

# PUBLICIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESION EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

JOSE LUIS GARCIA GUERRERO  
Profesor Titular de Derecho Constitucional  
en la Facultad de Derecho de Albacete  
Universidad de Castilla-La Mancha

*A mi sobrino Mario, en el  
día de su nacimiento (11-10-96)*

**SUMARIO:** I. EL CONCEPTO DE PUBLICIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL. 1. Su interrelación con la propaganda y su significado gramatical. 2. Definiciones ensayadas en el campo económico. 3. Las insuficiencias del concepto legal. 4. El concepto de publicidad propuesto. II. LA LIBERTAD DE COMUNICACION. 1. Teorías sobre la libertad de expresión: A) La teoría de la verdad de Stuart Mill. Crítica. B) El libre desarrollo de la personalidad requiere la libertad de comunicación. Crítica. C) La participación de los ciudadanos en la democracia necesita de la libertad de comunicación. Crítica. 2. La libertad de comunicación como derecho libertad o garantía institucional. 3. Tesis propia. A) La publicidad como manifestación del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz.

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

El término publicidad no tiene un sentido unívoco, ni en el orden social, ni en el jurídico. Con objeto de alcanzar un concepto se examinará su interrelación con la propaganda y sus significaciones gramaticales; para, posteriormente, analizar su sentido económico, las insuficiencias del concepto legal, y proponer una nueva definición.

### 1. Su interrelación con la propaganda y su significado gramatical

A mi juicio, la publicidad es una especie del género de la propaganda (1). Ambos términos pretenden difundir masivamente información y lograr que el concreto ámbito material sobre el que ésta versa reciba adhesiones. En numerosas ocasiones persiguen también incitaciones a la acción. Podría así hablarse de propaganda política, social, filosófica, religiosa o, incluso, comercial, dependiendo del ámbito material en el que se opera. No obstante, se observa que mientras la propaganda se asocia con todos estos ámbitos, la publicidad se vincula al campo comercial (2). Esto quizá podría explicarse por su empleo masivo, y por la utilización de técnicas y sujetos especializados (agencias publicitarias); lo que determina un progresivo alejamiento del mensaje comercial respecto a los restantes (3).

Esta explicación puede ponerse en duda si se observa que cada vez con mayor frecuencia se habla de publicidad política. La propia Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) emplea las expresiones propaganda y publicidad (entre otros, los arts. 58 y 60.1) como sinónimas, si bien parece reservarse la primera para actuaciones en que intervienen organismos o entes de Derecho público, y la segunda para designar las relaciones entre las candidaturas y los medios de difusión de carácter privado, especialmente en lo que a la contratación se refiere, según señala SANTAELLA (4). Esta situación se explica, en mi opinión, porque la política ha observado la alta efectividad del mensaje publicitario y, ante ello, utiliza estas técnicas (5) junto a sus tradicionales formas propagandísticas (6).

(1) PINO ABAD, Manuel, *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la ley de publicidad de 1988*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1991, p. 25, se muestra más interesado en diferenciar ambos conceptos.

(2) DE LA CUESTA RUTE, José María y DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "Tratamiento jurídico en España de la comunicación publicitaria ilícita", *La Ley*, 1981, p. 895, parecen manifestarse en este sentido.

(3) DE LA CUESTA RUTE, José María y DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "Tratamiento jurídico...", ob. cit., pp. 894 y 895, destacan cómo los mensajes publicitarios utilizan técnicas y sujetos especializados frente a las demás formas de comunicación.

(4) SANTAELLA LOPEZ, Manuel, *El nuevo derecho de la publicidad*, Civitas, Madrid, 1992, p. 62.

(5) DE LA CUESTA RUTE, José María y DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "Tratamiento jurídico...", ob. cit., p. 895, ponen de relieve cómo cada vez es más frecuente que los mensajes de propaganda política o social empleen las formas típicas de la publicidad.

(6) Véase DESANTES GUANTER, J. M.<sup>a</sup>, "Los conceptos de propaganda, publicidad y relaciones públicas", en *Inauguración del Instituto de Comunicación Social*, Madrid, 1979, pp. 13-33.

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* parece confirmar los extremos anteriores, al conceptuar la propaganda como "Acción o efecto de dar a conocer una cosa con el fin de atraer adeptos o compradores" (7). En la definición se encuentra un elemento informativo, "Acción o efecto de dar a conocer una cosa" y un elemento persuasivo (atraer) con dos finalidades alternativas: la atracción de adeptos (ámbito político, social, filosófico o religioso) o compradores (ámbito comercial). Como se puede observar los dos últimos ámbitos constituyen el elemento material, luego podría decirse que las distintas finalidades de la propaganda configuran diversas especies dentro de un mismo género.

Si se sigue consultando el diccionario, éste puede inducir a confusión, pues, en su segundo significado (8), define la publicidad como "Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos". Se trata de una concepción centrada en el elemento informativo, sin embargo, el tercer significado deshace cualquier equívoco: "Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.". En la definición se encuentran cuatro elementos: el informativo (divulgación de noticias o anuncios), el material (de carácter comercial), el persuasivo (atraer), y el teleológico marcado por la finalidad de mercado (posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.). La correspondencia entre ambos conceptos es evidente, gramaticalmente la publicidad es una especie del género de la propaganda, cualificada por su ámbito material y por su finalidad.

## 2. Definiciones ensayadas en el campo económico

El *marketing* es el principal instrumento para la proyección externa de la empresas, y dentro del mismo la publicidad su arma más valiosa. Dentro de este campo científico tampoco hay un concepto unívoco, aunque sí es posible individualizar unos elementos comunes a la mayor parte de las definiciones; que, como se podrá observar, no difieren en gran medida de los resultados obtenidos hasta el momento y de los que se alcanzarán al estudiar la definición legal.

La distinción entre propaganda y publicidad tampoco está muy

---

(7) *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 20 edición, 1984.

(8) El primero es "Calidad o estado de público".

clara dentro del *marketing*. Algún autor llega a agrupar ambos conceptos: "La publicidad es la actividad a través de la cual llegan los mensajes al público con el fin de influirlo, instruirlo y orientarlo en la compra de bienes y servicios o en la preferencia de pensamientos, instituciones o personas" (9).

Otros no descartan la relación de género-especie: "La publicidad es un mensaje pagado por un patrocinador identificado, que se transmite por algún medio de comunicación de masas. La publicidad es comunicación persuasiva. No es neutral; no es imparcial; dice esto: voy a intentar venderle a usted un producto o una idea. En muchos aspectos, es el tipo más honesto y franco de propaganda" (10).

Por último, hay quien al tratar de diferenciar la propaganda de la publicidad por la finalidad perseguida reconoce implícitamente las distintas especies de la propaganda. Así, MARTIN ARMARIO, tras reconocer que la mayor parte de las definiciones tiene un punto en común: concebir la publicidad como un proceso de comunicación con una finalidad comercial (11); señala que aquélla "tiene una finalidad claramente comercial, pues pretende no sólo informar, sino también persuadir para influir en la decisión de compra del público sobre ciertos productos y servicios. Esta finalidad permite diferenciar la publicidad de la propaganda, ya que esta última está orientada por fines sociales, políticos, religiosos, etc., pero nunca comerciales" (12).

Si se prescinde de la interrelación entre propaganda y publicidad, la definición más compartida dentro del *marketing* es la formulada por

---

(9) Esta definición de W. H. BORDEN se encuentra en MARTIN ARMARIO, Enrique, *Marketing*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 477.

(10) KLEPPNER'S, Otto, *Publicidad*, IX Ed., Prentice-Hall Hispanoamericana, Méjico, 1988, p. 24.

(11) Para J. Lendrevie "la publicidad es una comunicación voluntariamente puesta al servicio de la realización de un objetivo comercial". Córdoba y Torres entienden que la publicidad es "un conjunto de acciones que pretende informar o persuadir al consumidor, a través de los medios de comunicación, de algo relativo a los productos comerciales que se anuncian". Según R. Leduc "la publicidad es un conjunto de medios destinados a informar al público y a convencerle de que adquiera un producto o servicio". En opinión de Glasser "la publicidad consiste en la utilización de medios de comunicación de masas para informar, persuadir y facilitar la venta". Todas estas definiciones han sido recopiladas por MARTIN ARMARIO, Enrique, *Marketing*, ob. cit., p. 477.

(12) MARTIN ARMARIO, Enrique, *Marketing*, ob. cit., pp. 477-478, utiliza en su definición un criterio de generalidad para poder abarcar así todas las variedades existentes: "La publicidad es una subpolítica de *marketing* que supone un proceso de comunicación entre la empresa y su mercado de tal forma que, utilizando distintos medios, se hace llegar al público considerado mensajes sobre productos, servicios o ideas con el objeto de influir en su compra o aceptación."

los profesores VAZQUEZ y TRESPALACIOS (13): "Proceso de comunicación de carácter impersonal, remunerado y controlado que, a través de medios masivos, pretende dar a conocer un producto o servicio con objeto de informar o de influir en su compra o aceptación" (14).

