

# LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE LOS MEDICAMENTOS DE USO HUMANO



*Tomás de la Quadra Salcedo  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad Carlos III*

## I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994 conocida como *Casado Coca*, por el nombre del afectado por el derecho que se ventilaba ante el Tribunal, marca un punto de inflexión en el tratamiento que la publicidad está llamada a tener en los derechos internos de los países comunitarios. En casi todos ellos era habitual la existencia de posibles limitaciones en materia de publicidad que iban desde las prohibiciones puras y simples, hasta las simples restricciones a su difusión. Se trataba de prohibiciones y restricciones concebidas sobre la base de entender que, en realidad, el «*commercial speech*» no merece la profunda protección que las Constituciones democráticas dispensan a la libertad de expresión como manifestación de un valor superior que conecta directamente con la dignidad de la persona humana y con su derecho a manifestar sus ideas y opiniones.

El «discurso comercial», el que conecta con el deseo de vender mercancías, tendría otros preceptos en los textos constitucionales que le servirían de valedores como la libertad de empresa pero que en ningún caso dispensarían la rotunda protección que el discurso político o ideológico ha merecido en los países de nuestro entorno. Sería, así, posible la introducción de determinadas limitaciones o prohibiciones como la publicidad del tabaco o la de determinados medicamentos, que precisan de receta médica, o más simplemente restricciones como es el caso del sometimiento a autorización previa de los medicamentos que no precisan de receta médica.

Todo eso es lo que puede empezar a ser puesto en cuestión en Europa a raíz de la sentencia *Casado Coca*, una vez que en ella se reconoce que también la

publicidad puede entenderse comprendida en el concepto de libertad de expresión y por tanto defendida por la acción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Que el asunto tiene su trascendencia lo pone de relieve la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Canadá en 1995 en el asunto *RJR-MacDonald v. Attorney General of Canada*, en virtud de la cual se ha declarado que la prohibición de la publicidad del tabaco establecida en una ley de Quebec no es constitucional en la perspectiva de la existencia de derechos relacionados con la libertad de expresión, incluso en relación con un producto que puede tener efectos nocivos sobre la salud.

La sentencia del Tribunal Supremo canadiense prueba la conveniencia de ahondar, por lo que se refiere a nuestro país y al contexto comunitario, en la reflexión sobre la naturaleza de las prohibiciones y restricciones publicitarias relacionadas con los medicamentos y en general con productos vinculados con la salud o el bienestar de la población como se va a hacer en el presente trabajo.

Después de la sentencia *Casado Coca* podemos lícitamente preguntarnos si es posible seguir utilizando determinadas técnicas que hasta la fecha no han ofrecido duda ninguna respecto a su licitud. Es el caso de las prohibiciones absolutas de emitir mensajes publicitarios por determinados medios que no estén restringidos a los profesionales capacitados para recetar medicamentos, o el caso del sometimiento a autorización previa de la publicidad de aquellos medicamentos que no necesiten receta médica por no citar sino las más llamativas. Son, en efecto, muchas otras las técnicas que deben ser sometidas a escrutinio después de la sentencia *Casado Coca*; entre ellas puede citarse a modo de ejemplo y sin ánimo de agotar todas las posibilidades, el establecimiento de principios o criterios directrices a la hora de elaborar la publicidad o el compromiso impuesto a los editores de publicaciones especializadas y dirigidas a profesionales de la medicina en el sentido de responsabilizarse de que no se van a difundir más allá del ámbito de los profesionales a las que van dirigidas inicialmente.

Es evidente que una vez que por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha incardinado la publicidad dentro del artículo 10 del Convenio de Roma y por tanto dentro del concepto de libertad de expresión, tal calificación puede desplegar su fuerza expansiva hasta límites hasta hoy no previstos por legisladores o constituyentes que daban por sentado que el «discurso comercial» no quedaba protegido por la libertad de expresión en sentido amplio. Esto es, en el sentido de comprender tanto la libertad de expresión propiamente dicha como el derecho a la información, tanto de darla como de recibirla.

Antes de entrar en el análisis concreto de los distintos problemas que plantea esta jurisprudencia y las eventuales soluciones a las dificultades que puede suscitar la misma (IV) conviene recordar la regulación española y europea en esta materia de la publicidad de los medicamentos o productos relacionados con la salud (II), así como el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y sus precedentes comparados (III).

## **II. LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD DE MEDICAMENTOS O PRODUCTOS RELACIONADOS CON LA SALUD EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COMUNITARIO.**

El Real Decreto 1416/1994 de 25 de junio de 1994 y el Real Decreto 1907/1996 de 2 de agosto de 1996 constituyen las dos normas básicas que regulan la materia de la publicidad de los medicamentos de uso humano y de los productos, actividades o servicios con finalidad sanitaria. Tales normas no surgen, sin más, como es obvio, del impulso normativo del Gobierno, sino que encuentran cobertura en distintas normas internas con rango de Ley que sirven de cabecera del grupo normativo relacionado con la publicidad de este tipo de productos y servicios.

