

JOSÉ LUIS GARCÍA GUERRERO: *La publicidad. Fundamento y límites constitucionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, 353 págs.

Hasta 1995, Suecia era un país de padres felices. Su legislación prohibía la publicidad dirigida a menores de edad, y en las casas suecas con niños no había necesidad de apagar la televisión cuando se acercaba la Navidad. A pesar de los intentos de su Gobierno de mantener esa prohibición, la entrada del país en la Unión Europea le obligó a adoptar la normativa comunitaria al respecto, mucho más permisiva que la sueca. Cinco años más tarde, Suecia intentó sin éxito que la Unión reconsiderara de nuevo la cuestión, introduciéndola en el programa de trabajo de la presidencia rotatoria del Consejo que asumía por primera vez.

Llama la atención el hecho de que, a pesar del evidente interés de los suecos en este asunto, ni durante la situación anterior a su entrada en la UE, de absoluta prohibición de la publicidad dirigida a los menores, ni en la posterior, marcada por una regulación comunitaria que la permite pero con importantes (aunque, quizá, no muy efectivas) limitaciones, emergiera un debate jurídico en profundidad sobre la legitimidad constitucional de las normas que regulan la actividad publicitaria.

El caso sueco es un buen ejemplo de cómo el régimen jurídico de la publicidad ha estado durante mucho tiempo, y hasta fechas relativamente recientes, ajeno a una reflexión doctrinal de conjunto que lo aborde desde un punto de vista constitucional. La falta de atención por la doctrina constitucionalista se ha ido colmando poco a poco en la mayoría de los países europeos, y antes en Estados Unidos, desde el interés suscitado por el primer *leading case* sobre la cuestión del Tribunal Supremo, *Virginia State Pharmacy Board contra Virginia Citizens Consumer Council* 425 U.S. 748, un asunto del año 1976. Esa laguna seguía presente entre nosotros hasta la aparición de la monografía de José Luis García Guerrero, la primera que se dedica en nuestro país a un análisis sistemático del fenómeno publicitario desde la óptica de nuestro Derecho Constitucional.

La obra de José Luis García Guerrero pretende, y en buena medida lo consigue, resolver los grandes interrogantes que, en nuestro ordenamiento, plantea la relación entre el mensaje publicitario y el derecho fundamental a la libertad

de expresión establecido por el art. 20 CE, sin duda la gran cuestión jurídico-constitucional que plantea la actividad publicitaria. Otras cuestiones constitucionales, de entidad en principio menor, bien se traen a colación solo cuando inciden directamente en esta, bien se ignoran por alejarse demasiado del enfoque por el que se opta en el libro (como el tema competencial, que, por la diversa naturaleza que presenta con respecto al problema central que se estudia, es dejado —con acierto— por el autor para «mejor ocasión», p. 22).

La monografía que recensamos no es, ni mucho menos, la primera incursión del profesor García Guerrero en este asunto, sobre el que ya había previamente publicado sugerentes aportaciones durante la segunda mitad de los noventa, en revistas tan señeras como la *General del Derecho*, *Derecho Privado y Constitución*, y la *Española de Derecho Constitucional*. A pesar del tiempo transcurrido, el punto de partida, y en buena medida los planteamientos, de aquellas contribuciones siguen presentes en esta obra, que completan ahora el pensamiento del autor sobre la publicidad como modalidad específica de ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

La obra se divide en dos partes. La primera, dedicada a los fundamentos de derecho comparado y en los tratados internacionales ratificados por España, se organiza a su vez en tres capítulos, que estudian la protección de la publicidad comercial en Estados Unidos (con referencias también a Canadá y Gran Bretaña), en Italia, y en la normativa europea (Convención Europea de Derechos Humanos y normas de la UE). La segunda parte extrae de todo lo anterior importantes corolarios para el estudio de la publicidad en nuestro ordenamiento jurídico. En el primer capítulo de esta parte el autor propone su propio concepto de publicidad, partiendo de las insuficiencias del que se puede deducir de la Ley, como «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» (p. 184).

