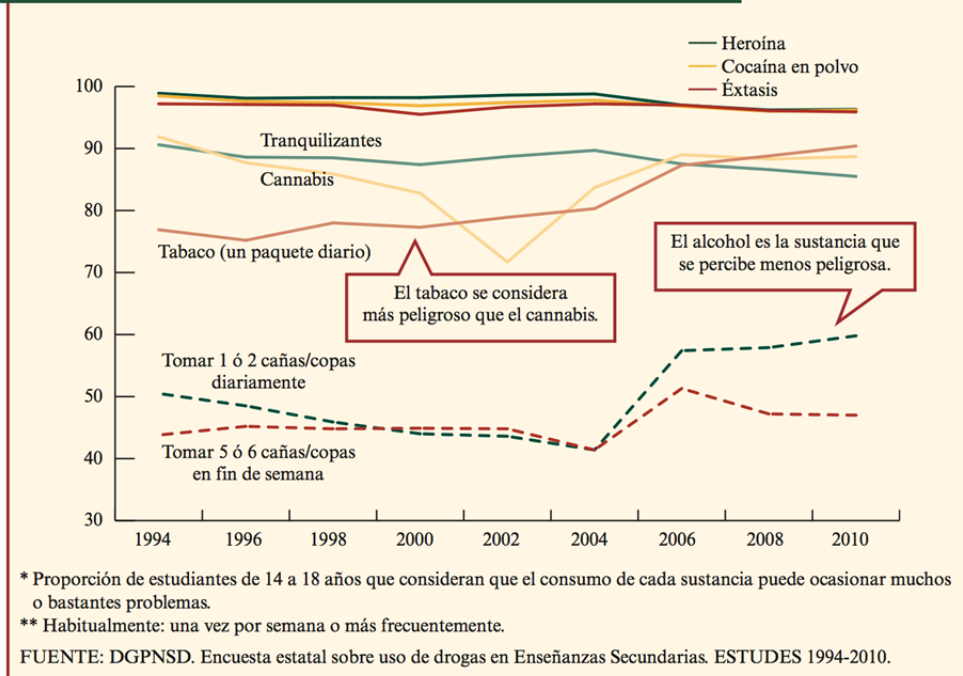


Tabla 4

**Evolución de la prevalencia de consumo de bebidas alcohólicas y borracheras (últimos 30 días) entre los estudiantes de 14-18 años (%). ESTUDES 1994-2010. España.**

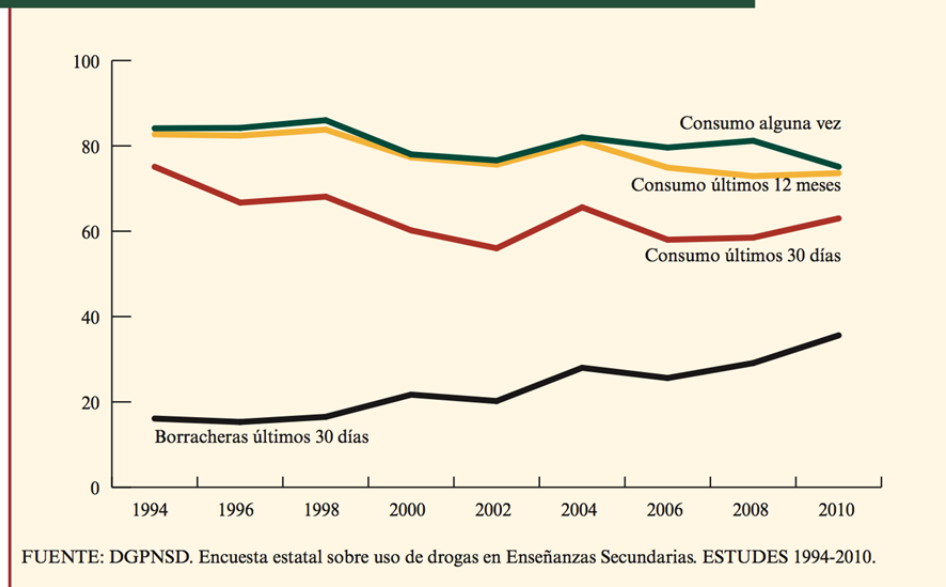
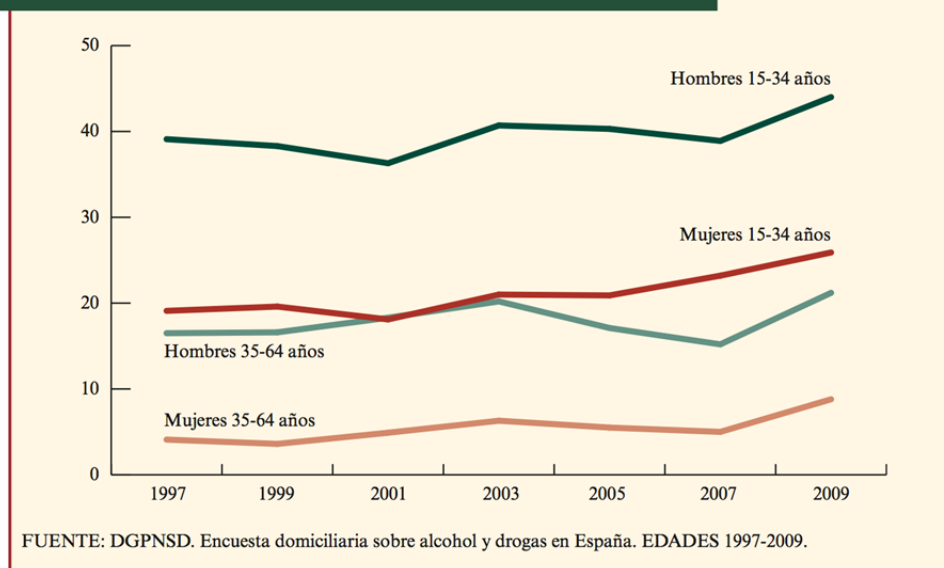


Tabla 5

**Evolución de la prevalencia de borracheras en los últimos 12 meses en la población de 15 a 64 años, según grupo de edad y sexo (%). EDADES 1997-2009. España.**



Teniendo en cuenta la importancia de la dependencia en términos de daño a la salud, llama la atención que no exista ningún tipo de obligación de comunicar esta información, más allá de las fronteras de la Comunidad de Valencia. Ni se comunica el riesgo de que el consumo puede generar dependencia, ni tampoco, lo cual sería mejor, se exige que la publicidad se utilice como medio, por los anunciantes, para informar acerca del consumo saludable, y sobre las consecuencias del exceso, entre las que debería aparecer el riesgo de generar dependencia. A este respecto vale la pena recordar que uno de los objetivos establecidos en la Estrategia de la UE para apoyar a los Estados Miembros en la reducción de los daños asociados al alcohol es “incrementar la conciencia de los ciudadanos de la UE acerca del impacto en la salud derivado del consumo dañino y peligroso de alcohol, especialmente sobre el impacto al feto, a los bebedores menores de edad y con relación al desempeño en el trabajo y conduciendo”<sup>848</sup>. Según se establece en la Estrategia, los “ciudadanos tienen derecho a obtener información relevante sobre el impacto a la salud, y particularmente sobre los riesgos y consecuencias asociados al consumo dañino y peligroso de alcohol, y a obtener información más detallada sobre aditivos que pueden ser perjudiciales para la salud de ciertos grupos de consumidores”<sup>849</sup>. Y, tal y como se reconoce en la misma Estrategia, las campañas publicitarias pueden ser utilizadas para informar y advertir sobre los riesgos de estos tipos de consumo de alcohol.<sup>850</sup>

A este respecto, resulta importante destacar que tanto la Comunidad de Madrid como el País Vasco han integrado este tipo de medidas, involucrando de forma especial a los

<sup>848</sup> “An EU strategy to support Member States in reducing alcohol related harm”, COM(2006) 625 final, Bruselas, 24.10.2006, p. 11

<sup>849</sup> COM(2006) 625 final, p. 11.

<sup>850</sup> Ibidem.

medios de comunicación social. Así, el artículo 8.1 de la Ley de prevención de la drogodependencia de la Comunidad de Madrid establece:

Las Administraciones Públicas promoverán estrategias de comunicación adaptadas a la consecución de objetivos en el fenómeno de las drogodependencias y otros trastornos adictivos, sus causas y efectos, a fin de modificar actitudes y hábitos.

Para la difusión de sus Campañas Institucionales sobre prevención de drogodependencias, la Consejería de Sanidad dispondrá de espacios gratuitos de publicidad en los medios de comunicación de titularidad pública de la Comunidad de Madrid con un máximo del 5 por 100 del tiempo dedicado a la publicidad en cada una de las franjas horarias elegidas por el propio Organismo competente y durante todo el tiempo que duren las campañas.

De forma similar, los numerales 1º y 2º del artículo 5 de la Ley vasca rezan:

1. Las Administraciones públicas promoverán estrategias de comunicación sobre el fenómeno de las drogodependencias, sus causas y sus efectos a fin de modificar actitudes y hábitos en relación a su consumo, e interesarán en las mismas a los medios de comunicación, especial y preferentemente a los de titularidad pública, como colaboradores en la creación de estados de opinión en defensa de la salud.

2. Para la difusión de sus campañas institucionales sobre prevención de las drogodependencias, la Comisión Interdepartamental de Drogodependencias, regulada en el artículo 40 de la presente Ley, dispondrá de espacios gratuitos de publicidad en los medios de comunicación de titularidad pública de la Comunidad Autónoma, con un máximo del 5% del tiempo dedicado a la publicidad en cada una de las franjas horarias elegidas por la propia Comisión y durante todo el tiempo que duren las campañas.

Las Administraciones públicas vascas, los organismos autónomos, entes públicos de Derecho privado y empresas públicas dependientes de las mismas contribuirán a la difusión de las referidas campañas institucionales, en el ámbito de sus competencias, mediante la cesión de los espacios o lugares tanto interiores como exteriores destinados a publicidad de los que sean titulares.

Estas importantes iniciativas, al limitarse al ámbito de la publicidad institucional, no realizan el potencial de la publicidad para modificar percepciones y hábitos. De un lado, se verifica una tendencia a querer utilizar la publicidad como medio para comunicar advertencias que tradicionalmente se limitaban al ámbito del etiquetado pero, simultáneamente, se observa una tendencia a querer reducir la publicidad. Es decir, de un lado se reconoce el potencial de la publicidad, y no sólo de la publicidad institucional, para comunicar efectivamente información relacionada con los riesgos asociados al consumo de la sustancia de la que se trate, y del otro, se temen las repercusiones en términos de aumento del consumo que tiene la publicidad por su capacidad persuasiva, por lo que se estima que lo mejor es reducirla hasta eliminarla—al menos en los casos del tabaco y del alcohol. No obstante, si se reconoce que la capacidad persuasiva de la publicidad se puede utilizar para promover otros tipos de consumo, saludables, que impliquen un cambio en la percepción social del uso de las drogas psicoactivas, parecería que, más que callar a los anunciantes, limitando la información disponible para el público, se debería involucrar a aquellos, y no sólo a los medios de comunicación social, en la solución de la problemática de la drogodependencia. En definitiva, se trata de potenciar la comunicación de campañas sobre consumo responsable que verdaderamente den pautas claras, en términos de dosis

recomendadas, riesgos de adicción, etc., y coadyuven a la modificación de pautas y hábitos de consumo dañinos y peligrosos.

Tal y como se ha podido constatar, no sólo existen drogas psicoactivas, la cafeína, que se pueden promocionar sin restricción, sino que otras, como el alcohol, reciben un tratamiento dispar frente a drogas cuyos riesgos son comparables, o incluso inferiores, dependiendo de la definición de riesgo que se adopte, como el caso del tabaco. Incluso, se ha podido verificar que existen drogas, aquellas cuya participación en la morbilidad es mínima por estar altamente controlado su consumo, es decir, los medicamentos psicoactivos, cuya publicidad está prohibida; ni siquiera existe la posibilidad, como en el caso del tabaco, de que las empresas farmacéuticas proporcionen este tipo de información a pacientes que la busquen y necesiten, lo cual, como se ha comentado, representa una grave vulneración del derecho a la información de los pacientes, y una amenaza a la posibilidad de tomar una decisión informada acerca de su tratamiento.

Frente a esta disparidad de regímenes, y la gravedad de los riesgos de los que se trata, cobra especial importancia el llamado que se hace desde diversas leyes autonómicas de prevención de la drogodependencia a promover la formalización de acuerdos de autocontrol y autolimitación de la publicidad de drogas psicoactivas. Así, por ejemplo, el numeral 2º de la Disposición Adicional 4ª de la Ley catalana 20/1985, establece: “La Administración promoverá la formalización de convenios de autocontrol con los anunciantes y con las agencias, empresas y medios de publicidad, con el fin de restringir, para todo lo que la presente Ley no regule, la actividad publicitaria de bebidas alcohólicas, de productos de tabaco y de los relacionados con su consumo”. La alternativa a este tipo de convenios sería quizá, tal y como sugiere EUROCARE, que se adoptaran regulaciones de nivel estatal del tipo de las introducidas en Francia por la denominada *Loi Evin*.<sup>851</sup> La recomendación de EUROCARE se resume en los siguientes puntos:

---

<sup>851</sup> European Alcohol Policy Alliance – EUROCARE, “Eurocare Recommendations for a Future EU Alcohol Strategy”, Bruselas: EUROCARE, 2012, p. Vale la pena transcribir aquí los dos artículos más relevantes de la *Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme (Loi Evin)*, publicada en el *Journal Officiel de la République Française* el día 10 de enero de 1991, la cual fue integrada en el *Code de la Santé Publique (Article L 3323)*:

“Article L17. La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites sont autorisées exclusivement : 1° Dans la presse écrite à l'exclusion des publications destinées à la jeunesse, définies au premier alinéa de l'article 1er de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse ; 2° Par voie de radiodiffusion sonore pour les catégories de radios et dans les tranches horaires déterminées par décret en Conseil d'Etat ; 3° Sous forme d'affiches et d'enseignes ; sous forme d'affichettes et d'objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat ; 4° Sous forme d'envoi par les producteurs, les fabricants, les importateurs, les négociants, les concessionnaires ou les entrepositaires, de messages, de circulaires commerciales, de catalogues et de brochures, dès lors que ces documents ne comportent que les mentions prévues à l'article L. 18 et les conditions de vente des produits qu'ils proposent ; 5° Par inscription sur les véhicules utilisés pour les opérations normales de livraison des boissons, dès lors que cette inscription ne comporte que la désignation des produits ainsi que le nom et l'adresse du fabricant, des agents ou dépositaires, à l'exclusion de toute autre indication ; 6° En faveur des fêtes et foires traditionnelles consacrées à des boissons alcooliques locales et à l'intérieur de celles-ci, dans des conditions définies par décret ; 7° En faveur des musées, universités, confréries ou stages d'initiation oenologique à caractère traditionnel ainsi qu'en faveur de présentations, de dégustations, dans des conditions définies par décret. 8° Sous forme d'offre, à titre gratuit ou onéreux, d'objets strictement réservés à la consommation de boissons contenant de l'alcool, marqués à leurs noms, par les producteurs et les fabricants de ces boissons, à l'occasion de la vente directe de leurs produits

1. La publicidad del alcohol únicamente debe permitirse de conformidad a condiciones precisas definidas a nivel legal.
2. En las ocasiones en las que se permita la publicidad de bebidas alcohólicas, su contenido debe estar regulado:
  - Los mensajes y las imágenes únicamente podrán referirse a información acerca de los productos como la gradación, el origen, la composición y los métodos de preparación.
  - Una advertencia sanitaria debe incluirse en toda publicidad.
  - Los mensajes no deben mencionar o asociarse con imágenes relacionadas con temas sexuales, sociales ni deportivos.
3. Se debe prohibir la publicidad de bebidas alcohólicas en el cine y la televisión.
4. Se debe prohibir la publicidad de bebidas alcohólicas en Internet, salvo en los puntos de venta.
5. Se debe prohibir el patrocinio de actividades culturales y deportivas por parte de marcas y productores de bebidas alcohólicas.
6. Se debe prohibir la publicidad de bebidas alcohólicas dirigida a menores de edad.
7. Se debe regular el emplazamiento de bebidas alcohólicas, y restringir la audiencia de piezas audiovisuales en las que aparezca dicho tipo de emplazamiento de productos a mayores de edad.
8. Se deben prohibir todo tipo de herramientas de marketing intrusivas, tales como aplicaciones sociales y *apps* en teléfonos móviles.
9. Se debe prohibir por completo la publicidad exterior de bebidas alcohólicas.
10. Se deben prohibir las promociones estilo *Happy Hour*, dos por uno, y barra libre para mujeres, etc.