Para empezar no puede dejar de señalarse que la primera de las normas citadas invoca expresamente en su preámbulo la Directiva 92/28/CEE, de 31 de marzo de 1992, que incorpora en muchos puntos casi literalmente al Derecho interno. Pero esa trasposición del Derecho comunitario no puede hacer olvidar la existencia de normas internas con rango de Ley después de nuestra Constitución que permiten el establecimiento de ese tipo de restricciones en esta materia. Como es el caso de la Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, la Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988, o finalmente la Ley del Medicamento, de 20 de diciembre de 1990.

No se trata por tanto de una sola norma habilitante de este tipo de intervenciones en la publicidad de los medicamentos, sino de varias que, desde distintas perspectivas, se han sentido obligadas a prever una disciplina especial y netamente intervencionista dado el carácter sensible de las cuestiones implicadas.

Debe recordarse, por otra parte, que la intervención en la publicidad en materia de medicamentos y otros productos relacionados con la salud humana, tiene una larga trayectoria en nuestro Derecho, si bien lo que resulta particularmente relevante es su permisión por la normativa postconstitucional, dado que en la normativa anterior, producida bajo el imperio de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, la inexistencia general de un derecho a la libertad de expresión e información realmente operativo, explica que las regulaciones de esta materia sean escasamente significativas a los efectos del análisis de la dimensión constitucional de los derechos fundamentales involucrados, que es la cuestión que suscita la caracterización de la publicidad como conectada con los derechos del artículo 20 de la Constitución.

Son pues las normas postconstitucionales las que resultan significativas a los efectos de nuestro estudio, incluso las que se encuentran hoy derogadas, pues ponen de relieve que para el legislador democrático no había obstáculo en establecer normativamente restricciones a la publicidad por entender con la misma que el «discurso comercial» de los americanos no quedaba cubierta por el artículo 20 de la Constitución. En ese prejuicio han incurrido los sucesivos legisladores de las leyes mencionadas y todavía vigentes, así como el propio Tribunal Constitucional que como supremo interprete de la Constitución tuvo ocasión de afirmar, precisamente en la sentencia previa al recurso ante el Tribunal de Estrasburgo que la publicidad que se hacía el Sr. Casado Coca podía ser prohibida por el Colegio de Abogados por no poder ser comprendida dentro los derechos del artículo 20 de nuestra Constitución.

Pese a todo, y aunque sea sumariamente, puede resultar de interés recordar nuestros precedentes históricos, siquiera sean los más recientes relacionados con la publicidad de los medicamentos, pues ello nos puede ilustrar sobre las razones de la prohibición, lo que, como luego veremos, pudiera ser relevante en relación con la justificación de la prohibición.

### **1. Antecedentes de la intervención administrativa en la publicidad de los medicamentos y especialidades farmacéuticas.**

Sin perjuicio de otros más antiguos que pudieran citarse, debe recordarse el artículo 21 del Real Decreto de 18 de abril de 1860 por el que se aprueban las Ordenanzas para el ejercicio de la profesión de «Farmacia, comercio de drogas y venta de plantas medicinales» y en el que se prohíbe a los farmacéuticos, «únicos autorizados para la venta de remedios y medicamentos» el anunciar estos en periódico alguno que no sea especial de Medicina, Cirugía, Farmacia o Veterinaria.

Vemos, pues, aquí, un antecedente de una limitación que todavía subsiste en cuanto a la difusión restringida de determinados anuncios. No aparece, en cambio, explicitada la razón de esa limitación. Puede resultar orientadoras en este sentido aunque no sean definitivas las líneas que en el pasado siglo *Posada Herrera* dedica al tema en sus Lecciones de Administración cuando dice que

«La ignorancia e indiscreción suele hacer muchas veces que las personas que están enfermas, tomen medicinas de peligroso resultado y que en lugar de darles la salud les precipitan el curso de la vida».

Esa referencia a la indiscreción parece contener la creencia de que la difusión de noticias sobre las virtudes curativas de determinadas medicinas puede resultar perjudicial para la vida humana y en todo caso para la salud.

Naturalmente que en esos tiempos el orden público sanitario constituía un título más que suficiente para explicar las intervenciones de la Administración y, desde luego, del legislador para evitar consecuencias nocivas en la salud de los ciudadanos, sin preocuparse de buscar títulos constitucionales que cubriesen una eventual incidencia en la libertad de expresión, ya que en esas fechas ni se podía sospechar cualquier relación de la publicidad con tal derecho, ni tan siquiera en ámbitos más netamente ideológicos o políticos estaba tal libertad claramente garantizada. La propia ausencia de justificación de la limitación es, pues, sumamente expresiva del punto de partida del Gobierno de la época y de la ausencia de preocupación por buscar títulos legitimadores de su intervención.