Los dos capítulos siguientes de la segunda parte llevan por rúbrica las tesis que en ellos se mantienen, a saber: que «la libertad de comunicación protege la publicidad» y que «la publicidad no es predominantemente una actividad de empresa». El último capítulo es el que se dedica al estudio de las restricciones que otros preceptos de la Constitución distintos del art. 20 CE permiten imponer al mensaje publicitario, explorando con esta intención las conexiones sistemáticas entre este y otras disposiciones constitucionales, como las que establecen la libertad de empresa, el derecho al trabajo o la defensa de los consumidores, o las que constitucionalizan los colegios profesionales o la iniciativa económica en el sector público.

Aunque en nuestro país la relación entre la libertad de expresión y el mensaje publicitario no ha sido objeto de un tratamiento específico por la

jurisprudencia constitucional (que la ha analizado solo de manera accesoria), es una cuestión ampliamente tratada por tribunales (como ya se ha dicho, el TS de los Estados Unidos, pero también el TEDH y otros tribunales constitucionales europeos como el alemán) cuya jurisprudencia sobre la libertad de expresión ha influenciado directamente la nuestra. No solo por eso es de aplaudir la decisión de comenzar la monografía por los fundamentos de derecho comparado e inter/supra nacional. Además, porque las principales conclusiones que cabe deducir de esos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales son plenamente aplicables a nuestro país.

La primera de esas conclusiones es que, y al menos en línea de principio, el mensaje publicitario debe considerarse una modalidad de ejercicio de la libertad de expresión, protegida como derecho fundamental por los respectivos textos constitucionales o la CEDH, y en nuestro caso por el art. 20 CE. El claro posicionamiento del autor en este sentido, enunciado ya en el planteamiento del libro (p. 20) y desarrollado a todo lo largo de este, fundamentalmente en el capítulo II de la segunda parte, debe, a nuestro juicio, compartirse sin reservas.

También debe compartirse por completo la idea de que a esta modalidad de libertad de expresión puede aplicársele un estándar de protección menor que el de los mensajes que, por su naturaleza política, se consideran merecedores de la más alta protección constitucional. Ahora bien, como el propio autor reconoce, la concreción de los argumentos con base en los cuales puede llegarse a esta segunda conclusión tienen un carácter mucho más polémico. Así se desprende de la lectura de su capítulo sobre la evolución al respecto del TS de los Estados Unidos, que el autor estructura en cuatro etapas, al final de las cuales se concluye que en el control de constitucionalidad de las normas que regulan los mensajes publicitarios se debe aplicar un estándar menos severo que el aplicado a los mensajes de naturaleza política. O del dedicado a la jurisprudencia del TEDH, analizada en extenso en un brillante capítulo IV, particularmente en lo referente a la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional a la cuestión de las restricciones al mensaje publicitario (pp. 140 y ss.), aunque quizá concediendo un espacio excesivo a las decisiones de la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos; este capítulo discute en profundidad los argumentos que se han manejado en Estrasburgo para incluir la actividad publicitaria dentro del ámbito del art. 10 CEDH, aunque dispensándole una menor protección convencional, todo ello pacificado en la jurisprudencia del TEDH, en relación con nuestro país ya desde la *STEDH Casado Coca contra España* (1994).

A mi juicio, estamos, pues, ante dos planos distintos de la compleja cuestión que se aborda por García Guerrero, que pueden diferenciarse también por el distinto grado de consenso doctrinal que rodean los argumentos mane-

ados en cada uno de ellos: en cuanto al primer plano, poca discusión puede suscitar hoy en día la tesis de que la publicidad se incluye dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión. El análisis del autor de la posibilidad de incardinar la actividad publicitaria en los tres clásicos argumentos desarrollado por Barendt para delimitar los contornos de este derecho fundamental es suficientemente esclarecedor de este punto, aunque a costa de reconocer (p. 198) que el encaje es más perfecto en los dos primeros (la búsqueda de la verdad y el libre desarrollo de la personalidad) que en el tercero (su concurrencia al debate democrático).

El segundo de estos planos, el debate sobre los fundamentos para dispensar a la publicidad, aun reconociéndola como modalidad de la libertad de expresión, una menor protección constitucional, es el que está, a mi juicio, llamado a suscitar una mayor controversia. La cuestión gira fundamentalmente, como se sabe, en torno al papel que debe jugar en la definición del régimen jurídico de la publicidad, junto con la libertad de expresión, la libertad de empresa. En líneas generales, puede decirse que mientras más se acerque a esta última, mayor será el margen que pueda concederse para limitar, o incluso prohibir, la actividad publicitaria, y ello como consecuencia de la menor fortaleza frente al legislador que presenta la libertad de empresa (art. 38 CE) en relación con la libertad de expresión (art. 20 CE).