Como se ha visto, muchas de estas iniciativas ya han sido implantadas. Ahora bien, no obstante las grandezas del sistema Autonómico español, en casos como el presente, más que sacrificar este tipo de competencias, o permitir que sean ahogadas por iniciativas de orden estatal como el frustrado Anteproyecto de Ley de Medidas Sanitarias para la

---

*aux consommateurs et aux distributeurs ou à l'occasion de la visite touristique des lieux de fabrication. Toute opération de parrainage est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques.*

*Article L18. La publicité autorisée pour les boissons alcooliques est limitée à l'indication du degré volumique d'alcool, de l'origine, de la dénomination, de la composition du produit, du nom et de l'adresse du fabricant, des agents et des dépositaires ainsi que du mode d'élaboration, des modalités de vente et du mode de consommation du produit. Cette publicité peut comporter en outre des références relatives aux terroirs de production et aux distinctions obtenues. Le conditionnement ne peut être reproduit que s'il est conforme aux dispositions précédentes. Toute publicité en faveur de boissons alcooliques, à l'exception des circulaires commerciales destinées aux personnes agissant à titre professionnel ou faisant l'objet d'envois nominatifs ainsi que les affichettes, tarifs, menus ou objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, doit être assortie d'un message de caractère sanitaire précisant que l'abus d'alcool est dangereux pour la santé.*



Protección de la Salud y la Prevención del Consumo de Bebidas Alcohólicas por Menores, del Ministerio de Sanidad y Consumo, presentado durante la VIII Legislatura, parece más conveniente involucrar a los anunciantes para hacerlos partícipes de un cambio de paradigma en la forma en que se publicitan las drogas psicotrópicas, pues así, no sólo no se sacrificaría el derecho a recibir información de los consumidores, sino que se podría aprovechar el potencial persuasivo de la publicidad para fomentar el cambio de hábitos y actitudes que se persigue.

Sin lugar a dudas, existe la necesidad de armonizar las regulaciones de la publicidad de productos que generan dependencia. Tal y como se ha visto, los esquemas vigentes no sólo no implementan restricciones proporcionales a los riesgos inherentes a cada sustancia, sino que únicamente se centran en limitar los contenidos connotativos y la cantidad de publicidad. No obstante, parece más conveniente reconocer la utilidad social de la publicidad desde la perspectiva del consumo, para conseguir articular esquemas regulatorios que reflejen adecuadamente las funciones de la publicidad. Se hace necesario entender que una correcta limitación de la creación y gestión del capital simbólico de las empresas, es decir, del uso de las marcas en la publicidad, puede servir para potenciar la dimensión informativa de la publicidad, limitando su persuasividad. Sería posible, por ejemplo, establecer limitaciones al uso de marcas en la publicidad, tal y como se hace actualmente en Australia en materia de etiquetado de productos del tabaco, y simultáneamente, podría exigirse la inclusión de contenidos informativos que verdaderamente comuniquen pautas de consumo que permitan reducir los riesgos asociados a ciertos patrones de consumo de este tipo de sustancias. En cualquier caso, parece indiscutible que una evolución normativa de este tipo pasa por involucrar a todos los agentes interesados. Sólo involucrando a anunciantes, agencias, medios y público en general podrán conciliarse adecuadamente los intereses en juego, de forma que se propicie un verdadero cambio, no ya sólo en el consumo, que ha de ser responsable, sino también en la oferta, la cual debe ser también responsable y ajustarse a las limitaciones que naturalmente se derivan del principio de prevención en conexión con el consumo de productos que generan dependencia.



## CONCLUSIONES

El estudio realizado pone de relieve:

1. La publicidad es comunicación persuasiva realizada por un anunciante que, en desarrollo de la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional a la que se dedica, ejerce su derecho a anunciar con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones identificados con signos distintivos que está autorizado a utilizar.
2. La LGP regula el derecho que tienen las personas para crear y difundir discursos, para anunciar o promover, mediante el uso del *promotional-mix*, la contratación de los bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones que ofrecen en el mercado como resultado o en ejercicio de su propia actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.
3. La LGP no regula la publicidad, las comunicaciones comerciales, sin más, como tipo específico de información o expresión creada y comunicada con el concurso de herramientas promocionales, publicitarias y de medios, sino sólo y exclusivamente en cuanto resultado y manifestación del derecho a anunciar, el cual no es un derecho erga omnes.
4. La incidencia de la publicidad en conexión con la distribución asimétrica de la información en el mercado es generalmente negativa toda vez que el tipo de información que introduce en el mercado, si bien debe ser siempre veraz, no sólo no sirve por lo general para facilitar la producción de resultados eficientes y equitativos, sino que en la mayoría de los casos produce una desinformación, basada en la “emocionalización” del consumo que aumenta la imperfección competitiva del mercado.
5. En la medida en la que la publicidad introduce más asimetría, o simplemente produce “información inútil” en términos de elección racional, sólo se puede sostener que contribuye a soslayar la eficiencia y la equidad en el mercado.
6. La publicidad es a la vez causa y efecto de la imperfección de los mercados.

7. Los contenidos informativos en la publicidad se sacrifican en aras de potenciar la dimensión persuasiva de las comunicaciones comerciales y la consolidación de mecanismos heurísticos que promueven el consumo irreflexivo.
8. La utilización de apelaciones emocionales e indicios periféricos que consolidan el VEM, hace necesario que en la regulación del derecho a anunciar, como instancia que es de creación y difusión de significados connotativos meta-económicos, se limite como ilícito no sólo la falsedad o el engaño, sino también el uso de determinadas apelaciones publicitarias e indicios periféricos mediante los que se busca asociar a las marcas significados que pueden llegar a vulnerar no ya sólo intereses económicos de los consumidores, sino también intereses y/o derechos extra-económicos de los destinatarios de la publicidad.
9. El poder de venta de las marcas no se puede explicar exclusivamente en términos de calidad y *goodwill* connotados, sino que es necesario entender cómo el VSM, que la publicidad crea y comunica, estructura relaciones de oposición que dinamizan el consumo y que se verifican en él.
10. El significado simbólico de la marca, el cual está compuesto tanto por el buen nombre connotado como por el VSM, al ser interpretado por parte del consumidor sirve de motivación y justificación de las preferencias de consumo, las cuales son conducidas y movilizadas emocionalmente, principalmente a través del procesamiento de los contenidos apelativos de la publicidad.
11. El test de *Central Hudson* consolida en los EEUU un estándar de escrutinio intermedio basado en cuatro pruebas que, en caso de superarse, hacen posible proteger el discurso comercial como discurso amparado por la Primera Enmienda.
12. En línea con lo argumentado en *Virginia Board*, el Tribunal en *Central Hudson* insiste en que la protección que se le brinda al discurso comercial bajo la Primera Enmienda se basa en la función informativa de la publicidad.
13. Existe una serie de casos en los que el Tribunal Supremo norteamericano aplica el test de *Central Hudson* de una forma expansiva, favoreciendo una mayor protección del discurso comercial por encima de la protección de la salud.
14. Frente a la doctrina del discurso comercial norteamericana, la interpretación consolidada y pacífica que hace el TEDH del artículo 10 del CEDH, coincide en incluir dicho tipo de discurso dentro del ámbito de protección del derecho de libertad de información.

15. El apartado segundo del artículo 10 del CEDH contempla la limitación del derecho por razones de interés general, dentro de las que se menciona de forma expresa la protección de la salud. Este hecho, junto con el margen de apreciación del que disponen los Estados miembro, reflejan que en su conjunto, las tradiciones constitucionales europeas conciben el equilibrio entre comercio, libertad de información y salud de forma bien diferente a lo que sucede en los EE.UU..
16. Las fases de creación y producción publicitaria se desarrollan enteramente en el marco de una relación contractual de naturaleza mercantil, y en dichas fases no entran en juego de ninguna manera intereses relacionados con los derechos de libertad de información tal y como suponen algunos autores que asimilan la publicidad a comunicaciones o prácticas comerciales.
17. Al pasar de las fases de creación y de producción, mediante la distribución, a la fase de difusión, el proceso publicitario pasa de materializar el ejercicio del derecho a anunciar del anunciante al ámbito del ejercicio del derecho a emitir publicidad, generalmente en cabeza de un medio, ámbito en el que, de forma mediata se realiza plenamente el interés del anunciante, y de forma directa los derechos del público a conocerla.
18. En la fase de creación de la información publicitaria, el derecho a recibir libremente información veraz en cabeza de los destinatarios de la publicidad, sirve de límite del derecho a anunciar de los anunciantes, reforzando así los límites propios del artículo 38 CE derivados del sistema de economía de mercado en el que se incardina su ejercicio.
19. El derecho de los consumidores a recibir información veraz supone para el regulador el límite de no restringir la inclusión, y posterior difusión, de cualquier y todo tipo de información veraz relativa al producto o servicio, o que sirva para la producción del mensaje en su dimensión denotativa.
20. Se hace necesario entender que una correcta limitación de la creación y gestión del capital simbólico de las empresas, es decir, del uso de las marcas en la publicidad, puede servir para potenciar la dimensión informativa de la publicidad, limitar su persuasividad y materializar así el principio de prevención en el ámbito de la publicidad de productos que generan dependencia.



## BIBLIOGRAFÍA

- ADDAMS, H.B. "A Red Bull Instead of a Cigarette: Should the FDA Regulate Energy Drinks?", 45 *Val. U. L. Rev.* 689 2010-2011.
- ADORNO, T., & HORKHEIMER, M., "Dialectic Of Enlightenment", Londres: Verso, 1997 [1944].
- AGEJAS, J.A., & SERRANO OCEJA, F.J. (Coords.), "Ética De La Comunicación Y De La Información", Barcelona: Ariel, 2002.
- AIRA, Toni *et. al.* "Comunicació Política I D'Institucions Públiques." Barcelona: Editorial UOC, 2009.
- ALEXANDER, Larry. "Is There A Right Of Freedom Of Expression?" Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- ALEXANDER, R. S. (ED.), "Marketing Definitions", Chicago: American Marketing Association, 1965.
- ALLI A., J-C, "Derecho Administrativo Y Globalización", Madrid: Civitas, 2004.
- ALMODÓVAR IÑESTA, M., "El Consumo De Alcohol En Las Vías Públicas: Régimen Jurídico Y Competencias Administrativas", Madrid: Civitas, 2003.
- AMAN, A. C., Jr., "Administrative Law In A Global Era: Progress, Deregulatory Change, And The Rise Of The Administrative Presidency", 73 *Cornell L. Rev.* 1101 1987-1988.
- AMAN, A. C., Jr., "Globalization, Democracy, And The Need For A New Administrative Law", 10 *Ind. J. Global Legal Stud.* 125 2003.
- AMAN, A. C., Jr., "The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective On The Public/Private Distinction, Federalism, And Democracy", 31 *Vand. J. Transnational L.* 769 1998.
- AMAN, A. C., Jr., "The Limits Of Globalization And The Future Of Administrative Law: From Government To Governance", 8 *Ind. J. Global Legal Stud.* 379 2000-2001.
- AMAN, A. C., Jr., "Privatization And The Democracy Problem In Globalization: Making Markets More Accountable Through Administrative Law", 28 *Fordham Urb. L.J.* 1477 2000-2001.

- AMAN, A. C., Jr., "Proposals For Reforming The Administrative Procedure Act: Globalization, Democracy And The Furtherance Of A Global Public Interest", 6 *Ind. J. Global Legal Stud.* 397 1998-1999.
- AMAR, Vikram (Ed). "Freedom Of Speech.-Its Constitutional History And The Contemporary Debate-." Prometheus Books: 2009.
- AMARILLA MATEU, Nuria (Coord). "El Derecho A La Información En Salud Alimentaria." Madrid: Lopharlaw, 2006.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, "Diagnostic and statistical manual of mental disorders: DSM-IV", Washington, DC: American Psychiatric Association, 1994.
- ANASTAPLO, George. "Reflections Of Freedom Of Speech And The First Amendment." Kentucky: The University Press Of Kentucky, 2007.
- ANDERSSON, David Emanuel. "Property Rights, Consumption And The Market Process." Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008.
- ANHOLT, Simon. "Brand New Justice. How Branding Places And Products Can Help The Developing World.", Amsterdam: Elsevier Butterworth-Heinemann, 2005.
- AÑAÑOS BEDRIÑANA, F. (Coord.), "Representaciones Sociales De Los Jóvenes Sobre Las Drogas (Alcohol, Tabaco Y Cannabis) Y Su Influencia En El Consumo", Madrid: Dykinson, 2005.
- AREÁN LALÍN, "En Torno A La Función Publicitaria De La Marca", 8 *ADI* 1982.
- ARIÑO ORTIZ, G., "Principios De Derecho Público Económico: Modelo De Estado, Gestión Pública, Regulación Económica", Granada: Comares, S.L., 2004.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia. "El Contrato De Patrocinio Publicitario." Madrid: La Ley, 2001.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., "Libre Empresa Y Títulos Habilitantes", Madrid: CEPC, 2004.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis Y NIETO MARTÍN, Adán (Dir). "Autorregulación Y Sanciones." Valladolid: Editorial Lex Nova, 2008.
- AUDIVERT ARAU, R., "Régimen Jurídico De La Etiqueta Ecológica", Barcelona: CEDECS, 1996.
- AYENI, V., "Empowering The Customer: The Citizen In Public Sector Reform", Londres: Commonwealth Secretariat, 2001.
- AYRES, Ian Y BRAITHWAITE, John. "Responsive Regulation. Transcending The Deregulation Debate." Oxford: Oxford University Press, 1992.
- AZNAR, H., "Comunicación Responsable: La Autorregulación De Los Medios", Barcelona: Ariel, 2005.