Por su parte el Real Decreto de 9 de febrero de 1924 que aprueba el Reglamento para la elaboración y venta de especialidades farmacéuticas menciona en su artículo 12 la prohibición de anunciar, y aún de elaborar, especialidades que se destinen a evitar la procreación, pero nada se dice de las demás especialidades sin duda por estar vigente la Ordenanza de farmacia antes reseñada.

Más explícito es el Decreto de 10 de agosto de 1963, sobre laboratorios, registro, distribución y publicidad de especialidades farmacéuticas en cuyo artículo 66 y siguientes se establecen prohibiciones y criterios de autorización de publicidad de especialidades farmacéuticas.

El Decreto 2464/63, de 10 de agosto de 1963, es la norma que inicia un tratamiento más sistemático de la publicidad de las especialidades farmacéuticas que inserta una regulación global de las distintas formas de publicidad o de dar conocimiento de tales especialidades. Después serán los Decretos 3451/77, de 1 de diciembre, y 2730/81, de 19 de octubre, los que completen la regulación que en el primeramente citado se hace. Sin perjuicio de volver después sobre los dos últimos puede ser de interés dar cuenta de las técnicas que pone en pie el Decreto 2464/63.

En él se hace la distinción de la publicidad dirigida a los profesionales de la sanidad y la dirigida al público en general. Respecto de esta última la norma que establece el artículo 73 es la de la exigencia de autorización previa y por tanto los medios de comunicación no podrán difundir publicidad de ninguna especie sin que conste la existencia de la previa autorización. Se establece por tanto una forma de censura en la publicidad que se atribuye a la Dirección General de Sanidad por el artículo 74 del citado Decreto.

No obstante, la autorización administrativa no puede concederse en determinados casos que se predeterminan en el propio Decreto y que tienen que ver con las condiciones objetivas de las especialidades en unos casos, y con la forma de la publicidad en otros. Estas últimas condiciones son las relativas a que la publicidad no puede «desfigurar o exagerar las virtudes curativas de los productos»; significa ello, en definitiva, que un producto que objetivamente podía ser objeto de autorización por sus condiciones objetivas, podía ver denegada la concreta autorización para una determinada campaña publicitaria por razones que no tenían que ver con la naturaleza del producto sino de la campaña publicitaria exagerada o desfiguradora.

Más relevancia tiene para el objeto de este estudio destacar cuales eran las condiciones objetivas que permitían que las especialidades pudieran ser anunciadas. El artículo 75 del Decreto que comentamos sólo señala directamente como prohibida la publicidad dirigida a destacar la eficacia abortiva de medicamentos o especialidades, pues en la letra b) de su número 2º se limita a remitir a la lista que se establezca por Orden Ministerial de los medicamentos cuya publicidad no puede en ningún caso autorizarse.

Será la Orden Ministerial de 7 de enero de 1964 la que concrete, en línea con las previsiones del Decreto cuales son las especialidades cuya publicidad no se autoriza. Tal determinación se hace por referencia al tipo de enfermedad que remedia, lo que es ilustrativo del criterio del Gobierno en relación con la publicidad de los medicamentos. No puede dejar de señalarse que las especialidades farmacéuticas no comprendidas en la lista de la citada Orden debían no obstante someterse a autorización previa, pues su no inclusión en la misma significaba que podían ser objeto de publicidad pero siempre previa la correspondiente autorización.

Los criterios de la prohibición de la publicidad, que parecen deducirse de la lista que se contiene en la Orden de 7 de enero de 1964 en las letras a) a j), son los de la protección de la salud colectiva o de la salud individual.

La salud colectiva es lo que está presente en las letras a) y b), esto es en las enfermedades infectocontagiosas de declaración obligatoria y en las enfermedades venéreas. Parece evidente que la publicidad de los medicamentos y especia-

lidades farmacéuticas indicados para el tratamiento de estas enfermedades pueden suponer un descontrol de la población afectada que recurriría a la automedicación, facilitada por las campañas publicitarias en el caso de que fuesen autorizadas. Puede descubrirse así una razón plausible y justificada de prohibición de la publicidad de un determinado tipo de remedios para enfermedades cuyo tratamiento por su naturaleza y la facilidad de su propagación exige un control por las autoridades sanitarias y por los profesionales de la salud. La publicidad de dichos remedios en cuanto rompe la cadena de atención al enfermo, que puede buscar su curación directamente y sin adoptar otras medidas que tiendan a salvaguardar la salud colectiva o a informar a las autoridades sanitarias de la existencia misma de la enfermedad, parecer ser la razón justificadora de la prohibición.