En todas estas definiciones, al igual que sucedía con las gramaticales, se pueden encontrar toda una serie de elementos comunes: el informativo, el ámbito material comercial, el persuasivo y la finalidad de venta. Aunque también se introducen algunos nuevos. Se precisa que la información se incardina en un proceso de comunicación, que para algunos debe ser de masas, y se considera que el mensaje debe ser remunerado y controlado por el emisor. Posteriormente, se analizarán estos elementos.

### 3. Las insuficiencias del concepto legal

La primera norma legal que introdujo en nuestro ordenamiento un concepto jurídico positivo de publicidad fue la Ley 61/1964, de 11 de junio, denominada también Estatuto de la Publicidad, que en su artículo 2 establecía: "... 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".

Tras la entrada de España en la Comunidad Económica Europea resultó de aplicación la Directiva 84/450/CEE, que en su artículo 2 conceptúa a la publicidad como "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".

---

(13) VAZQUEZ CASIELLES, Rodolfo y TRESPALACIOS GUTIERREZ, Juan A., *Marketing: Estrategias y aplicaciones sectoriales*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 399-400.

(14) ORTEGA MARTINEZ, E., *La dirección de marketing*, Ed. ESIC, 1987, p. 465, considera que "la publicidad es un proceso de comunicación que, a través de diferentes medios, pretende dar a conocer un producto, servicio o idea, con objeto de influir en su compra o aceptación".

SANTESMASES MESTRE, Miguel, *Marketing, conceptos y estrategias*, Pirámide, 1992, p. 573, señala que "la publicidad es toda transmisión de información impersonal y remunerada, efectuada a través de un medio de comunicación, dirigida a un público objetivo, en la que se identifica el emisor, con una finalidad determinada, que, de forma inmediata o no, trata de estimular la demanda de un producto o de cambiar la opinión o el comportamiento del consumidor".

Posteriormente, se aprueba la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP) (15), que sigue muy de cerca a la Directiva, al definir en su artículo 3 a la publicidad como "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".

La formulación del concepto debe criticarse, pese a contener sustancialmente los elementos que individualizábamos en las definiciones gramaticales y económicas: informativo (comunicación), ámbito material comercial (actividad comercial, industrial, artesanal o profesional), persuasivo (promover), finalidad de mercado o de venta (la contratación).

El elemento informativo es ignorado. Se sustituye por la comunicación en general. Con ello se logra, en un determinado sentido, un concepto más amplio, que comprende no sólo los mensajes escritos y orales, sino también las imágenes y los sonidos (16). Por contra, en otro sentido se restringe el concepto. Dado que hay unanimidad, tanto en la doctrina del *marketing* (17) como en la mercantil (18), en que las comunicaciones publicitarias contienen un elemento persuasivo y otro informativo (19). El primero se mantiene (promover) aunque con

(15) BOE, núm. 274, de 15 de noviembre de 1988.

(16) PINO ABAD, Manuel, *La disciplina jurídica...*, ob. cit., p. 27.

(17) Véase MARTIN ARMARIO, Enrique, *Marketing*, ob. cit., pp. 477-478, su concepto y las numerosas definiciones que recopila; VAZQUEZ CASIELLES, Rodolfo y TRESPALACIOS GUTIERREZ, Juan A., *Marketing...*, ob. cit., pp. 399-400; ORTEGA MARTINEZ, E., *La dirección de marketing*, ob. cit., p. 465; y SANTESMASES MESTRE, Miguel, *Marketing...*, ob. cit., p. 573, entre otros.

(18) ACOSTA ESTEVEZ, José B., *Perfiles de la ley general de publicidad*, Barcelona, 1990, pp. 27 y 30; PINO ABAD, Manuel, *La disciplina jurídica...*, ob. cit., p. 27; y FONT GALAN, J. I., "El tratamiento jurídico de la publicidad en la LGDCU", Curso sobre *El nuevo Derecho del consumidor*, INC, 1990, pp. 99-100, entre otros.

(19) DE LA CUESTA RUTE, José María y DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "Tratamiento jurídico en España...", ob. cit., p. 894, señalan: "... la publicidad siempre es o constituye información. Está fuera de lugar, por consiguiente, contraponer publicidad e información. Lo que sucede es que el mensaje se dirige al entendimiento pero para mover la voluntad en un determinado sentido, lo que implica una intencionalidad suasoria que hace de la publicidad un mensaje de información persuasiva".

Por su parte, LEMA DEVESA, Carlos y GOMEZ MONTORO, Jesús, "La regulación jurídica de la publicidad farmacéutica", *La Ley*, vol. III, 1990, p. 983, consideran que "... la publicidad posee un doble aspecto. A saber, un aspecto informativo, por el cual se informa al consumidor de las cualidades o características de ese producto, y un aspecto persuasivo, a través del cual se le induce a comprar y consumir el producto".

menos nitidez de la deseable. El segundo se suprime. Que se elimine la función informativa no sólo supone ignorar la realidad, sino que implica graves consecuencias. Se dificulta que la información limite las dosis de persuasividad de los actos publicitarios, y la fijación de reglas jurídicas que impongan unos contenidos informativos mínimos (20). Este error no es cometido por el art. 13.2 de la LGDCU de 1984, donde se exige:

“Los Reglamentos de etiquetado, presentación y publicidad de los productos o servicios habrán de atender a las exigencias concretas para garantizar siempre el derecho de los consumidores y usuarios a una información cierta, eficaz, veraz y objetiva.” En el mismo sentido, se mueven las diferentes normas jurídicas autonómicas sobre protección de los consumidores (21).

Junto a los elementos clásicos la definición introduce el personal. Considerar que la comunicación puede realizarse por cualquier persona física o jurídica, pública o privada, no parece desacertado; probablemente, hubiera bastado decir “cualquier persona”, pero la especificación no es criticable. En cambio, sí lo es que el sujeto deba estar realizando una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Con ello se veta que los particulares puedan ser considerados sujetos de la actividad publicitaria (22). En realidad, la ley está confundiendo ejercicio frecuente con titularidad. Nada impide que cualquier persona emita mensajes publicitarios para incrementar una actividad económica que realiza de forma ocasional. La exclusión es totalmente injustificada (23).

El ámbito material está perfectamente delimitado en mi opinión. El concepto toma literalmente éste de la Directiva comunitaria sobre

(20) En este sentido, PINO ABAD, Manuel, *La disciplina jurídica...*, ob. cit., p. 27; y FONT GALAN, J. I., “El tratamiento jurídico de la publicidad en la LGDCU”, Curso sobre *El nuevo Derecho...*, ob. cit., pp. 99-100.

(21) Tratan de asegurar el derecho de los mismos a que la publicidad les proporcione una información veraz y suficiente para garantizar su derecho a la libre elección de los productos y servicios ofertados en el mercado. Véase art. 19 del Estatuto del Consumidor del País Vasco, aprobado por la Ley 10/1981, de 18 de noviembre; art. 23 del Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario, aprobado por la Ley 12/1984, de 28 de diciembre; art. 13 b) del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, aprobado por la Ley 5/1985, de 8 de julio; art. 12 b) del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Valenciana, aprobado por la Ley 2/1987, de 9 de abril.

(22) El Proyecto de LGP, aprobado por el Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 1987, consideraba que podían ser anunciantes los particulares y no sólo aquellas personas que realizaran una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

(23) En este sentido, PINO ABAD, Manuel, *La disciplina jurídica...*, ob. cit., pp. 27-28, que pone de relieve la contradicción que ello implica respecto al art. 3 de la Ley de

publicidad engañosa: "Actividad comercial, industrial, artesanal o profesional". Se trata de una definición estricta, que se centra exclusivamente en el ámbito económico-mercantil (24). Hay, por tanto, una clara conexión con el mercado (25).

En la misma posición parecen moverse CUESTA RUTE y OLIVA SANTOS, cuando señalan: "... la publicidad es un mensaje referido al sector de la realidad de signo económico en el que los intereses son susceptibles de satisfacción a través de los contratos. Por lo mismo no estimamos acertado calificar la publicidad con ningún adjetivo, como el de comercial, por ejemplo. Este adjetivo o es redundante si al término comercial le damos un omnicomprendivo sentido capaz de englobar todo el sector del tráfico económico-jurídico o es perturbador y reduccionista si al término comercial lo confinamos en los límites en que en sí le corresponden" (26).

En otro orden, la cita parece demostrar lo que se señalaba al principio de este trabajo (27). La propaganda es un género con diversas especies. Puede hablarse de propaganda comercial, dando a este último término un sentido amplio, o mejor aún de publicidad a secas.

Si se retorna al ámbito material, pero en directa relación con el párrafo anterior, resulta evidente que la materia política no puede incluirse en la esfera de la publicidad, se trata de una especie de propaganda diferente. Por tanto, se entiende que el empleo indistinto de ambos términos por la LOREG es un error que se explica por las razones que se expusieron al principio de este trabajo (28).

---

Competencia Desleal. Véase también DE LA CUESTA RUTE, José María, "Observaciones sobre la Ley General de Publicidad, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1989, pp. 918-923.