- AZURMEDI, A., “Derecho De La Información: Guía Jurídica Para Profesionales De La Comunicación”, Pamplona: Eunsa, 1997.
- AA.VV. “A Comparative Risk Assessment Of Burden Of Disease And Injury Attributable To 67 Risk Factors And Risk Factor Clusters In 21 Regions, 1990–2010: A Systematic Analysis For The Global Burden Of Disease Study 2010”, *The Lancet*, Vol. 380, Issue 9859, 2224-2260, 15 December, 2012.
- AA.VV., “Actas De Las Vii Jornadas De La Asociación De Letrados Del Tribunal Constitucional: La Libertad De Información Y De Expresión”, Madrid: CEPC, 2002.
- AA.VV., “Actas De Las Jornadas De Estudio ALAI Barcelona 19-20 De Junio De 2006. Derecho De Autor Y Libertad De Expresión.” Barcelona: Huigens Editorial, 2006.
- AA.VV. “Censorship And Silencing: Practices Of Cultural Regulation.” *Issues And Debates*: 1998
- AA.VV., “El Capital Emocional En La Empresa Española”, 2ed., Barcelona: La Salle Universidad Ramón Llull, Universidad Alfonso X El Sabio, Yeti Marketing De Experiencias, Marzo De 2008.
- AA.VV., “Factbook Marketing Y Comercial”, Navarra: Aranzadi, 2002.
- AA.VV., “La Salud Como Valor Constitucional Y Sus Garantías: Desarrollo Y Evolución Del Art. 43 De La Constitución Española”, Madrid: Defensor Del Paciente De La Comunidad De Madrid, 2004.
- AA.VV. “Making Sense Of Hybrid Speech: A New Model For Commercial Speech And Expressive Conduct”, 118 *Harv. L. Rev.* 2836 2005
- AA.VV. “Neurociencia Del Consumo Y Dependencia De Sustancias Psicoactivas. Resumen”, Ginebra: Organización Mundial De La Salud, 2004.
- AA.VV. “Neurociencia Del Consumo Y Dependencia De Sustancias Psicoactivas”, Washington, D.C.: Organización Panamericana De La Salud, 2004.
- AA.VV., “Neuroscience Of Psychoactive Substance Use And Dependence”, Ginebra: Organización Mundial De La Salud, 2004.
- AA.VV. “Regulación, Desregulación, Liberalización Y Competencia.” Madrid: Círculo De Empresarios, Fundación Rafael Del Pino, Marcial Pons, 2006.
- AA.VV., “Symposium: Nike V. Kasky And The Modern Commercial Speech Doctrine”, 54 *Case W. Res. L. Rev.* 965 2003-2004
- AA.VV., “The World Health Report 2002. Reducing Risks, Promoting Healthy Lifestyles”, Geneva: World Health Organization, 2002.

- AA.VV., "Veracidad Y Objetividad: Desafíos Éticos En La Sociedad De La Información", Valencia: Fundación Coso, 2003.
- BAACK, C. "Publicidad, Promoción Y Comunicación Integral En Marketing." Madrid: Pearson Ed. Cuarta Edición: 2010.
- BAKER, W. E. "Human Liberty And Freedom Of Speech." Oxford: Oxford University Press, 1989.
- BAKER, W. E. "Media Concentration And Democracy." Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- BAKER, W. E. "Advertising And A Democratic Press." Princeton: Princeton University Press, 1994.
- BAKER, W. E. "When Can Affective Conditioning and Mere Exposure Directly Influence Brand Choice?", 28 *J. ADVERT.* 31, 44-45 (1999)
- BALDWIN, Robert. "Rules And Government." Oxford: Oxford Clarendon Press, 1995.
- BALDWIN, Robert Y CAVE, Martin. "Understanding Regulation." Oxford: Oxford University Press, 1999.
- BALDWIN, Robert Y MCCRUDDEN, Christopher. "Regulation And Public Law." London: Weidenfeld And Nicolson, 1987.
- BALLARDINI, Bruno. "Jesús Lava Más Blanco. Cómo La Iglesia Inventó El Marketing." Buenos Aires: Libros Del Zorzal, 2007.
- BAÑO LEÓN, J.M<sup>a</sup>, "Potestades Administrativas Y Garantías De Las Empresas En El Derecho Español De La Competencia", Madrid: Mcgraw-Hill, 1996.
- BAÑOS, Miguel, RODRÍGUEZ, Teresa. "Product Placement. Estrella Invitada: La Marca." Madrid: Cie Editorial, 2003.
- BARATA I MIR, Joan. "Democracia Y Audiovisual.- Fundamentos Normativos Para Una Reforma Del Régimen Español.-" Madrid: Marcial Pons, 2006.
- BARBALET, J. M., "Emotion, Social Theory, And Social Structure: A Macrosociological Approach", Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- BARBALET, J. M., "Emotions And Sociology", Oxford: Basil Blackwell, 2002.
- BARDACH, Eugene Y KAGAN, Robert. "Going By The Book. The Problem Of Regulatory Unreasonableness." New Brunswick: Transaction Publishers, 2006.
- BARENDET, E., "Freedom Of Speech", Oxford: Oxford University Press, 2005.
- BARONA VILAR, Silvia, "Tutela Civil Y Penal De La Publicidad", Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

- BASSAT, L., “El Libro Rojo De La Publicidad”, Barcelona: Random House Mondadori, S.A., 2006.
- BATALLER I RUIZ, Enric. “La Obra Colectiva.” Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.
- BATY, Mary, “Silencing Corporate Speakers: The California Supreme Court’s Broad New Definition Of Commercial Speech Goes Unchecked”, 30 *J. Corp. L.* 141, (2004-2005).
- BAUDRILLARD J., “The System Of Objects”, Londres: Verso, 2005 [1968].
- BAUDRILLARD, J., “Crítica De La Economía Política Del Signo”, México: Siglo XXI, 1979.
- BAUDRILLARD, J., “The Consumer Society: Myths And Structures”, Londres: Sage Publications, 2005 [1970].
- BAUDRILLARD, J., “Consumer Society, En Glickman, L. B. (Ed.), *Consumer Society In American History: A Reader*”, New York: Cornell University Press, 1999.
- BECK, U., & BECK-GERNSHEIM, E, “Individualization: Institutionalized Individualism And Its Social And Political Consequences”, London: Sage Publications Ltd., 2001.
- BECK, U., “La Sociedad Del Riesgo: Hacia Una Nueva Modernidad”, Barcelona: Paidós Ibérica, 2006.
- BEEBE, B., “The Semiotic Analysis Of Trademark Law”, 51 *Ucla Law Review* 621, 2003-2004.
- BELANDO, Beatriz Y MONTIEL, Gonzalo (Coords). “Contenidos Y Mercado En La Regulación De La Comunicación Audiovisual.- El Nuevo Marco Normativo De La Ley 7/2010 General De Comunicación Audiovisual.” Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.
- BELCH, G.E. & BELCH, M.A., “Publicidad Y Promoción: Perspectiva De La Comunicaciónde Marketing Integral”, México: Mc Graw Hill, 2005.
- BEL MALLEEN, I., *et. al.*, “Derecho De La Información (I) Sujetos Y Medios”, Madrid: Editorial Colex, 1992.
- BEL MALLEEN, *et. al.*, “Derecho De La Información II Los Mensajes Informativos”, Madrid: Editorial Colex 1994.
- BEL MALLEEN, I, & CORREDOIRA Y ALFONSO, L., “Derecho De La Información” Barcelona: Ariel, 2003.
- BELL MALLEEN, José Ignacio (Coord). “Comunicar Para Crear Valor.” Pamplona: Eunsa Ediciones, 2005.
- BENITO, EMILIO DE, “El alcohol causa más estragos en la sociedad que las drogas ilegales” *El País*, martes 2 de noviembre de 2010.

- BENTLEY, Lionel *et. al.*(Ed). “Trade Marks And Brands.-An Interdisciplinary Critique-” Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- BERBEROFF, Dimitry (Dir). “El Principio De Precaución Y Su Proyección En El Derecho Administrativo Español.” Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 2005.
- BERCOVITZ, Alberto. “Introducción A Las Marcas Y Otros Signos Distintivos En El Tráfico Económico.” Navarra: Aranzadi, 2002.
- BERNAYS, Edward, *et. al.* “Relaciones Públicas.” Palma De Mallorca: Furtwangen Editores, 2008.
- BERNAYS, Edward. “Propaganda.” New York: IG, 1928.
- BERNHEIM, B. D. & SHOVEN, J. (Eds.), “National Savings And Economic Performance”, Chicago: University Of Chicago Press, 1991.
- BERNSTEIN, G.A., CARROLL, M.E., THURAS, P.D., COSGROVE, K.P., ROTH, M.E., “Caffeine dependence in teenagers”, 2002 *Drug Alcohol Depend.* 66
- BERROCAL, Salomé (Coord). “Comunicación Política En Televisión Y Nuevos Medios.” Madrid: Ariel, 2003.
- BETANCOR, Andrés. “Regulación: Mito Y Derecho. Desmontando El Mito Para Controlar La Intervención De Los Reguladores Económicos” Navarra: Editorial Aranzadi, 2010.
- BIANCHI, Enrique Y GULLCO, Hernán. “El Derecho A La Libre Expresión: Análisis De Fallos Nacionales Y Extranjeros.” La Plata: Librería Editora Platense (Segunda Ed.) 2009.
- BLACK’S LAW DICTIONARY, St. Paul, Minn.: West Group, 1999 (7th Ed.)
- BLOCH, P. H., SHERRELL, D. L., & RIDGWAY, N. M., “Consumer Search: An Extended Framework”, *Journal Of Consumer Research* 13, 1986.
- BOLLINGER, Lee & STONE, Geoffrey. “Eternally Vigilant. –Free Speech In The Modern Era”, Chicago: The University Of Chicago Press, 2002.
- BOURDIEU, P., “Distinction: A Social Critique Of The Judgement Of Taste”, Londres: Routledge, 2007 [1979].
- BOURDIEU, P., “Practical Reason: On The Theory Of Action”, Cambridge: Polity, 2007 [1994],
- BOURDIEU, P., & WACQUANT, L. J. D., “An Invitation To Reflexive Sociology”, Chicago: University Of Chicago Press, 1992.
- BRADFORD, L. R., “Emotion, Dilution, And The Trademark Consumer”, 23 *Berkeley Tech. L.J.* 1227, 2008.

- BRAITHWAITE, John. "Regulatory Capitalism. How It Works, Ideas For Making It Work Better." Cheltenham (Uk): Edward Elgar, 2008.
- BREYER, Stephen. "Regulation And Its Reform." Boston: Harvard University Press, 1982.
- BROWN, J.A.C., "Técnicas De Persuasión", Madrid: Alianza Editorial, 2004.
- BUNKER, Matthew. "Critiquing Free Speech.- First Amendment Theory And The Challenge Of Interdisciplinarity-." Lawrence Erlbaum Associates Publishers: 2001.
- BUSCH, Cristina Et. Al. "Quien Paga Nos Es El Autor.-Los Creadores De Imagen Y Sus Contratos." Madrid: Trama Editorial, 2006.
- BUSCH, Cristina Et. Al. "El Futuro De La Creación.-Los Derechos De Autor De Los Creadores Visuales-." Madrid: Trama Editorial, 2003.
- BUSTO LAGO, J. M. (Coord.), "Reclamaciones De Consumo: Derecho De Consumo Desde La Perspectiva Del Consumidor", Navarra: Aranzadi, 2005.
- BUTTON, C., "The Power To Protect: Trade, Health And Uncertainty In The WTO", Oxford: Hart Publishing, 2004.
- CABALLERO MARTÍNEZ, Fernando (Coord). "Las Drogas.-Educación Y Prevención" Madrid: Cultural Ediciones, 2005.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coord.), "Estudios Jurídicos En Homenaje Al Profesor Luis Díez-Picazo", Madrid: Civitas, 2003.
- CANALS I AMETLLER, Dolors. "El Ejercicio Por Particulares De Funciones De Autoridad. Control, Inspección Y Certificación." Granada: Editorial Comares, 2003.
- CANEL, María José. "Comunicación Política. –Una Guía Para Su Estudio Y Practica."- Madrid: Tecnos, 2006
- CANEL, María José. "Comunicación De Las Instituciones Públicas." Madrid: Tecnos, 2010.
- CANTO C., M., (Ed.), "Derechos De Ciudadanía. Responsabilidad Del Estado", Barcelona: Icaria, 2005.
- CARBAJALES, Mariano. "El Estado Regulador. Hacia Un Nuevo Modelo De Estado." Buenos Aires: Editorial Abaco De Rodolfo Depalma, 2006.
- CASADO, Alberto. "Derecho De Marcas Y Protección De Los Consumidores. El Tratamiento Del Error Del Consumidor." Madrid: Editorial Tecnos, 2000.
- CASADO CERVIÑO, A., "Derecho De Marcas Y Protección De Los Consumidores", Madrid: Tecnos, 2000.

- CASAS BAAMONDE, M. E. & RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.), “Comentarios A La Constitución Española”, Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- CASTON BOYER, P., “La Sociología De Pierre Bourdieu”, 76 *REIS* 75, 1996.
- CAPELLÁN, GONZALO. “Opinión Pública.-Historia Y Presente.” Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- CARBONELL MOREU, E., “La Administración Anunciante: Régimen Jurídico De La Publicidad Institucional”, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.
- CARRASCO P., A., (Coord.), “Estudios Sobre Telecomunicaciones Y Derecho De Consumo”, Pamplona: Aranzadi, 2005.
- CARRASCO DURÁN, M., “El Reparto De Competencias Entre El Estado Y Las Comunidades Autónomas Sobre La Actividad Económica”, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.
- CARY, M. S., “Ad Strategy And The Stone Age Brain”, 40 *Journal Of Advertising Research* 103, 2000.
- CASTILLO ESPARCIA, Antonio. “Relaciones Públicas. –Teoría E Historia-.” Barcelona: Editorial UOC, 2009.
- CASTILLO VALERO, J.S. (Coord.), “El Mercado Del Vino: Reflexiones Y Propuestas De Futuro”, Cuenca: Ediciones De La Universidad De Castilla-La Mancha, 2003.
- CEBRIÁN GONZÁLEZ, Carlos. “Historia De La Publicidad (1900-1950) Tomo I”. Zaragoza: Editorial Delsan, 2008.
- CEBRIÁN GONZÁLEZ, Carlos. “Historia De La Publicidad (1951-2000) Tomo II”. Zaragoza: Editorial Delsan, 2007.
- CENTRE DE RECERCA I INFORMACIÓ EN CONSUM (CRIC), “Come Y Calla... O No: Incidir En El Sistema A Través Del Consumo”, Barcelona: Icaria, 2005. Granada: 2006.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí, GALÁN GALÁN, Alfredo (Coordinadores). “La Reutilización De La Información Del Sector Público.”, Madrid: Editorial Comares, 2011
- CERUELO RUIZ, C. & GUTIÉRREZ ARRANZ, A. M., “Eficacia De La Publicidad Emocional: Un Studio Comparativo Entre La Ejecución De Tipo Emocional E Informativa”, *Documento de trabajo 09/03*, Valladolid: Universidad de Valladolid.
- CHASTON, I., “Knowledge-Based Marketing: The Twenty-First Century Competitive Edge”, London: Sage Publications Ltd, 2004.

- CHOMSKY, N. & RAMONET, I., “Cómo Nos Venden La Moto: Información, Poder Y Concentración De Medios”, Barcelona: Icaria, 2005.
- CHOMSKY, N., “La Propaganda Y La Opinión Pública: Conversaciones Con David Barsamian”, Barcelona: Crítica, 2002.
- CHOMSKY, Noam. “Media Control.-The Spectacular Achievements Of Propaganda-”, New York: Seven Stories Press, 2002.
- CIDONCHA, A., “La Libertad De Empresa”, Madrid: Aranzadi, 2006.
- CIERCO SEIRA, C., “Administración Pública Y Salud Colectiva: El Marco Jurídico De La Protección Frente A Las Epidemias Y Otros Riesgos Sanitarios”, Granada: Editorial Comares, 2006.
- CIRIANO VELA, C. D., “Administración Económica Y Discrecionalidad (Un Análisis Normativo Y Jurisprudencial)”, Valladolid: Lex Nova, 2000.
- CLAMOUR, Guylain. “Interet Gerenral Et Concurrence. Essai Sur La Perennité Su Droit Public En Économie De Marché.”, Paris: Editions Dalloz, 2006.
- CLEMENTE, M., “Violencia Y Medios De Comunicación: La Socialización Postmoderna”, Madrid: Editorial Eos, 2005.
- CLOW & BAACK, C., “Publicidad, Promoción Y Comunicación Integral De Marketing”, México: Prentice Hall, 2010.
- COBB, C. J. & HOYER, W. D., “Direct Observation Of Search Behavior”, 2 *Psychology And Marketing* 161, 1985.
- COHEN, F., S., “Transcendental Nonsense And The Functional Approach”, 35 *Columbia Law Review* 809, 1935.
- COMELLA D., R., “Límites Del Poder Reglamentario En El Derecho Administrativo De Los Estados Unidos: Evolución De Los Modelos Tradicionales, Control Judicial Y Técnicas De Negociación”, Barcelona: CEDECS, 1997.
- COMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, “Green Paper: Commercial Communications In The Internal Market”, Bruselas: *Documento Com* (96) 192 Final, 08.05.1996.
- CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICES – Library Of Congress, “The Constitution Of The United States Of America. Analysis And Interpretation”, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 2004.
- COOMBE, Rosemary. “The Cultural Life Of Intellectual Properties.- Authorship, Appropriation, And The Law.” Duke: Duke University Press, 1998.
- CORCHERO, Miguel Y GRANDE, Ana. “La Protección De Los Consumidores.” Aranzadi: Navarra, 2007.