Un segundo grupo de medicamentos y especialidades farmacéuticas ven prohibida su publicidad por razones que no tienen que ver con la defensa de la salud de la población, sino en atención a evitar perjuicios derivados del tratamiento directo adoptado por los pacientes por los conocimientos que eventualmente recibirían de la publicidad, si ésta se autorizase. Este es el caso de las demás letras de la lista que se contiene en la Orden; en unos casos esa finalidad de defensa de la salud individual y en atención exclusivamente a ésta, es decir sin tomar en cuenta riesgos de difusión de la enfermedad, se hace explícita en el texto de la Orden, como es el caso de la letra c), d) o e).

«c) Cáncer, leucemia y restantes neoformaciones, tanto malignas como malignizables por terapéutica incorrecta.

.....

e) Procesos en los que pueda esta indicada la intervención quirúrgica o técnicas terapéuticas especializadas: apendicitis, adenoma prostático, hernias abdominales y fístulas anales.

f) Dolencias que por su naturaleza precisen de hospitalización del enfermo o vigilancia continua del mismo por parte del facultativo, especialmente las nefritis, síndromes varicosos, incluidas las hemorroides, enfermedades cardiovasculares y asma».

En el texto se han subrayado las expresiones que ponen de relieve la preocupación porque la atención médica que requiere el tipo de enfermedad no sea eludida por una automedicación que vendría a ser facilitada por la publicidad de medicamentos, que podían hacer al enfermo prescindir de los cuidados y la atención de los médicos. No obstante, en algunas de las letras de la Orden no se contienen esas expresiones, sino que se limitan a prohibir la publicidad sin más explicaciones; es el caso de la letra g) o i) (afecciones de los órganos genitales o dermatosis de todo carácter). No obstante pese al silencio de la Orden en cuanto a las razones de la prohibición, probablemente la misma obedece al mismo criterio de protección de la salud individual y a la creencia de que la publicidad puede, a través de la automedicación, desproteger a la población de la atención médica que determinadas enfermedades exigen.

Sea como fuere, si nos hemos detenido en estas primeras normas que con mayor detalle empiezan a regular la publicidad de los medicamentos y especialidades farmacéuticas es porque en ellas se emplea una técnica que pone de manifiesto las razones de la prohibición, lo cual puede ser relevante cuando

hayamos de valorar la prohibición en la actualidad cuando la publicidad se conecta con los derechos de libertad de expresión y cuando probablemente sea necesario, por tanto, justificar la proporcionalidad de la medida de restricción de un derecho fundamental por referencia al tipo de bienes y valores que se quieren proteger con dicha restricción.

Este modelo que introducen las normas citadas resulta algo alterado posteriormente, aunque se mantiene en lo sustancial el esquema de la prohibición de publicidad bajo reserva de dispensación mediante autorización administrativa. En efecto, los Reales Decretos 3451/77, de 1 de diciembre, y el 2730/81, de 19 de octubre, aunque van a mantener el sistema de lista que pudiéramos denominar causal, introducen alguna novedad que hace menos identificable la causa de la exclusión de la publicidad. No es el caso de la introducción en la lista de los medicamentos que en ningún caso pueden ser autorizados de aquellos para cuya dispensación hace falta receta médica, pues la causa de la exigencia de la receta tiene que ver con las mismas razones de protección de la salud individual. Tampoco lo es la creación por el artículo 46 del citado Real Decreto 3451/77 del concepto de «*especialidades, medicamentos o preparados publicitarios*». Pero sí es, en cambio, el caso de los nuevos criterios que se introducen en las Ordenes Ministeriales de desarrollo de los artículos 45 y 1 de los dos Reales Decretos a los que nos referimos.

En efecto, en el artículo 45 del Real Decreto 3451/77 se mantiene la lista de la Orden del 64 a la que antes nos hemos referido, pero, además, se habilita al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social para añadir nuevos medicamentos a tal lista, lo que hará la Orden Ministerial de 15 de abril de 1980, pero introduciendo criterios que no tienen ya que ver directamente con la enfermedad que se pretende remediar, sino con la composición de los medicamentos

«En su composición llevará únicamente principios activos o asociaciones de los mismos, cuya eficacia, tolerancia y toxicidad sean suficientemente conocidas por su extendido uso en terapéutica, y por estar consumiéndose durante un tiempo no inferior a tres años».(artículo 19 de la Orden de 15 de abril de 1980)

Como se ha dicho, esa referencia a la composición se hace después de decir que se consideran especialidades publicitarias a aquellas especialidades farmacéuticas cuya utilización «va dirigida a evitar pequeñas molestias o a facilitar el normal funcionamiento fisiológico».

En la misma idea incide el Real Decreto 2730/81, pero ahora no se habla ya de molestias pequeñas sino de «alivio o tratamiento de síndromes menores que no requieren atención médica»; pero, de nuevo, junto a esa menor importancia de la enfermedad que pretenden remediar, aparece la idea de la composición con principios activos autorizado por Orden Ministerial. Ahora no se trata de que sean suficientemente conocidos y tolerables tales principios activos, sino que basta con que se incluyan en la Orden Ministerial correspondiente, por lo que parece que el nuevo Real Decreto es más tolerante en este sentido que el anterior.