(24) Según afirma ACOSTA ESTEVEZ, José B., "En torno al nuevo derecho de la publicidad: Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, *Revista General del Derecho*, 540, 1989, p. 5338, quien critica esta delimitación. También parecen estar en contra, DE LA CUESTA RUTE, José María, "Observaciones sobre la Ley General de Publicidad", ob. cit., pp. 918-923; y SANTAELLA LOPEZ, Manuel, *El nuevo derecho...*, ob. cit., pp. 49 y ss., pues este autor considera que las limitaciones a la publicidad pretenden proteger al consumidor, por ello trata de extraer un concepto lo más amplio posible.

(25) DE LA CUESTA RUTE, José María, "Observaciones sobre...", ob. cit., pp. 918-923, considera que la vinculación del ejercicio publicitario a una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional proviene de la directiva comunitaria y con ello se origina una implícita cualificación del anunciante como agente económico que opera en el mercado.

(26) DE LA CUESTA RUTE, José María y DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, "Tratamiento jurídico en España...", ob. cit., pp. 894-895.

(27) Véase, *supra*, el apartado I.1.

(28) Véase, *supra*, el apartado I.1.

El inciso final del concepto, "con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones", contiene los dos últimos elementos.

El persuasivo no aparece remarcado, a mi juicio, con la suficiente claridad. Indudablemente, "promover" implica intentar dirigir la voluntad del destinatario del mensaje en un determinado sentido, pero hay fórmulas más afortunadas.

Más grave es la situación del último elemento, el finalista. Su redacción gramatical afecta a todo el concepto, provocando que el mismo no se corresponda con la realidad social y profesional de la publicidad.

La finalidad delineada no agota la materia, pues la propia LGP reconoce la posibilidad de que en el ámbito empresarial se desarrollen actividades de carácter publicitario que no tengan por objetivo promover la contratación. En efecto, el artículo 9.2 determina que lo dispuesto en su título III "será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2" (29).

La referencia a que la promoción de la contratación sea directa o indirecta no logra subsanar el problema anterior. No engloba los denominados mensajes institucionales de empresa, ni la función distintiva, ni la informativa (mensajes que explican para qué sirve un producto o cómo se utiliza, etc).

Por último, no parece necesario especificar que la contratación debe tener por objeto "bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones".

#### 4. El concepto de publicidad propuesto

Una vez analizadas las deficiencias del concepto legal de publicidad, parece obligado ofrecer uno nuevo, que sirva además para acotar el objeto de nuestro trabajo. Sin embargo, antes de afrontar esta labor resulta necesario referirse a dos actividades que suelen incluirse dentro de su ámbito: la publicidad institucional y la redaccional; y, en directa relación con esta última, examinar un nuevo elemento, el remunerativo, así como descartar algunos otros empleados por la doctrina.

---

(29) ACOSTA ESTEVEZ, José B., "En torno al nuevo derecho de la publicidad...", ob. cit., p. 5338. La misma crítica es formulada por SANTAELLA LOPEZ, Manuel, *El nuevo derecho...*, ob. cit., pp. 51 y 59.

La publicidad realizada por el conjunto de las Administraciones públicas recibe el nombre de "publicidad institucional". En Francia se habla de "publicidad del Estado" con referencia a la lotería nacional, la deuda pública y la relativa a diversas empresas nacionales. Esta publicidad es distribuida por el Ministerio de Hacienda o por el ministerio que tiene encomendada la tutela de la actividad.

Las distintas Administraciones públicas actúan también en España como anunciantes. Estas actividades reciben el nombre de propaganda o publicidad institucional. Su ámbito material y finalidad es de lo más variado. Pueden pretender la creación de imagen o propiciar un clima de confianza y simpatía entre las Administraciones y los ciudadanos. La publicidad turística es un buen ejemplo. Lo que se promociona es la imagen del país. La finalidad primordial es la atracción de turistas. No obstante, el beneficiario último no es el sector turístico, ni siquiera la economía nacional, sino la imagen nacional e internacional del país. También pueden pretender los más variados tipos de incitación a la acción: emitir el sufragio en las elecciones, cumplir los deberes fiscales, mantener limpia la ciudad, ser bien educados, conducir prudentemente, etc. (30).

Como se puede observar, ni el ámbito material, ni la finalidad se corresponden con lo que se ha denominado publicidad. Se está de nuevo en presencia de una especie del género, por lo que parece más correcto hablar de "propaganda institucional".

Entre los elementos que se deben incluir en el concepto legal hay uno considerado por la doctrina del marketing (31), y la mercantil (32), que todavía no ha merecido ser estudiado y que tiene gran importancia al entrar en relación con la publicidad redaccional: la necesidad de que el mensaje sea remunerado.

Por publicidad redaccional se entiende aquella actividad que reúne los elementos característicos del mensaje publicitario, pero que al ser emitida se reviste de las formas propias de la información periodística

---

(30) SANTAELLA LOPEZ, Manuel, *El nuevo derecho...*, ob. cit., pp. 64-66 y 69. Véase a este autor, al que seguimos de cerca, en relación con la propaganda institucional. En su opinión, ésta se sitúa en una zona fronteriza entre la comunicación puramente publicitaria y la información general.

(31) KLEPPNER'S, Otto, *Publicidad*, ob. cit., p. 24; VAZQUEZ CASIELLES, Rodolfo y TRESPALACIOS GUTIERREZ, Juan A., *Marketing...*, ob. cit., pp. 399-400; y SANTESMASES MESTRE, Miguel, *Marketing...*, ob. cit., p. 573.

(32) ACOSTA ESTEVEZ, José B., *Perfiles de la ley...*, ob. cit., pp. 27 y 30; HERREROS ARCONADA, M., *Teoría y técnica de la propaganda electoral (formas publicitarias)*, Barcelona, 1989, pp. 80-81; y SANTAELLA LOPEZ, Manuel, *El nuevo derecho...*, ob. cit., 1992, p. 70.

y, por tanto, no es remunerada. A mi juicio, el concepto legal de publicidad debe incluir este último elemento (la remuneración), para lograr así excluir de su ámbito a la publicidad redaccional.

En este caso, no se trata de una especie de la propaganda, sino de una actividad prohibida. Para los profesionales del periodismo por el artículo 10 del Decreto 1408/1964, de 6 de mayo, que aprobó el Estatuto de la Profesión Periodística, y para los de radio y televisión por el artículo 16 del Real Decreto 559/1975, de 20 de marzo (33).

La prohibición creo que encuentra apoyo constitucional en la exigencia de veracidad que se impone a la información. El profesional no debe enmascarar la finalidad que persigue su mensaje. Por ello, el artículo 11 de la LGP establece: "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" (34).

Finalmente, es necesario precisar que el elemento remunerativo no resulta desvirtuado cuando el emisor, en lugar de pagar a un medio de información para que incluya el mensaje, sea titular de uno creado a propósito para emitir sólo publicidad.

Antes de afrontar el concepto señalaba que sería conveniente descartar algunos otros elementos empleados por la doctrina. Numerosos autores consideran necesario que la comunicación sea de masas (35), esto es efectivamente lo más frecuente, pero también existe publicidad individualizada. Otros, hablan de emisor identificado (36), lo que sucede igualmente en muchos campos de la comunicación. Con lo que no se contribuye a precisar en demasía; por no hablar de la últimas técnicas publicitarias, que llaman la atención por no identificar no sólo

(33) Sobre la publicidad redaccional véase SANTAELLA LOPEZ, Manuel, *El nuevo derecho...*, ob. cit., pp. 65-66, quien considera que esta actividad se sitúa también en una zona fronteriza entre la comunicación puramente publicitaria y la información general.

(34) SANTAELLA LOPEZ, Manuel, *El nuevo derecho...*, ob. cit., pp. 71, emplea este artículo de la ley como un elemento que permite identificar a la publicidad: reúne esta naturaleza "toda comunicación difundida por medios exclusivamente publicitarios y por los medios de información que no integre el contenido propio de la función informativa". Si se trata de un medio que emite sólo publicidad no hay problema, si se trata de uno de información general, él mismo está obligado a deslindar el mensaje publicitario.

(35) VAZQUEZ CASIELLES, Rodolfo y TRESPALACIOS GUTIERREZ, Juan A., *Marketing...*, ob. cit., pp. 399-400; y la definición de GLASSER en el libro de MARTIN ARMARIO, Enrique, *Marketing*, ob. cit., p. 477.

(36) HERREROS ARCONADA, M., *Teoría y técnica de la propaganda...*, ob. cit., pp. 80-81; y SANTESMASES MESTRE, Miguel, *Marketing...*, ob. cit., p. 573.

al anunciante, sino, incluso, en un primer momento, al producto (37). Por último, otros reclaman que en la publicidad no debe haber una intervención directa del vendedor, lo que constituye una exclusión del sujeto a la que no encuentro justificación (38).