- CORREDOIRA Y ALFONSO, L., “Comentarios A La Ley De Publicidad. Ley 34/1988 Y Disposiciones Complementarias”, Barcelona: Bosch, 1993.
- CORTINA, A., “Por Una Ética Del Consumo”, Madrid: Santillana, 2002.
- CORTINA, A., “Construir Confianza: Ética De La Empresa En La Sociedad De La Información Y Las Comunicaciones”, Madrid: Trotta, 2003.
- COSTA, Joan. “La Imagen De Marca. Un Fenómeno Social” Barcelona: Paidós Ediciones, 2004.
- CRAM, Ian. “Contested Words: Legal Restrictions On Freedom Of Speech In Liberal Democracies.” London: Ashgate, 2006.
- CROLEY, Steven. “Regulation And Public Interest. The Possibility Of Good Regulatory Government.” Princeton: Princetown University Press, 2008.
- CUESTA RUTE, J. M. De La, Curso De Derecho De La Publicidad, Pamplona: Eunsa, 2002.
- CUESTA RUTE, J. M. De La, Curso De Derecho De La Publicidad, Pamplona: Eunsa, 2002.
- CUÑAT EDO, Vicente. “Competencia Desleal Y Protección De Los Consumidores.” Lección Magistral Leida En El Solemne Acto De Apertura Del Curso 2010-2011. Valencia: Universitat De Valencia, 2010.
- DAMASIO, A., “En Busca De Spinoza: Neurobiología De La Emoción Y Los Sentimientos”, Barcelona: Crítica, 2006.
- DAMASIO, A. “El Error De Descartes”, Barcelona: Crítica, 2006.
- DAMASIO, A. “La Sensación De Lo Que Ocurre”, Barcelona: Debate, 2001.
- DARNACULLETA G., M.M., “Autorregulación Y Derecho Público: La Autorregulación Regulada”, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M.M. “La Competencia Desleal.” Iustel: Madrid, 2007.
- DE CARRERAS SERRA, L., “Derecho Español De La Información”, Barcelona: Editorial Uoc, 2003.
- DE CARRERAS SERRA, L., “Régimen Jurídico De La Información: Periodistas Y Medios De Comunicación”, Barcelona: Ariel, 1996.
- DE JUAN ASENJO, Oscar. “La Constitución Económica Española.” Madrid: Centro De Estudios Constitucionales, 1984.
- DE LA CRUZ FERRER, J., “Principios De Regulación Económica En La Unión Europea”, Madrid: Instituto De Estudios Económicos, 2002.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M., “Curso De Derecho De La Publicidad”, Pamplona: Eunsa, 2002.



- DE MIGUEL ASECIO, P.A., Régimen Jurídico De La Publicidad Transfronteriza, Madrid: Iustel, 2005.
- DE OTTO PARDO, I., “Derecho Constitucional: Sistema De Fuentes”, Barcelona: Ariel, 1988 (2001).
- DE VEGA R., J. A., “Libertad De Expresión. Información Veraz. Juicios Paralelos. Medios De Comunicación.”, Madrid: Editorial Universitas, 1998.
- DEL REY MORATÓ, Javier. “Comunicación Política, Internet Y Campañas Electorales. – De La Teledemocracia A La Ciberdemocracia.” Madrid: Tecnos, 2007.
- DEL VALLE SIERRA, María. “Análisis Jurídico-Penal De La Publicidad Engañosa En Internet.” Valencia: Tirant Lo Blanch: 2003.
- DEPARTAMENTO DE SALUD Y SERVICIOS HUMANOS DE LOS ESTADOS UNIDOS - INSTITUTOS NACIONALES DE LA SALUD, “Abuso de inhalantes” *NIDA-Serie de Reportes de Investigación*, febrero de 2011.
- DEPPE, M., SCHEINDT, W., KUGEL, H., PLASSMAN, H., & KENNING, P., “Nonlinear Responses Within The Medial Prefrontal Cortex Reveal Where Specific Implicit Information Influences Economic Decision Making”, 15 *Journal Of Neuroimaging* 171, 2005
- DESANTE GUANTER, J. M., Et. Al., “Derecho De La Información (Ii) Los Mensajes Informativos”, Madrid: Editorial Colex, 1994.
- DESANTES-GUANter, J.M., “Derecho A La Información. Materiales Para Un Sistema De La Comunicación”, España: Fundación Coso De La Comunidad Valenciana Para El Desarrollo De La Comunicación Y La Sociedad, 2004.
- DESCALZO G., A., “Principio De Veracidad Y Política Pública En El Mercado De La Publicidad Comercial”, Madrid: Dykinson, 2003.
- DEVINNEY, Timothy Et. Al. “The Myth Of The Ethical Consumer.” Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- DICHTER, E., “A Strategy Of Desire”, Nueva York: Doubleday, 1960;
- DICHTER, E., “The Handbook Of Consumer Motivations”, Nueva York: Mcgraw Hill, 1964.
- DIEZ PICAZO, L.M., “Publicidad Televisiva Y Derechos Fundamentales”, *Revista Española De Derecho Constitucional*, Año 17, Núm. 50., Mayo-Agosto 1997.
- DIVAR, J., “Globalización Y Democracia”, Madrid: Dykinson, 2005.
- DOBÓN, Juan Y RIVERA BEIRAS, Iñaki (Comp). “La Cultura Del Riesgo. Derecho, Filosofía Y Psicoanálisis.” Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006.

- DOMENECH PASCUAL, G., “Derechos Fundamentales Y Riesgos Tecnológicos: El Derecho Del Ciudadano A Ser Protegido Por Los Poderes Públicos”, Madrid: CEPC, 2006.
- DOMÍNGUEZ JIMÉNEZ, J.L., “Comentarios Jurídicos A La Ley De Ordenación Del Mercado De Tabacos Y Normativa Tributaria: Ley 13/98 De 4 De Mayo”, Sevilla: Dap-Asesores, S.L., 1999.
- DOMZAL, T. J. & KERNAN, J. B., Reading Advertising: The What And How Of Product Meaning, 9 *Journal Of Consumer Marketing* 49, 1992.
- DONNELLY, Catherina. “Delegation Of Governmental Power To Private Parties. A Comparative Perspective.” Oxford: Oxford University Press, 2007.
- DROMI, R., “El Derecho Público En La Hipermodernidad: Novación Del Poder Y La Soberanía, Competitividad Y Tutela Del Consumo, Gobierno Y Control No Estatal”, Madrid-México: Hispania Libros, 2005.
- DU PLESSIS, Erik. “The Advertised Mind- Groundbreaking Insights Into How Our Brains Respond To Advertising.” Millward Brown : 2008.
- DUHALDE, Luis Eduardo Y Alén, Luis Hipólito. “Teoría Jurídico-Política De La Comunicación” Buenos Aires: Eudeba, 1999.
- EASA (European Advertising Standards Alliance), “Advertising Self-Regulation In Europe: An Analysis Of Advertising Self-Regulatory Systems And Codes Of Advertising Practice In Europe—The Blue Book”, 2005.
- EASA (European Advertising Standards Alliance), “Advertising Self-Regulation In Europe.-An Analysis Of Self.Regulatory Systems And Codes Of Advertising Practice.” The Blue Book: 2007.
- EASA (European Advertising Standards Alliance), “Advertising Self-Regulation In Europe And Beyond. – A Reference Guide To Self-Regulatory Systems And Codes Of Advertising Practice.” The Blue Book: 2010.
- EGUIZÁBAL MAZA, R. (Coord.), “La Comunicación Publicitaria: Antecedentes Y Tendencias En La Sociedad De La Información Y El Conocimiento”, Sevilla: Comunicación Social Ediciones Y Publicaciones, 2004.
- ELLIOT, R., & PERCY, L., “Strategic Brand Management”, Oxford: Oxford Universty Press, 2007.
- ELSTER, J., “Rationality And Emotions”, 106 *Economic Journal* 1386, 1996 & “Emotions And Economic Theory”, 36 *Journal Of Economic Literature* 47, 1998;
- EMBID TELLO, Antonio. “Precaución Y Derecho. El Caso De Los Campos Electromagnéticos.” Madrid: Iustel, 2010.
- EMERSON, Thomas. “The System Of Freedom Of Expression” New York: Random House, 1970.

- EPPS, Garrett (Ed). "Freedom Of The Press.-Its Constitutional History And The Contemporary Debate." New York: Prometheus Books, 2008.
- ESCOBAR DE LA S., L., "Derecho De La Información", Madrid: Dykinson, 2004.
- ESCOBAR DE LA S., L., "Principio Del Derecho De La Información", Madrid: Dykinson, 2000.
- ESPINA, Daniel. "La Marca Notoria No Registrada." Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.
- ESPINOSA C., R., "La Publicidad Transfronteriza", Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.
- ESTEVE PARDO, J., "Autorregulación. Génesis Y Efectos", Navarra: Aranzadi, 2002.
- ESTEVE PARDO, J., "Técnica, Riesgo Y Derecho: Tratamiento Del Riesgo Tecnológico En El Derecho Ambiental", Barcelona: Ariel, 1999.
- EUROGECIMA, S.A., "Código Deontológico De Desarrollo De Marketing Publicitario", Alicante: Alicante Impresores, 1998
- EUROPEAN ALCOHOL POLICY ALLIANCE – EURO CARE, "Eurocare Recommendations for a Future EU Alcohol Strategy", Bruselas: EURO CARE, 2012
- FARBER, Daniel. "The First Amendment." New York: Foundation Press (3rd Edition), 2010.
- FEATHERSTONE, M., "Consumer Culture And Postmodernism", Londres: Sage Publications (2nd Edition), 2007.
- FEDORIKHIN, A., & COLE, C. A., "Mood Effects On Attitudes, Perceived Risk, And Choice: Moderators And Mediators", *14 Journal Of Consumer Psychology* 2, 2004
- FEINTUCK, M., "The Public Interest In Regulation", Oxford: Oxford University Press, 2004.
- FELDMEIR, C. T., "Commercial Speech Doctrine Knocked Out By Boxing Advertising: The Destructive Effects Of Adams V. Nevada Athletic Commission On First Amendment Limitations", *16 Wash. U. J. L. & Pol'y* 313 2004.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., "La Interpretación Jurídica De Las Expresiones Publicitarias: Introducción Al Estudio De Los Principios Generales De La Publicidad", En AA.VV., "Estudios De Derecho De La Publicidad", Santiago De Compostela: Universidad De Santiago De Compostela, 1989, (Artículo Publicado Originalmente En *La Revista De Derecho Mercantil*, Núm. 107 De 1968).
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., "Reflexiones Preliminares Sobre La Ley De Competencia Desleal", *La Ley*, 1991-2
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., "Estudios De Derecho De La Publicidad", Santiago: Universidad De Santiago De Compostela, 1989.

- FERNÁNDEZ-NOVÓA, Carlos. "Tratado Sobre Derecho De Marcas." Madrid: Marcial Pons, 2004.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, "Las Funciones De La Marca", 5 *ADI* 1978.
- FERRÁNDIZ GABRIL, José Ramón. "Jurisprudencia Sobre Propiedad Industrial, Publicidad Y Derecho De La Competencia." Madrid: La Ley, 2007.
- FERRER ROSELLÓ, Clemente. "¿Qué Es La Publicidad?", Madrid: Edimarco, 1997.
- FERRER ROSELLÓ, C., "Publicidad Agresiva", Madrid: Instituto Europeo De Marketing, Comunicación Y Publicidad, 2001.
- FISHER, Jeffrey, L., "Nike V. Kasky: Will The Shield Of Comercial Speech Doctrine Become A Sword?", 20 *Comm. Law* 1, 31 N. 4 (Winter 2003).
- FISHER, Elizabeth. "Risk. Regulation And Administrative Constitutionalism." Oxfrond: Hart Publishing, 2007.
- FISS, O., "Libertad De Expresión Y Estructura Social", México, D.F.: Distribuciones Fontamara, S.A., 2004.
- FISS, Owen. "The Irony Of Free Speech." Boston: Harvard University Press: 1996.
- FISS, Owen. "Liberalism Divided.-Freedom Of Speech And The Many Uses Of State Power." New York: Westview Press, 1996.
- FONT GALÁN, J. I., & Pino Abad, M.(Coords) "Estudios De Derecho De La Competencia." Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FONT GALÁN, J. I., & MIRANDA SERRANO, L. M., "Defensa De La Competencia Y Competencia Desleal: Conexiones Funcionales Y Disfuncionales", Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GALICIAN, Mary-Lou (Ed.). "Handbook Of Product Placement In The Mass Media.-New Strategies In Marketing Theory, Practice, Trends And Ethics." New York: Best Business Books, 2004.
- GÁLVEZ M., J., "La Organización De Las Profesiones Tituladas", Madrid: Consejo De Estado, 2002.
- GARABINO, E. C. & Edell, J. A., "Cognitive Effort, Affect, And Choice", 24 *Journal Of Consumer Research* 147, 1997.
- GARRIOTT, J.C., SIMMONS, L.M., POKLIS, A., MACKELL, M.A., "Five cases of fatal overdose from caffeine-containing "look-alike" drugs", 1985 *J. Anal. Toxicol.* 9
- GRACÍA ALCORTA, José. "La Limitación De La Libertad De Empresa En La Competencia." Barcelona: Atelier, 2008.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La Lucha Contra Las Inmunidades Del Poder En El Derecho Administrativo: Poderes Discrecionales, Poderes De Gobierno, Poderes Normativos”, *Rap*, Núm. 38, 1974.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Una Nota Sobre El Interés General Como Concepto Jurídico Indeterminado”, *Reda*, Núm. 89, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA., E. & Fernández, T.R., “Curso De Derecho Administrativo II”, Madrid: Civitas, 2002.
- GARCÍA GIL, Javier. “Suma De La Protección Y Defensa De Los Derechos De Los Consumidores.” Pamplona: Dapp Publicaciones Jurídicas, 2009.
- GARCÍA GUERRERO, J. L., “La Publicidad Como Vertiente De La Libertad De Expresión En El Ordenamiento Constitucional Español”, *Revista Española De Derecho Constitucional*, Año 17, Núm. 50. Mayo-Agosto 1997.
- GARCÍA LÓPEZ, M., “Publicidad Institucional: El Estado Anunciante”, Málaga: Universidad De Málaga, 2001.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. “Derecho Administrativo De La Información Y Administración Transparente.” Madrid: Marcial Pons, 2010.
- GARCÍA NORIEGA, Antonio. “Límites A La Libertad De Expresión Por Motivos Profesionales.” Madrid: Difusión Jurídica, 2009.
- GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. (Coord.), “Comentarios De Urgencia A La Ley De Medidas Frente Al Tabaquismo”, Valladolid: Lex Nova, 2006.
- GARCÍA URETA, Agustín. “La Potestad Inspectoral De Las Administraciones Públicas.” Madrid: Marcial Pons, 2006.
- GARCÍA VITORIA, Ignacio. “La Libertad De Empresa: ¿Un Terrible Derecho?” Madrid: Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales, 2008.
- GARRY, Patrick. “Rediscovering A Lost Freedom.-The First Amendment Right To Censor Unwanted Speech.” New York: Transaction Publishers: 2009.
- GHIDINI, Gustavo. “Aspectos Actuales Del Derecho Industrial. Propiedad Intelectual Y Competencia.” Granada: Editorial Comares, 2002.
- GIL, A., “El Consumidor”, Barcelona: Editorial UOC, 2006.
- GILOVICH, T., et al. (eds.) “Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment”, Cambridge: Cambridge University Press, 2003
- GIMENO, Juan *et. al* (Ed). “Economía De La Salud: Fundamentos.” Madrid: Manuales De Dirección Médica Y Gestión Clínica. Editorial Diaz De Santos, 2006.
- GOLDMAN, Robert. “Reading Ads Socially.” New York: Routledge: 1992.