Pues bien, en este plano, el más polémico como se acaba de decir, el posicionamiento del autor se expresa claramente en el sentido de que no existen suficientes argumentos «para extraer el fenómeno publicitario del ámbito del art. 20 y situarlo en el 38» (p. 241), afirmación que constituye, creo, una de las tesis principales mantenidas en el libro, aunque se verá luego matizada por las consecuencias de la «interconexión sistemática» entre ambas disposiciones (analizada en las pp. 309 y ss.), principalmente en relación con la prohibición de la publicidad desleal y la protección de los consumidores.

En efecto, no puede desconocerse el hecho de que la opción por atraer el régimen jurídico de la publicidad al campo de la libertad de empresa es la que ha permitido regular sus restricciones de una manera más intensa, pues en todos los Estados constitucionales esa libertad suele presentar una menor resistencia frente al legislador, que puede imponerle limitaciones con una mayor amplitud. En nuestro ordenamiento, como se sabe, la libertad de empresa, al contrario de la libertad de expresión, no goza del estatuto constitucional de libertad pública, sino que se trata de un derecho constitucional con un menor grado de protección que el que se dispensa a aquellas.

Por todo ello, no es de extrañar que argumentos de esta naturaleza se hayan esgrimido con frecuencia para justificar que la actividad publicitaria se configure como una modalidad de expresión merecedora de una menor protección constitucional, aunque no conviene olvidar que este mismo argumen-

to, que permite una rebaja del estándar de protección que se dispensa a la publicidad, es el que permite al mismo tiempo ahuyentar la posibilidad de excluirla por completo del ámbito de la libertad de expresión. La clasificación tripartita de los mensajes en *high value*, *low value* y *no value* a efectos de su protección constitucional, da lugar, en efecto, a una categoría intermedia (en la que se incluiría el mensaje publicitario) que proporciona a los tribunales una herramienta para dispensar a estos mensajes *alguna* protección jurídica, sin alejarlos por completo del campo de la libertad de expresión.

En definitiva, la discusión en torno no solo a la medida, sino también a las razones por las cuales la libertad de empresa del art. 38 CE debería permitir —o no— colorear el régimen jurídico de la actividad publicitaria, dando en todo caso por sentado el hecho de que esta es una modalidad de la libertad de expresión, y que, por ello, su ejercicio se encuentra protegido por el art. 20 CE, emerge como una de las cuestiones centrales tratadas en el libro del profesor García Guerrero. A mi juicio, su principal aportación al debate que, a buen seguro, se planteará a medio plazo en nuestra doctrina y nuestros tribunales consiste, precisamente, en proporcionar al mismo sólidas categorías jurídico-constitucionales desde las que partir.

Ángel Rodríguez
Universidad de Málaga

J. M. SAUCA (ed.): *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho. Tomando en serio el imperio del erizo*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, 522 págs.

Bajo la supervisión de José María Sauca, nace este nuevo volumen de la colección *El Derecho y la Justicia* del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. *El legado de Dworkin a la filosofía del derecho* reúne las contribuciones a las Jornadas celebradas los días 29 y 30 de octubre de 2013 en el propio CEPC. Su título es bien descriptivo de su contenido, pero su desenfadado subtítulo quizá requiera una inmediata aclaración al no iniciado, a quien con vendrá saber que «*Tomando en serio el imperio del erizo*» evoca tres obras centrales de la obra de Dworkin: *Los derechos en serio*, *El imperio de la justicia* y *Justicia para erizos* (p. 14). Si la ocasión que dio lugar a aquellas jornadas fue sensiblemente *obituario* —Dworkin había fallecido el 14 de febrero de aquel año—, su oportunidad no admite discusión: salvo sorpresas póstumas que no son del todo infrecuentes en nuestro pequeño mundo, el catálogo de obras de Dworkin se ha cerrado para siempre y casi ningún filósofo del Derecho puede ser indiferente a esta circunstancia. Mientras los dworkinianos más fieles a