Una vez alcanzado este punto ya se está en condiciones de aportar un concepto legal de publicidad: toda forma de comunicación remunerada, informativa y/o persuasiva, realizada por cualquier persona con objeto de favorecer directa o indirectamente su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

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

## II. LA LIBERTAD DE COMUNICACION

El estudio del concepto de publicidad ha permitido incluir a la misma dentro del derecho a la comunicación, concretamente, como una especie del género de la propaganda. En consecuencia, parece que se está ante una actividad amparada por el artículo 20 del texto constitucional.

El análisis de los elementos del concepto ponen en cuestión, sin embargo, la conclusión anterior. El remunerativo y el personal aparecen como neutrales en esta indagación. El ámbito material y la finalidad se emplean como ariete contra la tesis que incluye a la publicidad en la esfera de la libertad de comunicación; por contra, los elementos informativo y persuasivo la refrendan.

Se comenzará por los elementos que niegan la tesis examinada en este apartado, esto es, ¿qué razones permiten excluir de la protección de la libertad de expresión, entendida en sentido amplio, a las comuni-

---

(37) KLEPPNER'S, Otto, *Publicidad*, ob. cit., p. 24, incluye los dos primeros elementos que aquí se rechazan.

(38) ACÓSTA ESTEVEZ, José B., *Perfiles de la ley general...*, ob. cit., pp. 27 y 30, engloba en su definición los tres elementos que se rechazan: "La publicidad es una técnica de comunicación, pagada y con el emisor identificado, cuyos objetivos consisten en llegar a una multitud de personas con informaciones sobre determinados productos o servicios para inducirlos a la compra o a su utilización, sin intervención directa del vendedor."

caciones que persiguen favorecer las actividades de naturaleza comercial, industrial, artesanal o profesional?

Para un importante sector doctrinal el ámbito material y la finalidad de la publicidad están excluidos del objeto de la libertad de comunicación que se limita a actividades políticas, sociales, culturales o filosóficas. Esta restricción del objeto, como otras importantes cuestiones del régimen de un derecho, está en directa relación con la teoría que cada uno adopte para justificar la libertad de expresión. El problema es que esta cuestión dista de ser pacífica y está sometida a una amplia controversia doctrinal. Por lo tanto, se deben reseñar sintéticamente las principales teorías (39) y remarcar sus consecuencias respecto al objeto.

### 1. Teorías sobre la libertad de expresión

#### A) La teoría de la verdad de Stuart Mill. Crítica

La tesis que ha justificado más prolongadamente la existencia de la libertad de comunicación afirma que sólo el debate libre permite el descubrimiento de la verdad. El argumento se asocia a STUART MILL (40), aunque ya había sido perfilado dos siglos antes por MILTON (41). Las versiones son numerosas, pero todas descansan en el

(39) Véase BARENDT, Eric, *Freedom of Speech*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 8-23; y TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, 2.<sup>a</sup> ed., The Foundation Press, Nueva York, 1988, pp. 785-789. En España, sobre esta cuestión en particular y sobre la libertad de expresión en general, véase SALVADOR CODERCH, Pablo, *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 26 y ss.

(40) STUART MILL, *On Liberty*, Cambridge, 1989, pp. 53-54, considera que hay cuatro razones fundamentales que justifican la libertad de expresión: "Primera, si se acalla una opinión, es posible que pueda ser cierta, si negamos que pudiera ser cierta estaríamos afirmando nuestra propia infalibilidad. Segunda, aunque sea una opinión errónea puede contener una porción de verdad [...] es muy raro que la opinión general o mayoritaria comprenda toda la verdad, es posible que una opinión minoritaria tenga algo de verdad. Tercera, si la opinión que se acepta no sólo es cierta sino que contiene toda la verdad, si no se permite que sea atacada vigorosamente aunque contenga toda la verdad, la mayoría de los que la reciben lo hará como un prejuicio, sin comprender o sentir su fundamento racional. Y, por fin, cuarta, si se acepta como un dogma se convertirá en una forma incapaz de cualquier bien, pero que estorbará e impedirá el desarrollo de cualquier convicción verdadera..." La cita ha sido tomada de PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, "Crisis del discurso clásico sobre la libertad de expresión", en el trabajo, *El derecho a la información: teoría y práctica*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1995, pp. 79-80.

(41) La preocupación fundamental de este autor, expresada en su obra *Aeropagética: A speech for the Liberty of Unlicensed Printing*, Everyman, 1958, es defender la liber-

presupuesto que se acaba de exponer (42). Se insiste en que la verdad es relativa y sólo puede ser determinada mediante una libre competencia de ideas y opiniones; en este contexto el Estado no debe intervenir. En cualquier circunstancia, el mejor remedio contra un discurso diabólico será más o mejores discursos.

STUART MILL considera que la teoría de la verdad es más aplicable a la materia política, moral o social que a las matemáticas o las proposiciones científicas; la publicidad y la pornografía son categorías de expresión que no parecían estar en la mente del autor cuando elaboró su teoría sobre la verdad, según BARENDT, pero tampoco se excluyen (43).

La crítica a su teoría es conocida. Afirmar que la publicación de cualquier posible verdad no puede ser prohibida porque es un bien del más alto interés público, no puede hacer olvidar que pueden existir otros bienes, como la privacidad, cuya protección se considere necesaria. Cuando está comprobado que los ricos tienen un acceso más fácil a los grandes medios de comunicación que los pobres, cómo se puede estar seguro que el libre debate genera la verdad. Es también evidente que la teoría de STUART MILL es inaplicable a todas aquellas expresiones donde es absurdo buscar cualquier elemento de verdad, o a proposiciones evidentemente falsas. Por no hablar de las dificultades para explicar desde esta teoría las restricciones impuestas en la mayoría de los países a los secretos gubernamentales o a la información comercial confidencial (44).

#### B) El libre desarrollo de la personalidad requiere la libertad de comunicación. Crítica

La segunda teoría concibe a la libertad de comunicación como un derecho individual de cada sujeto inseparable de su dignidad personal. Cualquier restricción a lo que se puede decir, escribir, escuchar o leer impide el libre desarrollo de la personalidad. La libertad de comu-

---

tad de expresión frente a la censura o cualquier tipo de restricción administrativa. No obstante, la fundamentación de fondo descansa en creer que la libre difusión del pensamiento es la forma más adecuada para alcanzar la verdad.

(42) SHAUER, Frederick, *Free Speech: A philosophical Enquiry*, Cambridge UP, 1982; y SMOLLA, Rodney, *Suing the Press*, Oxford UP, 1986.

(43) BARENDT, Eric, *Freedom of Speech...*, ob. cit., pp. 10-11.

(44) Véase, entre otras, la crítica de BAKER, Edwin C., "Scope of the First Amendment Freedom of Speech", *UCLA Law Review*, núm. 25, 1978, pp. 964 y ss.

nicación es un bien en sí mismo, intrínsecamente, por tanto no requiere de ninguna finalidad instrumental (45). Hay un derecho individual a la libre expresión aunque su ejercicio perjudique el desarrollo y bienestar de la sociedad (46).

Una consecuencia importante de esta teoría es que su objeto no se limita al discurso político, sino que se aplica a toda clase de expresiones que provean a la audiencia de información u opiniones, incluida la publicidad. Además, explica mejor que ninguna otra la interpretación que los tribunales han realizado sobre la libertad de expresión (47).

Justificar la libertad de comunicación acudiendo al libre desarrollo de la personalidad puede permitir anunciar bienes o servicios y tener un derecho a leer pornografía, pero esta última actividad puede estar en contra de la propia dignidad humana. Se señala que hay otras muchas actividades que contribuyen a la realización personal y no por ello gozan de un trato privilegiado (48). El argumento no explica tampoco la extensión de este derecho a las personas jurídicas, o su aplicación a la prensa u a otros medios de comunicación, ni la existencia de ciertas limitaciones.

### C) La participación de los ciudadanos en la democracia necesita de la libertad de comunicación. Crítica

El objetivo primario de la libertad de comunicación consiste en permitir a los ciudadanos participar en el funcionamiento del sistema democrático. No es un derecho público subjetivo, sino un principio constitutivo del sistema de gobierno. El modelo democrático exige que determinadas decisiones concernientes a los asuntos públicos se adopten por medio de sufragio universal, y éste requiere de unos ciudada-

---

(45) SCANLON, T., "A Theory of Freedom of Expression", *Philosophy of Law*, 1972, pp. 204 y ss.

(46) DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, 1977; REDISH, Martin, "The Value of Free Speech", *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 130, 1982, pp. 591 y ss., y posteriormente *Freedom of Expression: A Critical Analysis*, 1984; BAKER, Edwin C., "Scope of the First...", ob. cit.; y RICHARDS, David A.J., "Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment", *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 123, 1974, pp. 45 y ss.

(47) Véase BARENDT, Eric, *Freedom of Speech...*, ob. cit., p. 18.

(48) SHAUER, Frederick, *Free Speech...*, ob. cit.; y "Must Speech Be Special?", *Northwestern University Law Review*, núm. 78, 1983, pp. 1284 y ss.; y BORK, Robert. H., "Neutral Principles and some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal*, núm. 47, 1971, pp. 25 y ss.

nos informados para que sea correctamente emitido (49). Con estos presupuestos se comprenderá que se conforme como una libertad prácticamente absoluta, esto es, carente de límites.