- GOLDMAN, Robert Y PAPSON, Stephen. "Sign Wars. The Clutters Landscape Of Advertising" New York: The Guilford Press, 1996.
- GÓMEZ SEGADE, J.A., "Notas Sobre El Derecho De Información Del Consumidor", *Revista Jurídica De Cataluña*, Núm. 3, 1980.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., "El Régimen Jurídico Del Etiquetado De Vinos: Derecho Comunitario Y Español Sobre Designación, Presentación Y Publicidad De Los Productos Vitivinícolas", Barcelona: Atelier, 2005.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., "El Régimen Jurídico De Los Vinos De Calidad Producidos En Regiones Determinadas." Barcelona: Atelier, 2003.
- GONZÁLEZ B., J., "Manual De Deontología Informativa Periodismo, Medios Audiovisuales, Publicidad", Madrid: Alambra, 1987.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., "El Régimen Jurídico Del Etiquetado De Vinos: Derecho Comunitario Y Español Sobre Designación, Presentación Y Publicidad De Los Productos Vitivinícolas", Barcelona: Atelier, 2005.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., "El Régimen Jurídico De Los Vinos De Calidad Producidos En Regiones Determinadas", Barcelona: Atelier, 2003.
- GONZÁLEZ-BUENO, Carlos. "Marcas Notorias Y Renombradas.-En La Ley Y La Jurisprudencia-." Madrid: La Ley Editorial, 2005.
- GONZÁLEZ DE LA GARZA, Luis. "Comunicación Pública En Internet." España: Creaciones Copyright, 2004.
- GONZÁLEZ REQUENA, Jesús, Ortiz De Zárate, Amaya. "El Espot Publicitario. Las Metamorfosis Del Deseo." Madrid: Ediciones Cátedra, 2007.
- GRANT, John. "The Brand Innovation Manifesto. How To Build Brands, Redefine Markets & Defy Conventions." England: John Wiley & Sons, 2006.
- GREENWALD, A. G. & Leavitt, C., "Audience Involvement In Advertising: Four Levels", 11 *Journal Of Consumer Research* 581, 1984;
- GUERRERO ZAPLANA, José (Dir). "Salud Pública Y Derecho Administrativo" Madrid: Consejo General Del Poder Judicial. Cuadernos De Derecho Judicial, 2004.
- GUILLEN CATALAN, R., "Spam Y Comunicaciones Comerciales No Solicitadas", Navarra: Aranzadi, 2005.
- GUILLEN CARAMES, Javier. "Libre Competencia Y Estado Autonómico." Madrid: Marcial Pons, 2005.
- GUTIÉRREZ ARRANZ, A. M., "Tipología De Las Estrategias Publicitarias Un Estudio Empírico", *Anales De Estudios Económicos Y Empresariales*, N° 10, 1995.
- HAAN, S. C., "The "Persuasion Route" Of The Law: Advertising And Legal Persuasion", 100 *Columbia Law Review* 1281, 2000.

- HACKLEY, C., "Advertising And Promotion: Communicating Brands", London: Sage Publications, 2005.
- HALLIN, Daniel Y Mancini, Paolo. "Comparing Media Systems.-Three Models Of Media And Politics-" Cambridge: Cambridge University Press: 2004.
- HARE, Ivan And Weinstein, James (Ed). "Extreme Speech And Democracy." Oxford: Oxford University Press:2010.
- HEILMAN, K., "Emotional Experience: A Neurological Model", In Lane, R. & Nadel, L. (Eds.), "Cognitive Neuroscience Of Emotion", 2000.
- HIGUERAS, I., "Valor Comercial De La Imagen: Aportaciones Del Right Of Publicity Estadounidense Al Derecho A La Propia Imagen", Pamplona: Eunsa, 2001.
- HIRSHLEIFER, J., "The Affections And The Passions: Their Economic Logic", 5 *Rationality And Society* 185, 1993.
- HISLOP, Donald. "Knowledge Manegement In Organizations." Oxford: Oxford University Press, 2005.
- HODGE, J.G., SCANLON, M., CORBETT, A., SORENSEN, A., "The Consumable Vice: Caffeine, Public Health, And The Law", 27 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 76 2010-2011.
- HOEFGES, M., "Protecting Tobacco Advertising Under The Commercial Speech Doctrine: The Constitutional Impact Of Lorillard Tobacco Co.", 8 *Comm. L. & Pol'y* 267 (2003).
- HOLT, Douglas. "How Brands Become Icons. The Principles Of Cultural Branding." Boston: Harvard Business School Press, 2004.
- HOOD, C., Rothstein, H., & Baldwin, R., "The Government Of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes", Oxford: Oxford University Press, 2004
- HOWARD, M., "We Know What You Want: How They Change Your Mind", Nueva York: Disinformation, 2005.
- HUDSON, D. L., Jr., "Justice Clarence Thomas: The Emergence Of A Commercial Speech Protector", 35 *Creighton L. Rev.* 485 2001-2002
- HUGHES, J.R., OLIVETO, A.H., LIGUORI, A., CARPENTER, J., HOWARD, T., "Endorsement of DSM-IV dependence criteria among caffeine users", 1998 *Drug Alcohol Depend.* 52
- HUTTER, Bridget Y POWER, Michael (Ed). "Organizational Encounters With Risk."Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- HUTTON, J. G., "Integrated Marketing Communications And The Evolution Of Marketing Thought", *Journal Of Business Research*, No. 37, Noviembre De 1996.

- IRÁCULIS Arregui, Nerea. "La Publicidad De Los Medicamentos." Madrid: La Ley, 2008.
- IRTI, N., "L'ordine Giuridico Del Mercato", Roma: Editori Laterza, 2004.
- IYADURAI, S.J., CHUNG, S.S., "New-onset seizures in adults: possible association with consumption of popular energy drinks", 2007 *Epilepsy Behav.* 10
- IZQUIERDO SAUGAR, I., "El Producto", En Aa.Vv., "Factbook Marketing Y Comercial", Navarra: Aranzadi, 2002.
- JANISZEWSKI, C., "Preattentive Mere Exposure Effects", 20 *J. Consumer Res.* 376 (1993).
- JIMÉNEZ DÍAZ, Andrés. "Publicidad, Patrocinio, Mecenazgo Y Colaboración.- Marco Legal E Incentivos Fiscales." Asociación Española De Fundaciones. España: 2005.
- JOHNSON, B. E. H., & Fisher, J. L., "Why Format, Not Content, Is The Key To Identifying Commercial Speech", 54 *Case W. Res. L. Rev.* 1243 2003-2004
- JOHNSON, B. E. H. & Youm, K. H., "Commercial Speech And Free Expression: The United Stes And Europe Compared", 2 *J. Int'l Media & Entertainment. L.* 159 2008-2009.
- JONES, H.A., LEJUEZ, C.W., "Personality correlates of caffeine dependence: the role of sensation seeking, impulsivity, and risk taking", 2005 *Exp. Clin. Psychopharm.* 13
- JORDANA, J. (Ed.), "The Politics Of Regulation: Institutions And Regulatory Reforms For The Age Of Governance", Cheltenham, 2004.
- JULIEN, Robert, Advokat, C. D. & Comaty, J. E. "A Primer Of Drug Action.-A Comprehensive Guide To The Actions, Uses, And Side Effects Of Psychoactive Drugs." New York: Worth Publishers (11 Ed.), 2008.
- KAHNEMAN, D., "Maps Of Bounded Rationality: Psychology For Behavioral Economics", *American Economic Review*, 93, 2003, 1449-1475.
- KAPFERER, J-N., La Cara Oculta De Las Marcas, En Kapferer, J-N., & Thoenig, J-C., "La Marca: Motor De La Competitividad De Las Empresas Y Del Crecimiento De La Economía", Madrid: Mc Graw Hill, 1991 [1989].
- KAPFERER, Jean-Noel Y THOENIG, Jean-Claude. "La Marca. Motor De La Competitividad De Las Empresas Y Del Crecimiento De La Economía." Madrid:Mcgraw-Hill, 1991.
- KAPNER, A. D., "Ephedra and energy drinks on college campuses" The Higher Education Center for Alcohol and Other Drug Abuse and Violence Prevention, 2004.



- KARLSSON, N., LOWENSTEIN, G., & MCCAFFERTY, J., “The Economics Of Meaning”, En Lowenstein, G., “Exotic Preferentes: Behavioral Economics And Human Motivation”, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- KASPERSON, J., & KASPERSON, R., “The Social Contours Of Risk: Vol.I: Publics, Risk Comunication And The Social Amplification Of Risk”, London: Earthscan Publications Ltd., 2005
- KASPERSON, J., & KASPERSON, R., “The Social Contours Of Risk: Vol.Ii: Risk Analysis, Corporations & The Globalization Of Risk”, London: Earthscan Publications Ltd., 2005
- KENT, Michael. “Free Speech, “The People Darling Privilege.” Duke: Duke University Press:2000.
- KERRIGAN, S., LINDSEY, T., “Fatal caffeine overdose: two case Reports”, 2005 *Forensic Sci. Int.* 153
- KERSCH, Ken. “Freedom Of Speech.-Rights And Liberties Under The Law.” Abc Clío: 2003.
- KETTL, D. F., “The Global Public Management Revolution”, Washington: The Brookings Institutions, 2006.
- KLEIN, N., “No Logo: El Poder De Las Marcas”, Barcelona: Paidós, 1999.
- KORNBERGER, Martin. “Brand Society. How Brands Transform Management And Lifestyle.” Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- KOROLKOVAS, Andrejus. “ Essentials Of Medicinal Chemistry.” New Jersey: Wiley, 1988.
- KROTOSZYNSKI, Ronald. “The First Amendment In Cross-Cultural Perspective. – A Comparative Legal Analysis Of The Freedom Of Speech-.” New York: New York University Press, 2006.
- KRZEMINSKA-VAMVAKA, J., “Tobacco, Market Economy And Market Of Ideas Newest Developments Concerning Freedom Of Commercial Speech”, 2 *Amsterdam L.F.* 117 2009-2010.
- KUHNE, C. C., Iii, “Testing The Outer Limits Of Commercial Speech: Its First Amendment Implications”, 23 *Rev. Litig.* 607 2004
- LA FETRA, D. J., “Kick It Up A Notch: First Amendment Protection For Commercial Speech”, 54 *Case W. Res. L. Rev.* 1205 2003-2004
- LABARRIERE, Jean-Louis *et. al.* “Teoria Politica Y Comunicación.”Barcelona: Gedisa Editorial, 2001.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., “Televisión Y Competencia”, Madrid: La Ley, 2000.

- LAMBIN, J-J., “La Marca Y El Comportamiento De Elección Del Comprador”, En Kapferer & Thoenig, Ob Cit.
- LARGO GIL, Rita. “Las Marcas Colectivas Y Las Marcas De Garantía.” Editorial Aranzadi: Navarra, 2006.
- LARA GONZALEZ, Rafael. ““La Denigración En El Derecho De La Competencia Desleal.” Aranzadi: Navarra, 2007.
- LARUMBE, E., “Todo Lo Que Necesita Saber Sobre La Publicidad Del Vino...Y Nunca Supo Donde Consultar”, San Sebastián: Eurogap Marketing Estratégico Y Operativo, 2006.
- LAZARO G., I. E., & MAYORAL N., I. V., (Coords.), “Infancia, Publicidad Y Consumo”, Madrid: UPCO Servicio De Comunicaciones, 2005.
- LEISS, William *et.al.* “Social Communication In Advertising.- Consumption In The Mediated Marketplace.” New York: Routledge, (3ra Edicion) 2005.
- LEHU, Jean-Marc. “Branded Entertainment. Product Placement & Brand Strategy In The Entertainment Business.” London: Kogan Page Editions, 2007.
- LEMA AÑÓN, Carlos. “Salud, Justicia, Derechos. El Derecho A La Salud Como Derecho Social.” Madrid: Editorial Dykinson, 2009.
- LEMA DEVESA, C., “Posibilidades Y Remedios Para Combatir La Competencia Desleal”, *Derecho De Los Negocios*, Año N° 1 2, N° 1-15, 1990 1991.
- LEMA DEVESA, C., “La Publicidad Desleal: Modalidades Y Problemas”, *Revista General De Derecho*, N° 562-563, 1991.
- LEMA DEVESA, C. FERNÁNDEZ NOVOA J A GÓMEZ SEGADE, M. Botana Agrá Y M. Arean Lalin, «Las Líneas Básicas De La Futura Ley General De La Publicidad», *Publitecnia*, N.º 53, 1984,
- LEMA DEVESA, C., “La Exageración Publicitaria En El Derecho Español”, *ADI*, 1978
- LEMA DEVESA, C. & GÓMEZ MONTERO, J., “La Regulación Jurídica De La Publicidad Farmacéutica”, *La Ley* N° 2571, Del 11 De Septiembre De 1990.
- LEMA DEVESA, C., “Problemas Jurídicos De La Publicidad: Estudios Jurídicos Del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa Recopilados Con Ocasión De La Conmemoración De Los Xxv Años De Cátedra”, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- LEMA D., C. & GÓMEZ M., J., “Código De Publicidad”, Madrid: Marcial Pons, 2005.
- LEÓN ALONSO, Marta. “La Proteccin Constitucional De La Salud.” La Ley: Madrid, 2010.
- LEÓN, J.L., “Mitoanálisis De La Publicidad”, Barcelona: Ariel, 2001.