Ocurre, sin embargo, que lo que inicialmente se vincula con molestias leves y con principio activos conocidos, acaba prescindiendo en las normas de desa-

rollo del tipo de enfermedad a la que se vaya a dedicar, para centrarse solo en los principios activos del medicamento. En efecto, la Orden Ministerial de 17 de septiembre de 1982 prescinde en su artículo 1º de toda referencia al tipo de enfermedad para centrarse sólo en los principios activos que pueden ser incluidos en las posibles especialidades farmacéuticas publicitarias. Naturalmente que esa Orden ha de ser integrada junto con los Reales Decretos que la amparan y que se refieren fundamentalmente al tipo de enfermedad, pero es sintomático que el acento se vaya desplazando de la enfermedad leve que explicaba la dispensa de la prohibición de publicidad a los principios activos y a su conocimiento y eficacia. En el fondo lo que se persigue puede ser lo mismo, pues a través de la determinación precisa de los principios activos puede pretenderse identificar los que se sepa con seguridad que sirven para la curación de enfermedades leves y solo para ellas. En definitiva que no tenga el medicamento otros efectos secundarios distintos de la curación de tales molestias leves.

Por lo demás, la introducción de la denominación, a partir de 1977, del concepto de especialidades farmacéuticas publicitarias, no significa que se prescindiera del régimen de la prohibición en general de la publicidad de los medicamentos, aunque sometida a posible dispensación mediante autorización. Significa simplemente que se admite de antemano que determinados medicamentos y especialidades farmacéuticas pueden ser autorizados, lo que no significa que se puede prescindir de la necesidad de contar con la autorización singular en cada caso. Así el artículo 23 de la Orden de 15 de abril de 1980 establece que a la solicitud de autorización se acompañará, además de los textos y de los dibujos de la publicidad que se quiere hacer, «fotocopia de su calificación publicitaria»; lo que pone de manifiesto que el estar calificado como publicitario un medicamento o especialidad farmacéutica no dispensa de la solicitud de autorización administrativa correspondiente.

## **2. Las normas con rango de Ley de cobertura del Régimen vigente: La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 25/90, de 20 de diciembre, del Medicamento y la Ley 34/88, de 11 de noviembre, General de Publicidad.**

Las normas con rango de Ley en las que está llamada a incidir la jurisprudencia *Casado Coca* del Tribunal de Estrasburgo han sido todas ellas dictadas después de la Constitución en la creencia de que la publicidad no tiene que ver con la libertad de expresión. En este sentido las normas son claras en cuanto a la prohibición de la publicidad de los medicamentos sin previa autorización. Por otra parte no hacían sino recoger, como acabamos de ver, una larga tradición de intervención en la publicidad del medicamento que arranca del pasado siglo.

### *A.– La Ley 14/1986 General de Sanidad, de 25 de abril.*

La primera norma con rango de Ley que recoge esa tradición es la Ley General de Sanidad en cuyo artículo 102 se dispone que la publicidad de los medicamentos dirigida al público podrá ser objeto de calificación especial y sometimiento a autorización previa. La propia Ley en el artículo citado se limita a dar cobertura legal a los reglamentos que pudieran dictarse en el futuro, como en



efecto se dictaron, así como a legitimar los previamente existentes. Como puede verse por su tenor literal no establece directamente el régimen de autorización, sino que en realidad habilita a su establecimiento. Con ello se estaban legitimando los reglamentos anteriores en la medida en que no tuviesen cobertura clara y permitiendo en el futuro el establecimiento de nuevas normas, como en efecto se dictaron.

*B.- La Ley 34/88 General de Publicidad, de 11 de noviembre*

La Ley 34/88 General de Publicidad, de 11 de noviembre, recoge en su artículo 8 similar previsión habilitante para que determinados productos sanitarios puedan ser sometidos a un régimen de autorización previa. El artículo 8 citado no se limita a establecer esa posibilidad de sometimiento a autorización sino que regula con algo más de detalle y por primera vez sus condiciones.

Para empezar el número primero del artículo citado especifica las razones de la posibilidad de establecer tal régimen de autorización cuando vincula dicha posibilidad a que puedan generar riesgos para la salud o seguridad de las personas:

«1. La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones Técnico-Sanitaria, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud...podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa.».