Su fácil comprensión, frente a las dos tesis anteriores, la convierte en extraordinariamente atractiva. Permite fundamentar la libertad de comunicación en documentos constitucionales, en lugar de recurrir a teorizaciones filosóficas. Es la que goza de mayor predicamento en los países occidentales y la que más ha contribuido al desarrollo de la libertad de expresión durante el siglo XX.

Se critica que si el objetivo de la libertad de comunicación es sostener la democracia cómo se pueden admitir las restricciones existentes en esta materia en numerosos países. Además, no hay problemas para censurar la pornografía, la publicidad o las artes, pues sólo el discurso político está cubierto. Pero cómo se explican entonces los artículos de la Constitución alemana, de la Convención europea, o las resoluciones del Tribunal Supremo americano que protegen estos ámbitos.

Estas razones llevan a BARENDT a estimar que la teoría de la democracia es la más completa para explicar la protección de la libertad de comunicación, aunque no se pueden ignorar sus insuficiencias, por lo que se requiere no perder de vista a las otras dos (50).

La segunda teoría disfrutó de un mayor predicamento en la Europa continental, mientras la tercera encontró en Estados Unidos su mayor desarrollo (51). La primera, la búsqueda de la verdad, introduce

---

(49) MEIKLEJOHN, Alexander, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Harper & Brother, Nueva York, 1948; *Political Freedom*, Nueva York, Harper and Brother, 1960; y "The First Amendment is an Absolute", *The Supreme Court Review*, 1961, pp. 245 y ss., es su mayor abanderado; BORK, Robert H., "Neutral Principles...", ob. cit., pp. 1 y ss.; MORROW, Frank A., "Speech, Expression, and the Constitution", *Ethics*, núm. 85, 1975, pp. 235 y ss.; BEVIER, Lillian R., "The First Amendment and Political Speech: An Inquiry Into the Substance and Limits of Principle", *Stanford Law Review*, núm. 20, 1978, pp. 302 y ss.

En España SANCHEZ GONZALEZ, Santiago, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pp. 71-84.

(50) BARENDT, Eric, *Freedom of Speech...*, ob. cit., pp. 23 y 299.

Otros autores no jerarquizan las teorías y consideran que una concepción adecuada debe fundarse en todas ellas: TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law...*, ob. cit., p. 789; SHIFFRIN, Steven, "The First Amendment and Economic Regulation: Away from the general Theory of the First Amendment", *Northwestern University Law Review*, núm. 78, 1983, pp. 1212 y ss.; y EMERSON, Thomas I., *The System of Freedom of Expression*, Random House, Nueva York, 1970, pp. 6 y 7.

(51) DE CARRERAS, Francesc, "La libertad de expresión un derecho constitucional", *Anuario de 1990 sobre la libertad de expresión de la Universidad Autónoma de Barcelona*, coordinado por FREIXES SANJUAN, Teresa, PPU, 1991, p. 16. Véase TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Alianza Editorial, 1985.

progresivamente sus elementos en las dos anteriores (52). No obstante, en los últimos tiempos, en Europa, concretamente en España y Alemania, asistimos a un mayor protagonismo de la teoría democrática (53).

## 2. *La libertad de comunicación como derecho libertad o garantía institucional*

La cuestión que se plantea, primeramente en Alemania y posteriormente se traslada a España, es si la libertad de comunicación es un derecho libertad, límite o defensa —como los llama la doctrina alemana— y entonces se conceptúa como derecho público subjetivo. O si en atención a su imprescindibilidad para el sistema democrático se considera una garantía institucional (54) o, incluso, una libertad política (55).

La primera tesis vincula la libertad de comunicación con el principio de la dignidad de la persona, resalta su dimensión individual. Como ha escrito DWORKIN el derecho a la libertad de expresión deriva de la idea de la dignidad de la persona humana y su derecho a un trato que no desmerezca esa dignidad. Un hombre a quien se le impide o dificulta la comunicación libre es tratado indignamente y

---

(52) Aunque la participación de los ciudadanos en la democracia es la tesis predominante en EEUU, SHAUER, Frederick, *Free Speech...*, ob. cit., p. 15, destaca cómo la tesis del *marketplace of ideas*, variante de la teoría de la verdad, ha tenido una gran influencia en la formación de los fundamentos teóricos de la libertad de expresión en EEUU.

Véase, en este sentido, la opinión expresada por los jueces HOLMES J., en *Abrams v. United States*, 250 U.S., pp. 616 y 630 (1919); BRANDEIS J., en *Whitney v. California*, 274 U.S., pp. 357, 375-378 (1927); y FRANKFURTER J., en *Kovacs v. Cooper*, 336 U.S., pp. 77, 95-97 (1949). Consúltese también el trabajo de RABBAN, "The Emergence of Modern First Amendment Doctrine", *U. Chi. Law Review*, núm. 50, 1983, pp. 1205 y ss.

(53) BARENDT, Eric, *Freedom of Speech*, ob. cit., p. 20, realiza esta afirmación a propósito del país germánico.

(54) SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, 1991, pp. 73-113, resulta de imprescindible consulta para conocer el estado de la cuestión en Alemania. Analiza la garantía institucional y el derecho fundamental como posiciones jurídicas constitucionales; el enfoque institucional de los derechos fundamentales de HÄBERLE y la crítica realizada por SCHNEIDER; así como la aplicación de la visión institucional a los derechos a la libre comunicación, entre otras cuestiones.

(55) SANCHEZ GONZALEZ, Santiago, *La libertad de expresión*, ob. cit., pp. 115-116, llega a señalar, en mi opinión erróneamente: "La libertad de expresión es una libertad política, que significa la ausencia de impedimentos provenientes del Estado y otro poder político organizado que hagan imposible, disuadan u obstaculicen en algún modo la crítica del poder y de los gobernantes [...] es la libertad política por excelencia."

vejado en su auténtica condición como ser comunicativo y locuaz, condenándole al aislamiento social y al empobrecimiento espiritual (56).

La segunda tesis olvida la vertiente individual para centrarse en la institucional. La libertad de expresión es una garantía del sistema democrático, éste no puede funcionar sin ella. La opinión pública libre, sin la cual no puede haber democracia, no es fruto del ejercicio individual de un derecho, sino que es una auténtica garantía institucional (57).

La verdadera diferencia entre ambas posiciones no consiste simplemente en reconocer una vertiente institucional, lo que ha sido admitido tanto por los Tribunales Constitucionales español (58) y alemán

---

(56) SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 23, 1988, p. 140. SSTC 77/1982, de 20 de diciembre, FJ 1; y 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11; afirmándose en la primera: son derechos de libertad frente al poder, "no exigen más que una mera actitud de no injerencia por parte de los poderes públicos".

(57) SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "La libertad de expresión desde la teoría...", ob. cit., pp. 101-111, explica claramente la concepción institucional de los derechos a una comunicación libre; RIDDER, H., "Meinungsfreiheit", en BETTERMAN, NIPPERDEY, y SCHEUNER, *Die Grundrechte*, vol. II, 2.ª ed., 1968, es su máximo defensor, pero no pueden olvidarse los trabajos de SCHNEIDER, F., *Presse und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz*, Munich, 1952; SCHEUNER, U., "Pressefreiheit" (Bericht), en *VVDStRL H.*, 22, 1965; y LERCHE, P., *Verfassungsrechtliche Aspekte der "inneren Pressefreiheit"*, Berlín, 1974.

Esta posición ha sido especialmente criticada: DAGTOGLOU, P., *Wesen und Grenzen der Pressefreiheit*, Stuttgart, 1963, pp. 30-31; CZAJKA, D., *Pressefreiheit und "öffentliche Aufgabe" der Presse*, Stuttgart, 1968, pp. 101 y ss.; y W. SCHMITT-GLAESSER, "Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" (1 Teil), en *Archiv des öffentlichen Recht*, 97, 1972, pp. 97 y ss.

(58) La STC 6/1981, FJ 3, de 16 de marzo, de la que es ponente el Magistrado RUBIO LLORENTE es la primera en afirmarlo:

"El art. 20 CE, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política."

"La preservación de esta comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder ('*verbi gratia*' las prohibidas en los apartados 2.º y 5.º del mismo art. 20) pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven."

Esta línea jurisprudencial se mantendrá en las siguientes sentencias, pero en lugar de emplear la expresión "comunicación pública libre" se hablará de "opinión pública libre", a partir de la STC 12/1982, FJ 3 (SSTC 104/1986, FJ 5; 159/1986, FJ 6; 165/1987, FJ 10; 107/1988, FJ 2; 51/1989, FJ 2; 121/1989, FJ 2, y 40/1992, FJ 1, *in fine*, entre otras).

(59) como por la primera tesis, sino en atribuir, como hace la segunda, consecuencias jurídicas a este hecho. Se convierte así a un derecho fundamental individual en un simple derecho cubierto por una garantía institucional. O se asemeja a la prensa, por la pretendida función pública que desempeña, a los partidos políticos, considerándola un órgano o institución constitucional (60).