- LESTER, Anthony, "The Overseas Trade In The American Bill Of Rights", 88 *Colum. L. Rev.* 537, 537 (1988).
- LINDSTROM, Martin. "Buy-Ology- How Everything We Believe About Why We Buy Is Wrong." Business Books: 2008.
- LOBATO, Manuel. "Comentario A La Ley 17/2001, De Marcas." Navarra: Editorial Aranzadi, 2007.
- LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. "La Competencia En Sectores Regulados. Regulación Empresarial Y Mercado De Empresas." Granada: Editorial Comares, 2003.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., "Del Estatuto Del Vino A Las Leyes Del Vino; Un Panorama Actual Y De Futuro De La Ordenación Vitivinícola En España", Madrid: Civitas, 2004.
- LÓPEZ GUARNIDO, Rafael, "Reflexiones Sobre El Delito De Publicidad Falsa Del Art. 282 Del Cp", *Revista De Autocontrol*, No. 103, 2005.
- LÓPEZ VÁSQUEZ, B., & Martínez Navarro, G., "Comunicación 360", En Sánchez Herrera, J., & Pintado Blanco, T. (Coords.), "Nuevas Tendencias En Comunicación", Madrid: Esic Editorial, 2010.
- LÓPEZ VÁSQUEZ, B., "Publicidad Emocional: Estrategias Creativas", Madrid: Esic, 2007.
- LORENTE, Joaquín. "Publicitat A Catalunya -80 Anys D'Associacionisme Professional", Barcelona: Col.legi De Publicitaris I Relacions Públiques De Catalunya, 2006.
- LOVELAND, Ian. "Importing The First Amendment.- Freedom Of Speech And Expression In Britain, Europe And The Usa." New York: Hart Publishing: 1998.
- LOWENSTEIN, G, "Emotions In Economic Theory And Economic Behavior", 90 *American Economic Review* 426, 2000.
- LURIE, N. H., "Decision Making In Information-Rich Enviroments: The Role Of Information Structure", 30 *Journal Of Consumer Research* 473, 2004.
- MAAREK, Philippe. "Marketing Político Y Comunicación.-Claves Para Una Buena Información Política." Barcelona: Paidos, 1997.
- MAC NEIL, M., SARGENT, N., & SWAN, P. (Eds.), "Law, Regulation, And Governance", Oxford: Oxford University Press, 2002.
- MACHADO-VIEIRA, R., VIALE, C.I., KAPCZINSKI, F., "Mania associated with an energy drink: the possible role of caffeine, taurine, and inositol", 2001 *Can. J. Psychiatry* 46
- MACHO, Luis Miguel. "La Intervención Administrativa En El Comercio Interior." Madrid: Iustel, 2005.

- 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: Civitas, 1990.
- MADRID CANOVAS, S., “Semiótica Del Discurso Publicitario: Del Signo A La Imagen”, Murcia: Universidad De Murcia, 2005.
- MALLOY, R. P., “Derecho Y Economía De Mercado”, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- MALTZ, E. M., “The Strange Career Of Commercial Speech”, 6 Chap. *L. Rev.* 161 2003
- MANKIW, N. G., *et. al*, “Intertemporal Substitution In Macroeconomics”, 100 *Quarterly Journal Of Economics* 225, 1985.
- MAPELLI C., B., “El Delito De Publicidad Fraudulenta”, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- MARCANTONIO, S., “What Is Commercial Speech?: An Analysis In Light Of Kasky V Nike”, 24 *Pace L. Rev.* 357 (2003-2004)
- MARCIANO, A. (Ed.), “From Economic To Legal Competition: New Perspectives On Law And Institutions In Europe”, Cheltenham, 2003.
- MARCH, J. G., “A Primer On Dedeision Making”, Nueva York: Free Press, 1994.
- MARCUSE, Grupo. “De La Miseria Humana En El Medio Publicitario. España: Editorial Melusina, 2006.
- MARQUEZ, F. T., “Advertising Content: Persuación, Information Or Intimidation”, 54 *Journalism Quarterly* 482, 1977;
- MARTÍ, J-N, “La Publicidad Y El Derecho-Deber De Información”, *EC*, No. 36, 1996,
- MARTÍN GARCÍA, María Del Lirio. “La Publicidad.-Su Incidencia En La Contratación.” Madrid: Dykinson, 2002.
- MARTÍN ARESTI, P., “Consumidor, Marcas Y Publicidad”, En: Martínez Gutiérrez, A (Dir.), “Marca Y Publicidad Comercial. Un Enfoque Interdisciplinar”, Madrid: La Ley, 2009.
- MARTÍN REBOLLO, “Libertades Públicas Y Control Judicial”, *Revista De Administración Pública*, No. 84, 1977.
- MARTÍN-RETORTILLO, L., & DE OTTO Y PARDO, I., “Derechos Fundamentales Y Constitución”, Madrid: Civitas, 1988.
- MARTIN GARCÍA, M. Del L., “La Publicidad. Su Incidencia En La Contratación”, Madrid: Dykinson, 2002.
- MARTÍN MATEO, R., “El Marco Público De La Economía De Mercado”, Navarra: Aranzadi, 2003.
- MARTINEAU, P., “Motivation In Advertising”, Nueva York: Mcgraw Hill, 1957.

- Martínez-Echevarría, Pérez & Ferrero Abogados. “MARCA Y Publicidad Comercial.-Un Enfoque Interdisciplinar-.” Madrid: La Ley, 2009.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Clara *ET. AL.* “Ley De Prevencion Del Tabaquismo.” Navarra: Aranzadi, 2006.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C., ABAD LICERAS, J.M., & BURZACO SAMPER, M., “Ley De Prevención Del Tabaquismo: Comentarios Y Texto Íntegro De La Ley 28/2005 De 26 De Diciembre, De Medidas Sanitarias Frente Al Tabaquismo Y Reguladora De La Venta, El Suministro, El Consumo Y La Publicidad De Los Productos Del Tabaco”, Navarra: Aranzadi 2006.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel. “La Marca Engañosa” Madrid: Civitas Ediciones, 2002.
- MARTÍNEZ GUTIERREZ, A, “ Marca y Publicidad Comercial. Un enfoque interdisciplinar”, Madrid: La Ley, 2009.
- MARTÍNEZ PASTOR, Esther. “Los Mensajes Publicitarios Analizados Desde La Comunicación Y El Derecho.” Madrid: Editorial Universitas, 2009.
- MARTÍNEZ PASTOR, Esther. “Régimen Jurídico Del Modo Publicitario En Internet.” Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2005.
- MASSAGUER, J., “Comentario A La Ley De Competencia Desleal”, Madrid: Civitas, 1999.
- MASSAGUER, J., “El Nuevo Derecho Contra La Competencia Desleal: La Directiva 2005/29/Ce Sobre Prácticas Comerciales Desleales”, Madrid: Thomson-Civitas, 2006.
- MASSÓ TARRUELLA, Ramón. “La Cultura Light.- El Éxito De Los Personajes Famosos, Los Anuncios Y Las Noticias.” Barcelona: Editorial Cims, 2001.
- MAXEINER, J.R., & SCHOTTHÖFER, P., “Advertising Law In Europe And North America”, La Haya: Kluwer Law International, 1999 (2ª Ed.)
- MCCLURE, S. M., LI, J., TOMLIN, D., CYPERT, K. S., MONTAGUE, L. M., & MONTAGUE, P. R., “Neural Correlates Of Behavioural Preferences For Culturally Familiar Drinks”, *44 Neuron* 379, 2004).
- MEIKLEJOHN, Alexander. “Political Freedom.-The Constitutional Powers Of The People.” Oxford: Oxford University Press, 1965.
- MENDEZ, Rosa Y Vilalta, Esther. “Publicidad Ilícita: Engañosa, Desleal, Subliminal Y Otras.” Barcelona: Bosch, 2003.
- MÉNDIZ NOGUERO, Alfonso. “Nuevas Formas Publicitarias. Patrocinio, Product Placement, Publicidad En Internet.” Málaga: Universidad De Málaga, 2007.
- MÉNDIZ NOGUERO Alfonso Y Cristófol Rodríguez, Carmen (Coords.) “Falsedad Y Comunicación.” Málaga: Universidad De Malaga Debates, 2007.

- MÉNDIZ NOGUERO, A., “La Publicidad”, En BEL MALLÉN, I, & CORREDOIRA Y ALFONSO, L. (Coords.), “Derecho De La Información”, Barcelona: Ariel, 2003.
- MENTHE, Darrel C., “The Marketplace Metaphor And Commercial Speech Doctrine: Or How I Learned To Stop Worrying About And Love Citizens United”, 38 *Hastings Const. L. Q.* 131 2010-2011.
- MELE C, D. (Coord.), “Ética En Dirección Comercial Y Publicidad”, Pamplona: Eunsa, 1998.
- MESSICK, D., “Alternative Logics For Decision Making In Social Settings”, 39 *Journal Of Economic Behavior And Organization* 11, 1999.
- MIGUEZ MACHO, L., “La Intervención Administrativa En El Comercio Interior”, Madrid: Iustel, 2005.
- MIR P., O., “Globalización, Estado Y Derecho. Las Transformaciones Recientes Del Derecho Administrativo”, Madrid: Civitas, 2004.
- MONTOYA VILAR, N. “La Influencia De La Publicidad Audiovisual En Los Niños.- Estudios Y Método De Investigación.” Barcelona: Bosch, 2007.
- MONZÓN, Cándido. “Opinión Pública, Comunicación Y Política.” Madrid: Tecnos, 2006.
- MORAL GARCÍA, Antonio Del, “La Protección Del Consumidor Frente A La Actividad Publicitaria: Perspectiva Penal”, *Revista De Autocontrol*, No. 78, 2003;
- MORAN, Michael. “The British Regulatory State. High Modernism And Hyper-Innovation.” Oxford: Oxford University Press, 2003.
- MORENO Y BRAVO, Emilio, “El Delito De Publicidad Falsa”, Barcelona: Bosch, 2001.
- MOREU Carbonell, E., “La Administración Anunciante: Régimen Jurídico De La Publicidad Institucional”, Navarra: Aranzadi, 2005.
- MORGAN, Bronwen Y YEUNG, Karen. “An Introduction To Law And Regulation.” Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- MORRISON, A. B., “How We Got The Commercial Speech Doctrine: An Originalist’s Recollections”, 54 *Case W. Res. L. Rev.* 1189 2003-2004
- MOSCO, Vincent. “The Political Economy Of Communication.” New York: Sage Editorial, 2009.
- MOSCOSO DEL PRADO, Javier *et. al.* “Los Creadores Visuales Ante La Reforma De La Ley De Propiedad Intelectual.” Madrid: Trama Editorial, 2006.
- MRVOS, R.M., REILLY, P.E., DEAN, B.S., KRENZELOK, E.P., “Massive caffeine ingestion resulting in death”, 1989 *Vet. Hum. Toxicol.* 31

- MUÑAGORRI LAGUÍA, Ignacio, “La Protección Penal De Los Consumidores Frente A La Publicidad Engañosa. Art. 282 Del Código Penal”, Granada: Comares, 1998.
- MUÑOZ MACHADO, S., “Advertising In The Spanish Constitution”, En “Advertising And Constitutional Rights In Europe”, Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1.994.
- MUSCH, J. & KLAUER, K. C. (Eds.), “The Psychology Of Evaluation: Affective Processes In Cognition And Emotion”, 2003.
- MYTHEN, G., “Ulrich Beck: A Critical Introduction To The Risk Society”, London: Pluto Press, 2004
- NEDUNGADI, P., “Recall And Consumer Consideration Sets: Influencing Choice Without Altering Brand Evaluations”, 17 *J. Consumer Res.* 263 (1990).
- NELSON, Samuel P. “Beyond The First Amendment. –The Politics Of Free Speech And Pluralism-.” Baltimore: The John Hopkins University Press, 2005.
- NELSON, P. E., “Information And Consumer Behavior”, 78(2) *Journal Of Political Economy* 311, 1970.
- NEWMAN, Michael. “Irrefutable Laws Of Advertising.- And When To Violate Them.” London: John Wiley & Sons, 2006.
- NIETO A., & IGLESIAS, F., “Empresa Informativa”, Barcelona: Ariel, 1993.
- NIETO, A., “La Administración Sirve Con Objetividad Los Intereses Generales”, En: AA.VV., “Estudios Sobre La Constitución Española. Homenaje Al Profesor Eduardo García De Enterría – Tomo III”, Madrid: Civitas, 1991.
- NIETO GARCÍA, A., “Derecho Administrativo Sancionador”, Madrid: Tecnos, 2005.
- NUSSBAUM, M., “Upheavals Of Thought: The Intelligence Of Emotion”, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- NUTT, D. J., KING, L. A. & PHILLIPS, L. D., “Drug harms in the UK: a multicriteria decision analysis”, *The Lancet*, Vol. 376, Issue 9752, 1558-1565, 15 November, 2010.
- OBERSTAR, J.V., BERNSTEIN, G.A., THURAS, P.D., “Caffeine use and dependence in adolescents: one-year follow-up”, 2002 *J. Child Adolesc. Psychopharmacol.* 12.
- OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LA DROGA Y LAS TOXICOMANÍAS, “Informe 2011”, Madrid: Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad - Centro de Publicaciones & Secretaría General de Política Social y Consumo - Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, 2011.

- OBSERVATORIO ESPAÑOL DE LA DROGA Y LAS TOXICOMANÍAS, “Situación y tendencias de los problemas de drogas en España. Informe 2011”, Madrid: Observatorio Español De La Droga Y Las Toxicomanías, 2011.
- OHLY, A., & Spence, M., “The Law Of Comparative Advertising: Directive 97/55/Ec In The United Kingdom And Germany”, Oxford: Hart Publishing, 2000.
- OGILVY , D., “Confessions Of An Advertising Man”, Londres: Southbank Publishing, 2004.
- OGUS, A. I., “Regulation: Legal Form And Economic Theory”, Oxford: Hart Publishing, 2004.
- ORÉ SOSA, Eduardo. “La Protección Penal De La Marca En El Derecho Español.” Salamanca: Ratio Legis, 2006.
- ORDOZGOITI DE LA RICA, Rafael Y Pérez Jimenéz, Ignacio. “Imagen De Marca.” Madrid: Esic Editorial, 2003.
- ORTEGA, G., D., “Manual De Derecho De La Información”, Madrid: Editorial Centro De Estudios Ramón Areces, S.A., 2003.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Neurociencia del Consumo y Dependencia de Sustancias Psicoactivas. Resumen”, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Neurociencia del Consumo y Dependencia de Sustancias Psicoactivas”, Washington, D.C.: Organización Panamericana de la Salud, 2004.
- PAJUELO DE ARCOS, C., “A Propósito De La Publicidad”, Valencia: Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Valencia, 1999.
- PALAU RAMÍREZ, Felipe. “La Obligación De Uso De La Marca.” Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.
- PAREJO ALFONSO, Luciano Y Palomar Olmeda, Alberto (Dirs.). “Derecho De La Competencia. Estudios Sobre La Ley 15/2007, De 3 De Julio, De Defensa De La Competencia.”, Madrid: La Ley, 2008.
- PASSAVANT, Paul. “No Escape. Freedom Of Speech And The Paradox Of Rights.” New York: New York University Press, 2002.
- PATIÑO ALVES, Beatriz. “La Autorregulación Publicitaria.-Especial Referencia Al Sistema Español-” Barcelona: Bosch, 2007.
- PAZ-ARRES, C. & ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Un Ensayo Sobre La Libertad De Empresa”, En CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (Coord.), “Estudios Jurídicos En Homenaje Al Profesor Luis Díez-Picazo”, Madrid: Civitas, 2003, Tomo IV.
- PEIRCE, C. S., “Peirce On Signs: Writings On Semiotic By Charles Sanders Peirce”, North Carolina: The University Of North Carolina Press, 1991.