Ciertamente los materiales o productos sanitarios mencionados en el precepto no llevan en el mismo ninguna justificación en cuanto a la razón por la que pueden ser sometidos a un régimen de autorización previa, que es una de las alternativas que se ofrecen en el precepto y cuyo significado luego se verá. La justificación se refiere, en realidad, a los demás «productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud». Es evidente, sin embargo, que en la mente del legislador debe ser el riesgo para la salud lo que debió de estar presente a la hora de establecer ese régimen. Hemos visto más atrás como en algunas de las normas con rango de Reglamento que sirven de precedente a la que ahora comentaremos era, ciertamente, la salud de los ciudadanos el motivo fundamental de la prohibición con reserva de dispensación. Aparece, por tanto, en el ámbito legislativo, una justificación dado por la propia norma en su texto normativo del porqué de la autorización previa. Explicación que puede tener su relevancia en la perspectiva de la calificación de la publicidad como libertad de expresión, como luego se verá.

Por otra parte, el número segundo del citado artículo 8 establece, además, un marco normativo desde la propia Ley para los reglamentos y actuaciones que en su ejecución puedan dictarse.

Tal marco normativo se refiere por una parte a los Reglamentos en su número 2º. A su tenor los Reglamentos deberán determinar la naturaleza y características de los productos, bienes y actividades y servicios que sean objeto de regulación. Significa ello, por tanto, la necesidad de previa determinación normativa de los productos, bienes y servicios que puedan someterse a dicho régimen. No será posible, pues, que sea la propia autoridad administrativa la que, caso por caso, deter-

mine en qué supuestos hace falta autorización previa. Tiene que ser la norma previa la que así lo determine. En la medida que, además, es preciso que en el propio Reglamento se establezca la exigencia de que en la publicidad de los mismos se recojan los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos, se está indicando que la causa de este régimen especial es precisamente la existencia de tales riesgos, que, si bien no impiden definitivamente la publicidad de tales productos, sí explican su sometimiento a un régimen especial de autorización previa para evitar que una publicidad sin control actualice los riesgos que se quieren evitar controlando el contenido de los mensajes publicitarios a través de la autorización previa.

El citado artículo 8 también dedica un número, el tercero, a regular el régimen del otorgamiento o denegación de las autorizaciones de publicidad estableciendo la obligación de motivar la denegación, así como un régimen de silencio positivo transcurrido el plazo de contestación a la solicitud de autorización.

Pero no sólo se limita a establecer la Ley que comentamos el régimen de autorización previa y su regulación, que aunque elemental es la primera vez que se contenía en nuestro Derecho, sino que además también establece con carácter general la cobertura de la posibilidad de la prohibición de los medicamentos de uso humano o animal cuando en el artículo 8 en su número cuarto dispone:

«4. Los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos destinados al consumo de personas y animales, solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen»

Fácilmente puede advertirse que si «solamente» pueden ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos, ello comporta la posibilidad de que en algunos casos no quepa la publicidad porque las normas no la prevean. El número 4º del artículo no especifica cuales pueden ser esos casos, formas y condiciones ni su razón de ser, pero es evidente que el número 2º del mismo artículo 8 es aplicable también a este posterior en cuanto que los Reglamentos que se dicten para desarrollar el número cuarto son también Reglamentos de desarrollo del número primero y por tanto están sujetos a lo que dispone el número dos. Ello significa que la razón de la prohibición en su caso habrá de ser la existencia de un riesgo si se autoriza la publicidad. Un riesgo tal que no puede conjurarse con el sometimiento a autorización previa, puesto que en la idea del legislador de 1986 esa sería la medida aconsejable por el principio de proporcionalidad: es decir, antes que prohibir, permitir pero sujeto a autorización previa. Luego se verá cómo funciona en este caso el principio de proporcionalidad ante la existencia de una prohibición explícita en nuestra Constitución de la censura previa. Pero en 1986 no podía sospechar el legislador que el discurso comercial pudiera merecer la calificación de derecho fundamental.

*C.- La Ley 25/90 del Medicamento, de 20 de diciembre.*

La Ley 25/90, de 20 de diciembre, del Medicamento dispone en su artículo 7:

«Queda expresamente prohibido:

c) la publicidad de fórmulas magistrales y preparados oficinales»

La expresa mención de este tipo de productos medicinales no supone que no se puedan prohibir otros, tales como las especialidades farmacéuticas o los medicamentos, puesto que el artículo 31 de la misma norma legal en su número 5º establece:

«5. El Ministerio de Sanidad y Consumo determinara las especialidades farmacéuticas que pueden ser objeto de publicidad cuando las mismas cumplan, al menos, los siguientes requisitos:

- a) No se destinen a la prevención o curación de patologías que requieran diagnóstico o prescripción facultativa, así como a aquellas otras patologías que determine el referido ministerio.
- b) Estén destinadas a la prevención, alivio o tratamiento de síndromes o síntomas menores.
- c) Se formulen con las sustancias medicinales expresamente establecidas por el Ministerio de Sanidad y Consumo en una lista positiva, la cual será actualizada periódicamente.
- d) Hayan demostrado, con amplia experiencia, ser seguras y eficaces para la indicación terapéutica correspondiente.
- e) En su aplicación, no podrá hacerse uso de la vía parenteral o de cualquier otra vía inyectable.
- f) La sujeción a las condiciones y criterios publicitarios establecidos en la autorización correspondiente por el Ministerio de Sanidad y Consumo respecto de cada especialidad farmacéutica».