La respuesta a estos interrogantes no es meramente dogmática, sino que es determinante respecto al régimen de la libertad de comunicación y en concreto en lo que se refiere a su objeto.

Si se acepta que la libertad de comunicación es un derecho individual, directamente vinculado con la dignidad de la persona, sería indudable que la publicidad entra dentro de su objeto. Si se considera que esta libertad tiene su justificación en la teoría de la verdad, o en el principio democrático, o, dentro de la discusión actual, que en realidad es una garantía institucional, existirían mayores dificultades para incluir a la publicidad dentro de su objeto, pero no se podría excluir esta hipótesis. Esto sucedería sólo si se acepta la tesis de quienes sostienen que la libertad de comunicación tutela únicamente los mensajes políticos.

### 3. Tesis propia

En mi modesta opinión, la libertad de expresión entendida en sentido amplio o, mejor aún, los derechos a una libre comunicación reco-

---

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 151, reclama una concepción más institucional del Tribunal Constitucional, en concreto a propósito del derecho a comunicar información veraz.

En contra de esta visión SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración", *Revista de Administración Pública*, núm. 128, 1992, pp. 194-197.

(59) 10 BVerfGE, p. 118, 1959; 12 BVerfGE, p. 113, 1961; 20 BVerfGE, p. 162, 1966; 43 BVerfGE, p. 130, 1976; y 61 BVerfGE, p. 1, 1982. El Tribunal Federal ha llegado a estas posiciones por rendimientos funcionales —evitar el monopolio de los medios de comunicación, colisión de la libertad de expresión del editor con la de los redactores, conflicto de esta libertad con los derechos de la personalidad, etc.—, y por influencias doctrinales provenientes de la crítica plebiscitaria leibholziana.

(60) SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión...", ob. cit., pp. 145-146, siguiendo a HERZOG en los *Grundgesetz Kommentar*, 1958-85, dirigidos por MAUNZ-DÜRING, p. 9, párrafo 12, niega rotundamente estas consecuencias jurídicas y, por tanto, que nos encontremos en presencia de una garantía institucional.

nocidos en el artículo 20 de nuestro texto constitucional (61) son un derecho libertad, un derecho defensa, un derecho límite, vinculado directamente a la dignidad de la persona.

Esta posición se refuerza, a mi juicio, si se observa el tenor literal del art. 10.1. La referida dignidad y el libre desarrollo de la personalidad son el fundamento del orden político y de la paz social. La ubicación sistemática del precepto, presidiendo el título I sobre los derechos y libertades fundamentales, parece despejar cualquier duda sobre la teoría que nuestra Constitución adopta para justificar la libertad de comunicación (62).

No obstante, no coincido exactamente con lo manifestado por los defensores de esta tesis en un doble sentido. En primer lugar, creo que no existe una vertiente institucional del derecho en los términos en que se manifiesta (63), sino las típicas conexiones sistemáticas propias de cualquier precepto constitucional. En segundo lugar, éstas, o lo que se denomina vertiente institucional, no afectan a su naturaleza, pero sí pueden modificar los límites de las diversas formas de comunicación. A continuación, se procederá a explicar estos extremos con mayor detenimiento.

El artículo 20 reconoce en sentido amplio las libertades de comunicación. El derecho a emitir un mensaje y a que llegue sin interferencias a su destinatario. Además, el precepto constitucional fija el régimen general de esta libertad.

Estos mensajes pueden referirse a ámbitos materiales muy diversos y perseguir finalidades variadas. Pues bien, quizá cada uno de éstos y éstas origina conexiones sistemáticas constitucionales, que afectan en mayor o menor medida al régimen general de la comunicación en cuestión.

La primera conexión se produce con el artículo 27, derecho a la educación, y con el apartado c) del propio artículo 20, libertad de cáte-

---

(61) Se considera que la libertad de expresión de ideas y la libertad de información son manifestación de un derecho general a la libre comunicación, tal y como señala, entre otros, SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "La libertad de expresión desde la teoría...", ob. cit., p. 81.

(62) SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "Dignidad de la persona", *Voz de la Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, 1995, p. 2489, en el mismo sentido, al señalar: "Esta interpretación reclama también para nuestra Constitución la consideración de 'orden vinculante a valores' que reconoce la protección de la libertad y dignidad de la persona como el fin superior de todo derecho."

(63) SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión...", ob. cit., p. 144, reconoce la existencia de una vertiente institucional, pero niega que ésta prevalezca sobre la dimensión individual.

dra. Se está, sin duda, en presencia de una comunicación, pero el constituyente ha considerado oportuno regular específicamente las que tienen por ámbito y finalidad la materia educativa. Su régimen general es propio y presenta sustanciales diferencias frente al de la comunicación. Así lo demuestra la especial protección otorgada al comunicador educativo mediante la libertad de cátedra, y ciertas especificaciones referidas a los límites: deben respetarse los principios democráticos y los derechos y libertades fundamentales; la educación debe tener por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana; los padres deciden qué conocimientos religiosos y morales se transmiten a sus hijos. Esta interpretación ha sido sostenida por el propio Tribunal Constitucional (64).

Las comunicaciones de ámbito y finalidad religiosa deben conectarse con el artículo 16, que prevé la libertad religiosa. Aquí también nos encontraremos con un régimen propio. El único límite expreso en sus manifestaciones es el necesario para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. El derecho a la intimidad, y la protección de la juventud y de la infancia se entenderán, probablemente, de forma diferente a las demás formas de comunicación.

Las diferencias marcadas por el ámbito y la finalidad no se especifican sólo en otros preceptos constitucionales. El propio artículo 20 reconoce variaciones en el régimen general de la comunicación, al reconocer, en su apartado b), el derecho "a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica" (65). Lo que a su vez debe conectarse con el artículo 44 "1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. 2. Los poderes

---

(64) La STC 5/1981, de 13 de febrero, pone de relieve buena parte de estos aspectos en el FJ 7, y en concreto respecto a la conexión señala: "La libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (art. 27.1) puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente arts. 16.1 y 20.1 a)". La cita continúa indicando cómo esta conexión queda confirmada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...", ob. cit., pp. 185-186, se muestra totalmente de acuerdo con este pronunciamiento.

(65) SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...", ob. cit., p. 186, coincide con lo expresado en el texto: "La educación y la creación literaria, artística, científica y técnica son uno de los vehículos a través de los que se transmite el pensamiento humano, por lo que si se reconoce la libre expresión de este último, embebido está el reconocimiento de estas proyecciones. Con ello no quiere decirse que sea inútil este doble reconocimiento, pues el mismo puede servir al mejor afianzamiento de la libertad básica, actuando como recordatorio de que esas muestras son sólo reflejo de ese haz fundante."

públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general" (66).

Todas las anteriores conexiones, reseñadas sin ánimo de exhaustividad, se encuentran expresadas en otros preceptos constitucionales o en el propio artículo 20. Pero existen otros ámbitos materiales y finalidades que sin tener una especificación tan concreta en un precepto constitucional presentan también conexiones. Estas no alteran su naturaleza, se sigue estando en presencia de un derecho a la comunicación, de un derecho público subjetivo, pero su vinculación a otros preceptos constitucionales puede originar alguna modificación en su régimen —indudablemente, las alteraciones serán menos importantes que en los casos anteriores—, especialmente en los límites. La comunicación política es la más reacia a admitir éstos, la publicitaria la más proclive. Me ocuparé brevemente de la primera, para reafirmar la tesis que se expone, y más ampliamente de la segunda, por ser el objeto del presente estudio.

Cuando una comunicación tiene un ámbito y finalidad políticos adquiere una especial fuerza y resistencia que la lleva a admitir escasos límites. No se pretende con ello decir que se sitúe por encima de los demás derechos, bienes, y valores constitucionales, pero sí que aquéllos se reducen a su mínimo contenido (67). No puede olvidarse

---

En cambio, la STC 153/1985, FJ 5, considera que el apartado b) del art. 20 es una mera concreción del derecho reconocido en el apartado a). En el mismo sentido, DE CARRERAS, Francesc, "La libertad de expresión...", ob. cit., pp. 11, 20 y 29, que incluye además el apartado c). Por contra, CHINCHILLA MARIN, Carmen, *La radio-televisión como servicio público esencial*, Tecnos, 1988, pp. 24-25, piensa que nuestra Constitución concibe como derechos y libertades diferentes e independientes los cuatro apartados del art. 20.1.

(66) CHINCHILLA MARIN, Carmen, *La radio-televisión...*, ob. cit., p. 29, mantiene una ligera sintonía con la posición aquí expuesta. No obstante, al derecho general a la libre comunicación lo denomina "libertades del conocimiento"; la libertad de cátedra la separa del derecho a la educación; añade el derecho a la cultura; y, por último, excluye la conexión con la libertad religiosa. Esto último la lleva a marcar diferencias con GOMEZ REINO, E., "Las libertades públicas en la Constitución", en *Lecturas de la Constitución*, UNED, Madrid, 1979, p. 51.