- PEIRCE, C. S., "La Lógica Considerada Como Semiótica: El Índice Del Pensamiento Peirceano", Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2007.
- PERCY, L., & WOODSIDE, A. (Eds.), "Advertising And Consumer Psychology", Massachusetts: Lexington Books, 1983.
- PÉREZ GARCÍA, David. "Técnicas De Comunicación Política.-El Lenguaje De Los Partidos." Madrid: Tecnos, 2003.
- PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio. "Derecho De La Propiedad Industrial, Intelectual Y De La Competencia." Madrid: Marcial Pons, 2008.
- PERNIOLA, Mario. "Contra La Comunicación." Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2006.
- PETTY, R. E., & CACCIPOPO, J. T., "Central And Peripheral Routes To Persuasion: Application To Advertising", En Percy, L., & Woodside, A. (Eds.), "Advertising And Consumer Psychology", Massachusetts: Lexington Books, 1983.
- PETTY, R. E., & CACCIPOPO, J. T., "Communication And Persuasion: Central And Peripheral Routes To Attitude Change", Nueva York: Springer Verlag, 1986.
- PETTY, R. E., CACCIPOPO, J. T., Sedikides, C., & Strathman, A. J., "Affect And Persuasion: A Contemporary Perspective", 31 *American Behavioral Scientist* 355, 1988.
- PICÓ LÓPEZ, J., "Cultura Y Modernidad: Seducciones Y Desengaños De La Cultura Moderna", Madrid: Alianza, 1999.
- PIERRE, J. (Ed.), "Debating Governance: Authority, Steering, And Democracy", Oxford: Oxford University Press, 2000.
- PIETY, T. R., "'Merchants Of Discontent': An Exploration Of The Psychology Of Advertising, Addiction, And The Implications For Commercial Speech", 25 *Seattle U. L. Rev.* 377 2001-2002
- PINO ABAD, M., "La Disciplina Jurídica En La Actividad Publicitaria En La Ley De Publicidad De 1988", Madrid: Instituto Nacional Del Consumo, 1992.
- PINO ABAD, M., "El Conflicto Normativo Entre La Ley General De Publicidad De 1998 Y La Ley De Competencia Desleal De 1991", En FONT GALÁN, J. I., & PINO ABAD, M. (Coords.), "Estudios De Derecho De La Competencia", Madrid: Marcial Pons, 2005.
- PIZARRO, D., "Nothing More Than Feelings? The Role Of Emotions In Moral Judgment", 30 *Journal For The Theory Of Social Behavior* 355, 2000.
- PLANZER, S. & ALEMANN, A., "Lifestyle Risks: Conceptualizing An Emerging Category Or Research", *European Journal Of Risk Regulation*, 4/2010, 335.

- PLAZA, A. T., “Líneas Generales De La Reforma Del Derecho Español Contra La Competencia Desleal (Parte I)”, En *Boletín De Autocontrol*, No. 149, Madrid, 2010.).
- POLO SABAU, José Ramón. “Libertad De Expresión Y Derecho De Acceso A Los Medios De Comunicación.” Madrid: Centro De Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.
- PORFIRIO CARPIO, L. J., “La Discriminación De Consumidores Como Acto De Competencia Desleal”, Madrid: Marcial Pons, 2002.
- POSNER, R. A., “Regulation Of Advertising By The Ftc”, Washington: American Enterprise Institute For Public Policy Research, 1973.
- PRATS CATALÀ, J., “De La Burocracia Al Management, Del Management A La Gobernanza: Las Transformaciones De Las Administraciones Públicas De Nuestro Tiempo.”, Madrid: Inap, 2005.
- QUALTER, T. H., “Advertising And Democracy In The Mass Age”, Hampshire: Palgrave Macmillan, 1991.
- QUELCH, John & JOCZ, Katherine. “Greater Good.-How Good Marketing Makes For Better Democracy.” Boston: Harvard Business Press, 2007.
- RABBAN, David. “Free Speech.-In Its Forgotten Years.” Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- RAMÍREZ, M., *et. al*), “El Derecho A La Información”, Zaragoza: Libros Pórtico, 1995.
- RAMOS, F., “La Publicidad Contaminada. Los Consumidores Ante La Autorregulación Publicitaria”, Madrid: Universitas, 2003.
- RAUSELL KÖSTER, C. & RAUSELL KÖSTER, P., “Democracia, Información Y Mercado. Propuestas Para Democratizar El Control De La Realidad”, Madrid: Tecnos 2002.
- RAZ, J., “Practical Reasons And Norms”, Londres: Hutchinson, 1975.
- REAL PEREZ, Alicia.(Coord) “Códigos De Conducta Y Actividad Económica: Una Perspectiva Jurídica. I Y II Congresos Internacionales “Códigos De Conducta Y Mercado” Madrid: Marcial Pons, 2010.
- REBOLLO PUIG, Manuel, “Autotutela Administrativa Y Cesación De La Publicidad Ilícita”, *EC*, No. 33, Abril De 1995.
- REBOLLO PUIG, M. & IZQUIERDO CARRASCO, M., “La Intervención Pública En Defensa De Los Consumidores Y Usuarios”, En CASAS BAAMONDE, M. E. & RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.), “Comentarios A La Constitución Española”, Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- REDISH, Martin. “Freedom Of Expression.” Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1994.

- REISSIG, C. J., STRAIN, E.C., GRIFFITHS, R.R., “Caffeinated energy Drinks—A growing problem”, *Drug and Alcohol Dependence* 99 (2009)
- REQUERO I., J.L., (Dir.), “Los Colegios Profesionales. Administración Corporativa”, Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 2001.
- RESNICK, Evelyne. “Wine Brands. Success Strategies For Nex Markets, Nex Consumers And New Trends.” New York: Palgrave Macmillan, 1998.
- RESNIK, A & STERN, B. L., “An Analysis Of Information Content In Televisión Advertising”, *Journal Of Marketing* 50, 1977.
- RESNIK, A & STERN, B. L., “Information Content In Televisión Advertising: A Replication And Extension”, 31 *Journal Of Advertising Research* 40, 1991.
- RIES, Al Y RIES, Laura. “La Caída De La Publicidad Y El Auge De Las Rr Pp.” Barcelona: Ediciones Urano, 2003.
- RITSON, M., & ELLIOTT, R., “The Social Uses Of Advertising: An Athnographic Study Of Adolescent Advertising Audiences”, 25 *Journal Of Consumer Research* 260, 1999
- RITZER, G., Introduction, En Baudrillard, J., “The Consumer Society: Myths And Structures”, Londres: Sage Publications, 2007 [1970].
- RIVERA CAMINO, Jaime Y SUTIL MARTÍN, Lucía. “Marketing Y Publicidad Subliminal.- Fundamentos Y Aplicaciones.” Madrid: Esic Editorial, 2004.
- RIVERO ORTEGA, R., “Introducción Al Derecho Administrativo Económico”, Salamanca: Ratio Legis, 2005.
- RIVERO ORTEGA, R., “Derecho Administrativo Económico.” Madrid: Marcial Pons, 2009 .
- RODRÍGUEZ FONT, Mariola. “Régimen Jurídico De La Seguridad Alimentaria. De La Policía Administrativa A La Gestión De Riesgos.” Madrid: Marcial Pons, 2007
- RODRÍGUEZ GORDILLO, J.M., “La Difusión Del Tabaco En España: Diez Estudios”, Sevilla: Universidad De Sevilla, 2002.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. “Mercado De Tabaco Y Lucha Contra El Tabaquismo. Perspectivas Jurídicas Confluyentes En La Producción, Distribución Y Consuma De Tabaco.” Madrid: Dijusa Editorial, 2006.
- RODRÍGUEZ PARDO, Julián (Coordinador). “Derecho De La Información- Una Perspectiva Comparada De España E Iberoamérica” Madrid: Dykinson, 2007.
- ROMERO, Maria Victoria (Coord). “Lenguaje Puclitario.-La Seducción Permanente.” Barcelona: Ariel, 2005.

- ROMERO COLOMA, Aurelia Maria. “Las Libertades De Expresión E Información Y Sus Límites.” España: Ediciones Irreverentes, 2010.
- ROONEY, D., HEARN, G., MANDEVILLE, T., & JOSEPH, R., “Public Policy In Knowledge-Based Economics: Foundations And Frameworks”, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2003.
- ROSADO IGLESIAS, Gema. “La Titularidad De Derechos Fundamentals Por La Persona Jurídica.” Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- ROSSITER, J. R., & PERCY, L., “Advertising Communication And Promotion Management”, Nueva York: Mcgraw Hill, 1997.
- ROSSITER, J. R., PERCY, L., & DONOVAN, R. J., “A Better Advertising Planning Grid”, *31 JOURNAL OF ADVERTISING* 5, 1991.
- ROUZET, E., & SEGUIN, G., “El Marketing Del Vino: Saber Vender El Vino”, Madrid: Mundi-Prensa, 2005.
- ROZADOS OLIVA, M. J., “Derecho Administrativo De La Publicidad”, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
- RUIPÉREZ DE AZCÁRATE, Clara. “El Carácter Distintivo De Las Marcas.” Madrid: Editorial Reus, 2008.
- RUBÍ PUIG, A., “Publicidad Y Libertad De Expresión”, Navarra: Editorial Aranzadi, 2008.
- RUIZ MUÑOZ, M., “Derecho De La Publicidad Y Globalización: Publicidad Transfronteriza, Libertad De Expresión Y Derechos Aplicables”, *ESTUDIOS SOBRE CONSUMO* 79 (2006)
- SAINZ MORENO, F., “Conceptos Jurídicos, Interpretación Y Discrecionalidad Administrativa”, Madrid: Civitas, 1976.
- SAFFER, H., “Alcohol Consumption And Alcohol Advertising Bans”, Cambridge: National Bureau Of Economic Research, 2000.
- SALAS, Antonio (Dir) “La Ley De Servicios De La Sociedad De La Información Y El Comercio Electrónico.” Madrid: Cuadernos De Derecho Judicial. Consejo General Del Poder Judicial, 2007.
- SALINAS, Gabriela. “Valoración De Marcas. Revisión De Enfoques, Metodologías Y Proveedores.” Barcelona: Ediciones Deusto, 2007.
- SALVADOR CODERCH, PABLO (Director). “El Mercado De Las Ideas” Madrid: Centro De Estudios Constitucionales, 1990.
- SALVADOR CODERCH, Pablo. “El Derecho De La Libertad” Madrid: Centro De Estudios Constitucionales, 1993.

- SALVADOR MARTÍNEZ, M., “Autoridades Independientes: Un Análisis Comparado De Los Estados Unidos, El Reino Unido, Alemania, Francia Y España”, Barcelona: Ariel, 2002.
- SAN PEDRO BLANCO, Victor (Ed). “La Pantalla De Las Identidades.-Medios De Comunicación, Políticas Y Mercados De Identidad.” Barcelona: Icaria Editorial,2003
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. “Delimitación De Las Libertades Informativas.” Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- SÁNCHEZ FRANCO, Manuel. “Eficacia Publicitaria.” Madrid: Mc Graw Hill,1999.
- SÁNCHEZ S., J.M., “Los Colegios Profesionales En El Ordenamiento Constitucional”, Madrid: Centro De Estudios Constitucionales, 1996.
- SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. “La Publicidad En Internet.-Régimen Jurídico De Las Comunicaciones Electrónicas.” Madrid: La Ley, 2007.
- SÁNCHEZ HERRERA Joaquín Y PINTADO BLANCO, Teresa (Coords). “Nuevas Tendencias En Comunicación.” Madrid: Esic Editorial, 2010.
- SANTAELLA LÓPEZ., M., “Derecho De La Publicidad”, Madrid: Civitas, 2003.
- SANTIAGO REDONDO, K., “Artículo 43”, En Casas Baamonde, M. E. & Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M. (Dir.), “Comentarios A La Constitución Española”, Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- SAUSSURE, F. De, “Curso Lingüística General”, Buenos Aires: Losada, 2002 Y “Escritos De Lingüística General”, Barcelona: Gedisa, 2004.
- SAXONHOUSE, Arlene. “Free Speech And Democracy In Ancient Athens.” Cambrige: Cambridge University Press, 2006.
- SCHAUER, Frederick. “Free Speech: A Philosophical Enquiry.” Cambridge: Cambridge University Press,1982.
- SCHECHTER, “The Rational Basis Of Trademark Protection”, 40 *Harvard Law Review* 813, 1926-1927.
- SCHNEIDERMAN, D., (Ed.) “Freedom Of Expression And The Charter”, Toronto: Thompson Professional Publishing, 1991.
- SCHWARZ, N. & VAUGHN, L. A., “The Availability Heuristic Revisited: Ease Of Recall As Distinct Sources Of Information”, En Gilovich, T., Et Al. (Eds.) “Heuristics And Biases: The Psychology Of Intuitive Judgment”, 2003.
- SERRANO-SUÑER HOYOS, G., & GONZÁLEZ BOTIJA, F., “Comentarios A La Ley De La Viña Y Del Vino: Ley 24/2003, De 10 De Julio”, Madrid: Aranzadi, 2004.
- SEUBA HERNÁNDEZ, Xavier (Coord.). “Salud Publica Y Patentes Farmacéuticas. Cuestiones De Economía, Política Y Derecho. Barcelona: Bosch, 2008.

- SEUBA HERNÁNDEZ, Xavier. “La Protección De La Salud Ante La Regulación Internacional De Los Productos Farmacéuticos.” Madrid: Marcial Pons, 2010.
- SHIFFRIN, Steven. “The First Amendment, Democracy, And Romance.” Princeton University Press: 1993.
- SHINER, R.A., “Freedom Of Commercial Expression”, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- SIERRA L., M. Del V., “Análisis Jurídico-Penal De La Publicidad Engañosa En Internet”, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.
- SKOVER, David & COLLINS, Ronald. “The Death Of Discourse.” North Carolina: Carolina Academic Press, 2005.
- SMITH, A., “An Inquiry Into The Nature And Causes Of The Wealth Of Nations”, Chicago: Encyclopaedia Britannica, Inc, 1996 [1776]).
- SOLOMON, M., Bamossy, G., Askegaard, S., & Hogg, M. K., “Consumer Behaviour: A European Perspective”, Harlow: Pearson Education Ltd., 2006.
- SPANG, K., “Publicidad Y Retórica”, en Romero, M<sup>a</sup> V. (Coord.), “Lenguaje Publicitario”, Barcelona: Ariel, 2005.
- STEELE, J., “Risks And Legal Theory”, Oxford: Hart Publishing, 2004.
- STEHR, N., “Knowledge And Economic Conduct: The Social Foundations Of The Modern Economy”, Toronto: University Of Toronto Press, 2002.
- STEPHENS, M. Jr., “3rd Of Tha Month: Do Social Security Recipients Smooth Consumption Between Checks?”, 93 *American Economic Review* 406, 2003).
- STEWART, R., B., “The Reformation Of American Administrative Law”, 88 *Harv. L. Rev.* 1667 1974-1975.
- STIGLITZ, J., “Economía”, Barcelona, Ariel, 1994 [1993].
- STIGLITZ, J., "The Contributions Of The Economics Of Information To Twentieth Century Economics," *Quarterly Journal Of Economics*, 115(4), 2000.
- STIGLITZ, J. Prólogo De: Polanyi, K., “The Great Transformation: The Political And Economic Origins Of Our Time”, Boston: Beacon Press, 2001 [1944].
- STRAIN, E.C., MUMFORD, G.K., SILVERMAN, K., GRIFFITHS, R.R., “Caffeine dependence syndrome. Evidence from case histories and experimental evaluations”, 1994 *JAMA* 272
- STRAUSS, D. A., “Persuasion, Autonomy And Freedom Of Speech”, *Columbia Law Review* 91, 1991, P.349.