La sola lectura de la letra a) de número 5º pone de relieve que las especialidades farmacéuticas que se destinen a la prevención y curación de patologías que requieren diagnósticos o prescripción facultativa no podrán ser autorizadas por la Administración. Tampoco lo podrán ser aquellas otras que determine el Ministerio de Sanidad. No hay aquí ninguna referencia a las razones de esa prohibición de publicidad que puede derivarse de la decisión del Ministerio de Sanidad y Consumo de acordarlo así, pero sí en el siguiente número 9 que debe entenderse referido a todos los números anteriores:

«9. Las Administraciones sanitarias, por razones de salud pública o seguridad de las personas, podrán limitar, condicionar o prohibir la publicidad de los medicamentos».

En todo caso resulta claro que sigue establecido el sistema de necesidad de autorización previa incluso para aquellos medicamentos que pudieran llamarse publicitarios, pues en ellos la Administración parece que pretende controlar el alcance y contenido de los mensajes publicitarios:

«6. Para su autorización, los mensajes publicitarios de las especialidades farmacéuticas deben reunir los siguientes requisitos:

- a) Ajustarse a las condiciones y exigencias que figuren en el registro de la especialidad farmacéutica de que se trata y a lo previsto en el apartado 5, f), de este artículo.
- b) Contener los datos identificativos y recomendaciones que se determinen por el Ministerio de Sanidad y Consumo para promover su utiliza-

ción racional, evitar su abuso y prevenir los riesgos derivados de la utilización normal de los mismos.

- c) No incluir expresiones que proporcionen seguridad de curación, ni testimonios sobre las virtudes del producto, ni testimonios de profesionales o de personas que por su notoriedad puedan suponer inducción al consumo.
- d) No utilizar como argumento publicitario el hecho de haber obtenido autorización sanitaria en cualquier país o cualquier otra autorización, número de registro sanitario o certificación que corresponda expedir, ni los controles o análisis que compete ejecutar a las autoridades sanitarias con arreglo a lo dispuesto en esta ley.

7. La autorización a que se refiere el apartado anterior será otorgada por el Ministerio de Sanidad y Consumo cuando se refiera a campañas promovidas en medios de difusión de ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o cuando se realice en el ámbito de una Comunidad sin competencias de ejecución de la legislación de productos farmacéuticos».

La autorización es así una autorización sobre una concreta campaña publicitaria y desde luego sólo podrá versar sobre los medicamentos que puedan considerarse publicitarios, respecto de los cuales el control se centrará en el contenido de la publicidad mediante la técnica de la autorización.

«8. El embalaje, envase, etiquetado y prospectos de las especialidades que no requieran receta médica contendrán aquellas advertencias que convengan a su naturaleza y, en especial, para prevenir su uso indebido y los riesgos derivados de la utilización normal de las mismas.

.....

10. Se prohíben las primas, obsequios, rebajas, premios, concursos o similares como métodos vinculados a la promoción o venta al público de los productos regulados en esta Ley.

11. No serán financiadas con fondos públicos las especialidades farmacéuticas de las cuales se haga publicidad dirigida al público, en cualquier forma».

### **3. La incidencia del Derecho comunitario.**

El examen de la normativa interna de nuestro país, incluso anterior a la adhesión de España a las Comunidades Europeas, pone de relieve que la intervención administrativa en la publicidad de los medicamentos es una práctica con diversas técnicas aplicativas que hunde sus raíces en el pasado siglo por no remontarnos a épocas anteriores al constitucionalismo moderno. Significa ello que las previsiones comunitarias sobre la publicidad de los medicamentos no son el origen de las intervenciones administrativas, ya revistan la forma de prohibiciones, ya revistan la de autorizaciones previas a la difusión de la publicidad. En todo caso parece necesario dar cuenta de la normativa comunitaria sobre publicidad de los medicamentos y su incidencia en la última regulación reglamentaria interna.

Existe una razón de conveniencia para examinar la normativa comunitaria, en la perspectiva que se adopta en este trabajo, que consiste en verificar cómo en

el Derecho comunitario la posibilidad de establecer intervenciones sobre la publicidad de los medicamentos pone de manifiesto que en la perspectiva europea, la misma no se preocupa de su posible vinculación con la libertad de expresión. Se parte de una concepción similar de ésta que la vincula, más bien, con la difusión de ideas políticas, religiosas o con cualquier tipo de contenido ideológico, distinto en todo caso del discurso comercial.