(67) SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 77, 1992, pp. 247-248, considera que la libertad de expresión en materia política tiene unos límites más amplios que los delineados por el Tribunal Constitucional. A su juicio, se ha ponderado mal el conflicto de esta libertad con otros derechos. Todos ellos, y no sólo la libertad de comunicación, "tienen una dimensión institucional y todos son, por utilizar la expresión de Häberle, 'elementos funcionales de la democracia', reclamando necesariamente vigencia efectiva en el Estado de Derecho. Tan cierto es que no hay democracia sin libertad de expresión como que, por ejemplo, nos encontraríamos

que las tres principales teorías que justifican la libertad de expresión encuentran aplicación en el campo político: el debate libre conduce a la verdad, el libre desarrollo de la personalidad y la participación de los ciudadanos en la democracia.

Cuando un mensaje es de naturaleza política, la dimensión individual del derecho, su vinculación con la dignidad de la persona, se refuerza al entrar en contacto con el pluralismo político (68), con la participación política y, en suma, con el principio democrático.

La libre comunicación en materia política es imprescindible para el sistema democrático. Sólo la libertad de expresión política permite la transparencia política y la responsabilidad de los gobernantes, que hacen posible la alternancia en el poder. De la misma forma que, como señalaba MILL, sólo el libre debate permite alcanzar la verdad, únicamente la libre circulación de información y emisión de opiniones, su confrontación, posibilita una participación racional de los ciudadanos en los asuntos públicos.

Los argumentos anteriores explican la dificultad de imponer restricciones al discurso político. Y ello se refuerza si se considera que una Constitución que no admite límites materiales en su reforma (69) difícilmente puede imponérselos al discurso político, que es un presupuesto necesario para poder alcanzar el objetivo anterior.

Debe quedar claro que se habla de discurso político, no público. Ambos términos no son equivalentes y su grado de protección es diverso (70). Publicar que un diputado que defiende la prohibición de la prostitución utiliza sus servicios, supone el mismo ataque a la inti-

---

en un sistema totalitario si no hubiese seguridad de reserva y de vida privada, esto es, si el ámbito de lo personal no dependiera exclusivamente de la decisión de cada uno".

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

(69) ARAGON REYES, Manuel, *Constitución y Democracia*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 34 y ss., se pronuncia por la íntegra reformabilidad material de la Constitución. Sin entrar en polémicas doctrinales, me remito a las opiniones de este autor con las que coincido totalmente.

Sobre este punto véase DE VEGA, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985; PEREZ ROYO, Javier, *Reforma de la Constitución*, 1987; JIMENEZ CAMPO, Javier, "Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución", *Revista de Derecho político*, núm. 7, 1980; y GONZALEZ ENCINAR, José Juan, "La Constitución y su reforma", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 17, 1986.

(70) El Tribunal Supremo y la doctrina científica americana tienen problemas para diferenciar estos términos y para delimitar jurídicamente el ámbito de lo político. Véase SANCHEZ GONZALEZ, Santiago, *La libertad de expresión*, ob. cit., pp. 77-84.

midad que si el sujeto es un actor famoso que no tiene una opinión formada al respecto. Sin embargo, al realizar la concordancia práctica de ambos derechos los resultados pueden no ser los mismos en los dos supuestos.

La tesis expuesta se aleja de quienes defienden que la libertad de comunicación, entendida en sentido amplio, es un derecho de defensa o libertad con una dimensión institucional, porque para ellos este hecho no altera su régimen, concretamente, sus límites.

Tampoco se coincide con quienes califican a la libertad de comunicación de garantía institucional. Creo que su naturaleza no se transforma por la presencia del elemento democrático; que las únicas modificaciones que se originan en su régimen son respecto a las limitaciones; y que existen otros muchos ámbitos y finalidades protegidas por la libertad de comunicación.

En definitiva, yo pienso que los diferentes ámbitos materiales y finalidades a que puede referirse la libertad de comunicación pueden originar grados de protección diversos, en función de la asunción de mayores o menores límites (71). Siempre que se entienda que éstos son el resultado, tras la correspondiente ponderación, de solventar un conflicto entre la libertad de expresión, de una parte, y otros derechos, bienes o valores constitucionales, de otra (72).

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. Este tipo de comunicación no se contempla específicamente en ningún artículo constitucional, pero ello no impide que pueda tener conexiones con otros preceptos de la Norma Fundamental.

---

SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional...", ob. cit., p. 244, pone de relieve cómo en España no somos ajenos a estas dificultades.

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

(72) La STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 3, señala: "... los derechos fundamentales, y los del art. 20 CE entre ellos, no son derechos absolutos e ilimitados: por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos". Véase además las SSTC 11/1981, FJ 7; 2/1982, FJ 5; 91/1983, FJ 3; 110/1984, FJ 5; 159/1986, FJ 5; y 120/1990, FJ 8, entre otras.

Es claro que la materia comercial, industrial, artesanal o profesional es actividad de empresa o que al menos se desarrolla en el mercado. Por tanto, resulta evidente la vinculación entre el artículo 20 y el 38, que señala: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado..." (73).

La conexión entre la libertad de comunicación y el principio democrático lleva a cierta doctrina a transformar su naturaleza. A considerar que no se está en presencia de un derecho subjetivo, sino de una garantía institucional. De la misma forma, la conexión entre los artículos 20 y 38 provoca que alguna literatura jurídica niegue la dimensión individual de la publicidad, su consideración de derecho subjetivo. Estime, en definitiva, que la publicidad es una actividad de empresa.

Si se considera errónea la tesis que convierte a la libertad de expresión, entendida en sentido amplio, en garantía institucional, lo mismo se debe sostener respecto a quienes pretenden transformarla en actividad de empresa. La libertad de comunicación no pierde su naturaleza porque, en función del ámbito material a que se refiera y la finalidad que persiga, entre en conexión con otros preceptos constitucionales. Lo que no implica desconocer que pueden verse afectados algunos elementos de su régimen, fundamentalmente los límites. Ya se anticipó que éstos son reducidos en la política y amplios en la publicidad (74) —por ejemplo, no se puede prohibir un discurso a favor de la legalización de las drogas, pero sí la publicidad de estas sustancias.

Se acaba de señalar que el ámbito de la publicidad origina una conexión entre los artículos 20 y el 38; mas ésta no es la única que existe. La finalidad de la publicidad, favorecer la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, implica operaciones de mercado; a corto o largo plazo contrataciones y ventas. Esto conlleva la existencia de compradores, o lo que es lo mismo, consumidores y usuarios. Esto es, una nueva conexión, en este caso con el artículo 51, que dispone:

"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 [...]. 3. En el marco de lo dis-

(73) SANTAELLA, Manuel, *El nuevo derecho...*, ob. cit., p. 55, en el mismo sentido.

(74) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Advertising in the Spanish Constitution", en el libro, *Advertising and Constitutional Rights in Europe*, dirigido por SKOURIS, Wassilios, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, p. 330, considera también que la publicidad tiene unos límites más amplios que otras formas de comunicación.

puesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.”

Esta conexión no es exclusivamente entre los artículos 20 y 51, sino que el primero de éstos debe relacionarse con el 38 y posteriormente ambos con el segundo.

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

Ahora se va a retornar al estudio de la incidencia que originan los elementos del concepto de publicidad sobre la libertad de expresión. Se acaban de estudiar los que parecían negar la inclusión de la publicidad en la esfera de la libertad de expresión, entendida en sentido amplio (ámbito material y finalidad). A continuación, corresponde ocuparse de los dos elementos que, según se consideró en su momento, confirman esta hipótesis: información y persuasión.

El estudio del concepto de publicidad ha permitido concluir que los mensajes publicitarios contienen información y persuasión. Luego, habrá que determinar cómo se incardinan estos elementos en la libertad de comunicación reconocida en el artículo 20.

Con este objeto conviene recordar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional consideró que el derecho a comunicar información era una concreción del derecho a la libertad de expresión, y que el derecho a recibir la información era un simple reverso del derecho a transmitirla, dado que no es posible la recepción sin la comunicación (75).

Posteriormente, el Tribunal matizó su interpretación. En el artículo 20.1 se reconocen dos derechos de contenido próximo, pero no idéntico. La libertad de expresión en sentido estricto, que consiste en expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito, o cualquier otro medio de reproducción (apartado a). El derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (apartado d) (76).

---

(75) STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4, asunto Voz de España y Unidad.

(76) LA STC 6/88, de 21 de enero, FJ 5, es la que contiene esta matización más claramente (véase STC 105/83, FJ 11), al calificar a la libertad de información como el derecho de todos a comunicar hechos y conductas veraces, esto es, vertidos con diligencia razonable, aunque puedan resultar erróneos. Véanse también las SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; y 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2.

SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, “Libertad de expresión, información y relaciones laborales (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de

La diferencia fundamental entre ambos derechos reside en el objeto. La libertad de expresión, en sentido estricto, transmite pensamientos, ideas y opiniones diversas y subjetivas; en cambio, el derecho a la información relata hechos, conductas, noticias, que son concretas y objetivas (77).