- STRONG, E. K., "The Psychology Of Selling And Advertising", Nueva York: Mcgraw Hill, 1925.
- STRYDOM, Piet. "Risk, Environment And Society." Buckingham: Open University Press, 2002.
- SULLIVAN K.M., "Cheap Spirits, Cigarettes, And Free Speech: The Implications Of 44 Liquormart", 1996 *Sup. CT. REV.* 123 (1996).
- SUNSTEIN, Cass. "Democracy And The Problem Of Free Speech." London: Free Press, 1995.
- SUNSTEIN, Cass. "Risk And Reason. Safety, Law, And The Environment." Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- SVIKIS, D.S., BERGER, N., HAUG, N.A., GRIFFITHS, R.R., "Caffeine dependence in combination with a family history of alcoholism as a predictor of continued use of caffeine during pregnancy", 2005 *Am. J. Psychiatry* 162
- SWARTZ, K.R., "Constitutional Law First Amendment Protection Of Commercial Speech : Bolger V. Youngs Drug Products Corp." 32 U. Kan. Law *REV.* 679 1983-1984
- SCHWARZ, N. & VAUGHN, L. A., "The Availability Heuristic Revisited: Ease of Recall as Distinct Sources of Information", en GILOVICH, T., et al. (eds.) "Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment", Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- SWEDBERG, R., "Principles Of Economic Sociology", Princeton: Princeton University Press, 2003.
- TALLÓN, J., "Lecciones De Empresa Informativa", Madrid: Ediciones Ciencias Sociales, 1992.
- TATO PLAZA, A., "Líneas Generales De La Reforma Del Derecho Español Contra La Competencia Desleal", *Revista Autocontrol*, No. 149, Febrero De 2010.
- TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P, & HERRERA PETRUS, C., "La Reforma De La Ley De Competencia Desleal", Madrid: La Ley, 2010.
- TATO PLAZA, A., "La Publicidad Comparativa", Madrid: Marcial Pons, 1996.
- TATO PLAZA, A., "Publicidad Comercial Y Libertad De Expresión En La Jurisprudencia Norteamericana: Nuevos Desarrollos", *ADI* 15, 1993, Pp. 843-848,
- TATO PLAZA, A "Publicidad Comercial Y Libertad De Expresión En La Jurisprudencia Norteamericana", *ADI* 14, 1991-1992.
- TEDFORD, Thomas Y Herbeck, Dale. "Freedom Of Speech In The United States." Pennsylvania: Strata Publishing: 2009

- THALER, Richard & SUNSTEIN, Cass. “Nudge.-Improving Decisions About Health, Wealth And Happiness” New York: Penguin Books, 2008.
- TOMILLO URBINA, Jorge (Dir). “El Futuro De La Protección Jurídica De Los Consumidores. Actas De I Congreso Euroamericano De Protección Jurídica De Los Consumidores.” Navarra: Editorial Aranzadi, 2008.
- TORNOS M., J., (Coord.), “Democracia Y Medios De Comunicación”, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.
- TORRES PRAT, J., “Consumo Luego Existo: Poder, Mercado Y Publicidad”, Barcelona: Icaria, 2005.
- TSOUKAS, H., “Complex Knowledge: Studies In Organizational Epistemology”, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- URÍA, R., “Derecho Mercantil”, Madrid: Marcial Pons, 2001.
- URIAS, J., “Lecciones De Derecho De La Información”, Madrid: Tecnos, 2003.
- URIAS, J., “Jurisprudencia Constitucional Sobre Libertad De Información”, Sevilla: Editorial Mad, 1999.
- URGOITI GONZALEZ, Celio José. “Mundialización, Comunicación Y Política.” Madrid: Editorial Fragua, 2006.
- VAUGHN, R., “How Advertising Works: A Planning Model”, 20 *Journal Of Advertising Research* 27, 1980.
- VAUGHN, R., “How Advertising Works: A Planning Model Revisited”, 26 *Journal Of Advertising Research* 57, 1986.
- VAN ALSTYNE, W. W., “To What Extent Does The Power Of Government To Determine The Boundaries And Conditions Of Lawful Commerce Permit Government To Declare Who May Advertise And Who May Not?”, 51 *Emory L.J.* 1513 2002
- VAN DEN BULTE, Christophe And Wuyts, Stefan. “Social Networks And Marketing.” Cambridge: Marketing Science Institute, 2007.
- VÉLIZ MONTERO, F., “Cambio De Mirada En Las Organizaciones: Comunicación En 360 Grados”, *Revista Latinoamericana De Comunicación Chasqui*, No. 93, Marzo De 2006.
- VIDAL PORTABALES, J. I., “El Contrato De Patrocinio Publicitario En El Derecho Español”, Madrid: Marcial Pons, 1998.
- VILASECA, J., & TORRENT, J., “El Nou Capitalisme”, Barcelona: Editorial UOC, 2005.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Estado Democrático E Información: El Derecho A Ser Informado”, Asturias: Junta General Del Principado De Asturias, 1994.



- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., "Los Derechos Del Público: El Derecho A Recibir Información Del Artículo 20.1.D) De La Constitución Española De 1978", Madrid: Tecnos, 1995.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio "Estado Democrático E Información: El Derecho A Ser Informado", Asturias: Junta General Del Principado De Asturias, Madrid: Santaella, 1994.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, "La Libertad De Expresión", En CASAS BAAMONDE, M. E. & RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (Dir.), "Comentarios A La Constitución Española", Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008.
- VIVES, A., & BULAT, S., "¡Maldita Publicidad! Más Allá Del Glamour...", Barcelona: Península, 2005.
- VON MISES, Ludwig. "Interventionism. An Economic Analysis." Indianapolis: Liberty Fund, 1998.
- WALLIN, D.M., "Constitutional Law – First Amendment – Federal Regulation Prohibiting Disclosure Of A Beer's Alcohol Content On Its Label Violates The Commercial Speech Doctrine: *Rubin V Coors Brewing Co.* 27 *Setton Hall L. Rev.* 319 (1996).
- WARR, P., Barter, J., & Brownbride, G., "On The Independence Of Positive And Negative Affect", 44(8) *Journal Of Personality And Social Psychology* 641, 1983.
- WEBER, M., "Class, Status, Party", En Gerth, H. & Mills, C. W., "From Max Weber: Essays In Sociology", New York: Oxford University Press, 1958.
- WEILBACHER, W. M., "Advertising", Nueva York: Macmillan, 1984.
- WEINRIB, L. E., "Does Money Talk? Commercial Expression In The Canadian Constitutional Context", En Schneiderman, D., (Ed.) "Freedom Of Expression And The Charter", Toronto: Thompson Professional Publishing, 1991.
- WERHAN Keith. "Freedom Of Speech.- A Reference Guide To He United States Constitution." West Port: Praeger, 2004.
- WILCOX, Dennis *et. al.* "Relacions Públicas. Estrategias Y Tacticas." Madrid: Pearson Editorial, 2010.
- WILLIAMS, Susan. "Truth, Autonomy And Speech.- Feminist Theory And The First Amandment." New York: New York University Press, 2004.
- WILLIAM E. Baker, "When Can Affective Conditioning And Mere Exposure Directly Influence Brand Choice?," 28 *J. Advert.* 31, 44-45 (1999).
- WINKIELMAN, P., *et. al.*, "The Hedonic Marking Of Processing Fluency: Implications For Evaluative Judgment", En MUSCH, J. & KLAUER, K. C. (Eds.), "The

Psychology Of Evaluation: Affective Processes In Cognition And Emotion”, 2003

WIRENIUS, John. “First Amendment, First Principles.-Verbal Acts And Freedom Of Speech.” New York: Holmes & Meier, 2004.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, “The World Health Report 2002. Reducing Risks, Promoting Healthy Lives”, Geneva: World Health Organization, 2002.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, “Neuroscience of psychoactive substance use and dependence”, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004.

WORRALL, B.B., PHILLIPS, C.D., HENDERSON, K.K., “Herbal energy drinks, phenylpropanoid compounds, and cerebral vasculopathy”. 2005 *Neurology* 65.

XIFRA, Jordi. “Planificación Estratégica De Las Relaciones Públicas.” Barcelona: Paidós, 2005.

YUDOF, Mark. “When Government Speaks.- Politics, Law, And Government Expression In America.” California: University Of California Press, 1983.

ZAICHKOWSKY, J. L., “Measuring The Involvement Construct In Marketing”, 12 *Journal Of Consumer Research* 341, 1985;

ZAICHKOWSKY, J. L., “Conceptualizing Involvement”, 15 *Journal Of Advertising* 4, 1986.

ZAFFORE, Jorge. “Mass Media, Derecho Y Poder.-Ideología O Conocimiento.” Buenos Aires: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007.

ZAMBONINO PULITO, Maria (Dir) Y ABOULAS, Hamid (Coord). “Descentralización En Sectores De La Acción Administrativa.-Derecho Español Y Marroquí.” Barcelona: Iustel, 2010.

ZHANG, Y., & BUDA, R., “Moderating Effects Of Need For Cognition On Responses To Positively Versus Negatively Framed Advertising Messages”, 1 *Journal Of Advertising* 11, 1999.

### **Principal jurisprudencia citada en el estudio:**

#### **TRIBUNAL SUPREMO DE LOS EEUU – ORDEN CRONOLÓGICO:**

MCLEAN V FLEMING, 96 US 245 (1877).

ABRAMS ET AL V UNITED STATES 250 US 616 (1919).

ROUSS V WINCHESTER CO., 300 FED. 706 (C. C. A. 2D, 1924).

NLRB V JONES & LAUGHLIN STEEL CORPORATION, 301 US 1 (1937).

ASSOCIATED PRESS V NLRB, 301 US 105 (1937).

SCHNEIDER V STATE OF NEW JERSEY, TOWN OF IRVINGTON, 308 US 147 (1939).

CANTWELL V CONNECTICUT 310 US 296 (1940).

THORNHILL V ALABAMA, 301 US 88 (1940).

AFL V SWING, 312 US 321 (1941).

NLRB V VIRGINIA ELECTRIC & POWER CO, 314 US 469 (1941).

VALENTINE V CHRESTENSEN 316 US 52, 54 (1942).

CHAPLINSKY V NEW HAMPSHIRE, 315 U.S. 568 (1942).

MURDOCK V PENNSYLVANIA 319 US 105 (1943).

JAMISON V TEXAS 318 US 413 (1943).

MARTIN V CITY OF STRUHERS, 319 US 141 (1943)

THOMAS V COLLINS, 323 US 516, 531 (1945).

BREARD V CITY OF ALEXANDRIA, 341 US 622 (1951).

JOSEPH BURSTYN INC. V WILSON 343 US 495 (1952).

SMITH V CALIFORNIA 361 US 147 (1959).

NAACP V BUTON 371 US 415 (1963)

NEW YORK TIMES CO. V. SULLIVAN, 376 U.S. 254 (1964).

LAMONT V POSTMASTER GENERAL OF THE UNITED STATES 381 US 301 (1965).

GINZBURG V. UNITED STATES, 383 U.S. 463, 474 (1966).

PRESS COMPANY V PITTSBURGH COMMISSION ON HUMAN RELATIONS ET AL 413 US 376 (1973).

PITTSBURGH PRESS CO. V. HUMAN RELATIONS COMM'N, 413 U.S. 385 (1973).

ASSOCIATED STUDENTS FOR UNIV. OF CAL. AT RIVERSIDE V. ATTORNEY GENERAL, [463 U.S. 60, 67] 368 F. SUPP. 11, 24 (CD CAL. 1973).

BIGELOW V VIRGINIA 421 US 818 (1975).

VIRGINIA STATE BOARD OF PHARMACY ET AL V VIRGINIA CITIZENS CONSUMER COUNCIL INC ET AL, 425 US 748 (1976).

BUCKLEY V VALEO 424 US 1 (1976).

BATES V STATE BAR OF ARIZONA, 433 US 350, 363 (1977).

LINMARK ASSOCIATES INC. V TOWNSHIP OF WILLINGBORO, 431 US 85 (1977).

OHLARIK V OHIO STATE BAR ASSOCIATION, 436 US 447, 462 (1978).

FRIEDMAN ET AL V ROGERS ET AL, 440 US 1, 12 (1978).

CENTRAL HUDSON GAS & ELECTRIC CORPORATION V PUBLIC SERVICE COMMISSION OF NEW YORK 447 US 557 (1980).

BOLGER V. YOUNGS DRUG PRODUCTS CORP., 463 U.S. 60 (1983).

POSADA DE PUERTO RICO ASSOCIATES V TOURISM COMPANY OF PUERTO RICO, 478 US 328 (1986).

BOARD OF TRUSTEES V FOX 492 US 469 (1989).

CITY OF CINCINNATI V DISCOVERY NETWORK, INC. 507 US 410, (1993) .

EDENFIELD V. FANE 507 U.S. 761, 765 (1993).

CINCINNATI V. DISCOVERY NETWORK, INC. 507 U.S. 410, 419 (1993).

UNITED STATES V EDGE BROADCASTING CO., 509 US 418 (1993).

RUBIN V COORS BREWING CO. 514 US 476 (1995).

44 LIQUORMART, INC. V RHODE ISLAND, 517 US 484 (1996).

GREATER NEW ORLEANS BROADCASTING ASSOCIATION V UNITED STATES, 527 US 173 (1999).

LORILLARD TOBACCO, CO., V REILLY, 533 US 525 (2001).

KASKY V. NIKE, IN. 45P.3D 243 (CAL.2002).

THOMSON V WESTERN STATE MEDICAL CENTER 535 US 357 (2002).

NIKE, INC., ET AL. V. KASKY, 539 U.S. 654 (2003).

**TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – ORDEN CRONOLÓGICO:**

THE SUNDAY TIMES V REINO UNIDO, 6538/74 [1979] TEDH 1 (26 DE ABRIL DE 1979)).

IGLESIA DE LA CIENCIOLÓGÍA C REINO DE SUECIA, SOLICITUD Nº 7805/77. DECISIÓN DE FECHA 5 DE MAYO DE 1979

BARTHOLD V ALEMANIA, 8734/79 [1985] TEDH 3 (25 DE MARZO DE 1985) §18.

MARKT INTERNVERLAG GMBH & KLAUS BEERMANN V ALEMANIA, 10572/83 [1989] TEDH 21 (20 DE NOVIEMBRE DE 1989)

COLMAN V REINO UNIDO, 16632/90 [1993] TEDH 30 (28 DE JUNIO DE 1993),

CASADO COCA C. ESPAÑA, 14450/89 [1994] TEDH 8 (24 DE FEBRERO DE 1994)

JACUBOWSKI V ALEMANIA, 15088/89 [1994] TEDH 21 (23 DE JUNIO DE 1994)

LEHIDEUX E ISORNI C. FRANCIA, 55/1997/839/1045 [1998] TEDH

HERTEL V SUIZA, 25181/94 [1998] TEDH 77 (25 DE AGOSTO DE 1998)

VGT VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN V SUIZA (NO. 1), 24699/94 [2001] TEDH 412 (28 DE JUNIO DE 2001)

STAMBUK V ALEMANIA, 37928/97 [2002] TEDH 679 (17 DE OCTUBRE DE 2002)

STEEL & MORRIS V REINO UNIDO, 68416/01 [2005] TEDH 103 (15 DE FEBRERO DE 2005)

VGT VEREIN GEGEN TIERFABRIKEN V SUIZA (NO. 2), 32772/02 [2009] TEDH (30 DE JUNIO DE 2009).

KRONE VERLAG GMBH & CO.KG V AUSTRIA, 39069/97 [2003] TEDH 683 (11 DE DICIEMBRE DE 2003)

### **TRIBUNALES DE ESPAÑA – ORDEN CRONOLÓGICO:**

STC 19/1982, DE 5 DE MAYO

STC 30/1982, DE 28 DE JUNIO

STC 6/1988, 21 DE ENERO

STC 105/1990, DE 6 DE JUNIO

STC 14/1992, DE 10 DE FEBRERO

STC 286/1993, DE 4 DE OCTUBRE

STC 51/1997, DEL 11 DE MARZO

STC 5/2002, DE 14 DE ENERO

ATC 241/2003 DE LA SALA SEGUNDA, SECCIÓN 3º, DEL 14 DE JULIO,

STC 62/2007, DE 27 DE MARZO.

STC 139/2007, DE 4 DE JUNIO

STC 160/2007, DE 2 DE JULIO

STS 860/2009, DEL 15 DE ENERO