El profesor SOLOZABAL ECHAVARRIA recuerda otras dos importantes diferencias remarcadas por la doctrina alemana (78). La libertad de expresión en sentido estricto protege exclusivamente una sola actividad, la comunicación sin trabas del pensamiento. En cambio, el derecho a la información (79) garantiza múltiples actividades, la preparación, elaboración, selección y difusión de la información.

Por último, el derecho a la información se singulariza respecto a la libertad de expresión por tener un mayor plus institucional, lo que explica que el primero prevalezca, en determinadas ocasiones, sobre la segunda. Esto sucede en los supuestos de réplica o rectificación, cuando el derecho a rendir información del aludido y del público a conocer una versión plural respecto a los hechos que fueron objeto de la crónica se impone sobre la libertad de expresión negativa del medio a no contar lo que no quiere, el contenido de la rectificación.

---

21 de enero, caso señor Crespo, asunto filtraciones al País)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 26, 1989, p. 172, señala que esta sentencia reconoce el derecho a la información como autónomo respecto al apartado a) del mismo artículo. Esto implica otorgarle una naturaleza diferente, con ámbitos, efectos y límites distintos. En contra, SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando, "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional...", ob. cit., p. 189. Sobre esta problemática véase CARMONA SALGADO, Concepción, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991, pp. 7-14.

(77) STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4; 123/1993, de 19 de abril, FJ 3, y las citadas en la nota anterior, entre otras. SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "La libertad de expresión desde la teoría...", ob. cit., p. 81; y "Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional...", ob. cit., p. 244; DE CARRERAS, Francesc, "La libertad de expresión...", ob. cit., p. 11; y SANCHEZ FERRIZ, Remedios "El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en la obra, *El derecho a la información: teoría y práctica*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1995, pp. 57-58.

(78) SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "Libertad de expresión, información y relaciones laborales...", ob. cit., p. 173.

(79) VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, 1994, concibe el derecho a recibir información como un derecho subjetivo individual autónomo. Esta tesis, que no se puede compartir, contradice a la jurisprudencia constitucional, que ha reconocido el derecho a informar y ser informado como un derecho individual de doble faz. En concreto, el derecho a recibir información se justifica "por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social" (STC 6/81).

Ambas vertientes no están separadas de una forma absoluta, la información no siempre es exclusivamente objetiva, puede ir acompañada de alguna valoración (80); y lo mismo sucede a la inversa. No obstante, el predominio del aspecto objetivo o subjetivo en el mensaje determinará que nos encontremos en presencia del derecho reconocido en el apartado a) o en el d) (81).

En este contexto, en cuál de estos dos derechos cabría incluir a la publicidad. El elemento informativo de ésta la incardina claramente en el apartado d). No puede olvidarse que el mensaje publicitario comunica la aparición de un nuevo producto, describe las características del mismo, educa al consumidor en su uso, sugiere nuevas utilidades, informa sobre un cambio de precio, y deshace malentendidos (82). Todas estas actividades son fácilmente integrables en el derecho a emitir información. Además, la recepción de ésta permite reforzar la conexión entre los artículos 20 y el 51, no se olvide que este último ordena a los poderes públicos que promuevan la información y educación de los consumidores. Por último, la regulación legislativa de la actividad publicitaria ha exigido tradicionalmente el principio de veracidad, que

---

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Libertad de prensa...*, ob. cit., p. 171, alaba la interpretación del Constitucional al distinguir una doble faz.

(80) SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión...", ob. cit., p. 144, señala: "Tampoco cabe aceptar que el derecho a la comunicación de información abarque exclusivamente las noticias y no las opiniones o juicios de valor. La distinción entre hecho y actitud valorativa es imposible de verificar en muchos casos. Ciertamente no hay juicios de valor sin referencia a los hechos; y la información —su selección, elaboración y presentación—, sin el filtro categorial, subjetivo y cuajado de posiciones personales, del informante es imposible." FERNANDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, "Libertad de expresión y derecho de la información", en la obra *Constitución Española de 1978*, t. II, Comentarios a las Leyes Políticas, dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, Edersa, Madrid, 1984, p. 531, considera que la simple selección de hechos y la forma de presentarlos no deja de expresar en la mayor parte de los casos "apreciaciones y preferencias subjetivas que comportan una particular valoración, con lo que la frontera entre noticia y opinión deja frecuentemente de estar claramente definida". En el mismo sentido, CARRILLO, Marc, "Derecho a la información y veracidad informativa (comentario a las SSTC 186/86 y 6/88)", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 23, 1988, p. 190.

(81) STC 6/88, FJ 5, de 21 de enero. En la misma línea las SSTC 105/1990, FJ 4; 171/1990, FJ 10; 172/90, FJ 3; y 123/1993, FJ 3, entre otras.

SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "Libertad de expresión, información y relaciones laborales...", ob. cit., pp. 173-174, también propone esta solución; así como recurrir a la diferenciación que hace la doctrina americana entre las opiniones que contienen información y las que son puramente deductivas o evaluativas, fórmula recordada en España por MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Libertad de prensa...*, ob. cit., pp. 112 y ss.

(82) SANTESMASES MESTRE, Miguel, *Marketing...*, ob. cit., pp. 575-577, dentro de la función informativa de la publicidad incluye estos objetivos específicos.

se corresponde con el mandato impuesto por el apartado d) del artículo 20.1.

La persuasión supone, en unos casos, una valorización, un juicio de valor u opinión de carácter subjetivo; en otros, se alcanza aportando sistemáticamente algunas informaciones u omitiendo otras; finalmente, en la mayor parte de los casos comienza con una motivación a la que siguen frases o slogans repetitivos o exhortivos (83). El primer supuesto podría llevarnos a introducir la publicidad en la vertiente subjetiva de la libertad de comunicación; sin embargo, la neutralidad del tercer supuesto y la vinculación del segundo con la información me llevan a reafirmar que la publicidad se incluye en la vertiente objetiva, por tanto, en la esfera del apartado d) (84).

No se puede desconocer que la propia doctrina sobre la libertad de comunicación ha reconocido que la vertiente objetiva y subjetiva no están deslindadas siempre de una forma absoluta. Un buen número de mensajes incluye informaciones y opiniones simultáneamente. El que nos encontremos con el derecho a la libertad de expresión, en sentido estricto, o ante el derecho de información depende del aspecto dominante, y, a mi juicio, en la publicidad éste es el objetivo. Y ello por no hablar de la muy razonable tesis expuesta por la doctrina alemana, recordada entre nosotros por el profesor SOLOZABAL ECHAVARRIA. La misma sostiene que la información es el supuesto de la libertad de expresión; sin la primera no pueden existir opiniones razonables (85). Situación que, por otra parte, se reproduce *mutatis mutandis* con la publicidad, en ésta la información es también el presupuesto de la persuasión.

(83) ITALIA, Vittorio, "Considerazioni su propaganda e libertà di manifestazione del pensiero", en *Scritti in onore di V. Crisafulli II*, Cedam, Padua, 1985, pp. 349-350.

(84) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Advertising in the Spanish Constitution", ob. cit., p. 314; VILLAVARDE MENENDEZ, Ignacio, *Estado democrático e información...*, ob. cit., p. 202; SANTAELLA, Manuel, *El nuevo derecho...*, ob. cit., pp. 55 y 119-120; y GARITAONANDIA, Carmelo, "La publicidad y las normas reguladoras de la publicidad en Euskal Irrati Telebista-Radiotelevisión Vasca y en Radiotelevisión Española", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 9, p. 365; incluyen a la publicidad en el apartado d) del art. 20.

(85) SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José, "La libertad de expresión desde la teoría...", ob. cit., p. 81, considera aplicable a nuestro ordenamiento constitucional la siguiente afirmación del Tribunal Federal alemán: "La libertad de información es, precisamente, el derecho a informarse. Por otra parte, este derecho de libertad es el presupuesto de la formación de la opinión que precede a la expresión de ésta. Pues sólo una información completa posibilita la libre formación y expresión de la opinión, tanto para el individuo como para la sociedad" [(BVerfG, t. 27, p. 71 (81). Asimismo, t. 27, p. 104 (108). Véase SCHMITT-GLAESSER, W., *Die Meinungsfreiheit...*, ob. cit., p. 63].

Ahora bien, la posición aquí defendida pretende ser la regla general. Se piensa que en una campaña publicitaria desarrollada a largo plazo predomina la información frente a la persuasión (86). Pero las campañas atraviesan diversas fases y pueden perseguir objetivos diversos, por lo que no debe sorprender que un determinado anuncio contenga predominantemente persuasión. Habrá que prestar, en consecuencia, mucha atención al caso concreto.

---

En su trabajo "Libertad de expresión, información y relaciones laborales...", ob. cit., p. 173, estima que esta aplicabilidad se refuerza si se considera que la STC 159/1986 se ha expresado en semejantes términos, aunque globalizando los apartados a) y d) del art. 20, probablemente porque no los diferenció con absoluta nitidez hasta la STC 6/1988.

(86) MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Advertising in the Spanish Constitution", ob. cit., p. 314, considera que el elemento persuasivo predomina sobre el informativo en la mayoría de los casos.