Así pues la posición del Tribunal de Estrasburgo obliga también a hacer una reflexión sobre el Derecho comunitario, especialmente después de que en el Tratado de Maastricht se incluyera un artículo F en el que expresamente se proclama:

«2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario».

La interpretación que el Tribunal hace del artículo 10 del Convenio de Roma, relativo a la libertad de expresión, para entender comprendida en ella también la publicidad tiene, por tanto, consecuencias para la Comunidad, con independencia de la mayor o menor fuerza que quiera darse al citado nuevo artículo F, por razón de las previsiones contenidas en los artículos K.2, K3 y K9. Con independencia de esas previsiones parece que, los derechos tal y como están formulados en el Convenio y por tanto, tal y como son interpretados por el Tribunal de Estrasburgo tendrán en todo caso el valor de principios generales del Derecho comunitario como dice el artículo F del Tratado de Maastricht.

Pues bien, la Comunidad ha dictado una serie de Directivas sobre los medicamentos desde los comienzos de la Comunidad. Se comprende que, casi desde el principio, se actuase así, puesto que los medicamentos no dejan de ser mercancías. Pero son de las mercancías en que su esencial vinculación con la salud, autorizaba a los Estados, más claramente que en ningún otro campo, a establecer regulaciones propias tendentes a garantizar a sus ciudadanos el derecho a la salud. Pero justamente por eso tales regulaciones, que podían ser de lo más heterogéneo, se erigían en un formidable obstáculo a la libre circulación de mercancías, en este caso los medicamentos, con el argumento bien fundado por otra parte de que no podían circular medicamentos que no cumplieran las normas internas de garantía de su bondad y, en definitiva, de su aptitud para incidir favorablemente en la salud de los ciudadanos.

Justamente por ello, los medicamentos y especialidades farmacéuticas, estaban llamados a ser objeto de la aplicación de la técnica de armonización de legislaciones que supone el uso de las Directivas que tempranamente empezarán a utilizarse en relación con los medicamentos y especialidades farmacéuticas. Ciertamente el uso de esta técnica se centra, en un primer momento, en los requisitos de autorización de los medicamentos y especialidades farmacéuticas y sólo tardíamente van a ser objeto de armonización las condiciones de publicidad de los mismos desde tres perspectivas: la de los medicamentos y especialidades farmacéuticas mismas, la de la publicidad de productos en general cualquiera que sea el medio y la de la publicidad en la televisión.



#### *A.- La publicidad engañosa.*

La Directiva del Consejo 84/450/CEE, de 10 septiembre de 1984, se enfrenta al fenómeno de la publicidad engañosa que puede afectar a la competencia y que por lo mismo estaba siendo abordada por los Estados miembros con criterios diferentes que podían constituir un obstáculo para la libre circulación de mercancías. Por ello se dicta la Directiva reseñada de la que debe ponerse de relieve la previsión en su artículo 4 de que tal tipo de publicidad pueda no sólo dar lugar a los procedimientos judiciales oportunos en cada país sino también ser llevada, cuando así lo prevean los ordenamientos internos ante

«Un Organismo administrativo competente, bien para pronunciarse sobre las reclamaciones o bien para emprender las acciones judiciales pertinentes».

Ello pone de relieve que en la idea de la Comunidad no está presente la conexión de la publicidad con la libertad de expresión, pues de otro modo no se entendería la admisión de una intervención en esa materia de órganos administrativos. Órganos que el propio número 2 del artículo 4º citado habilita para que puedan adoptar medidas como «ordenar el cese de una publicidad engañosa» o a «prohibir tal publicidad».

Lo normal, si de libertad de expresión se trata, es que sólo los Tribunales pudieran intervenir en una materia que tiene que ver con derechos fundamentales y que no fueran órganos administrativos quienes pudiesen ordenar el cese de la actividad constitutiva de publicidad engañosa que es a la que se refiere la Directiva.

#### *B.- La publicidad de medicamentos en televisión. La Directiva de Televisión sin Fronteras.*

La primera Directiva que trata de la publicidad de los medicamentos y especialidades farmacéuticas es la 89/552/CEE, también llamada Directiva de Televisión sin Fronteras. La perspectiva en la que hay que situar dicha Directiva no es propiamente la específica de los medicamentos y especialidades farmacéuticas, sino la de facilitar la transmisión de emisiones de Televisión desde los países comunitarios. Para ello el obstáculo que se erigía era el de la existencia de regulaciones nacionales dirigidas a proteger determinados bienes y valores que hacían muy difícil la difusión de señales de televisión desde otros países habida cuenta de que cada uno de ellos pretendía garantizar la protección de tales bienes o valores, que podían ser comprometidos por emisiones procedentes de otros países.

En realidad el problema viene de antiguo. Desde que se tuvo la convicción de las posibilidades de uso transnacional de satélites de difusión directa la comunidad internacional inició una reflexión en orden a regular la utilización de los mismos. En el ámbito de Naciones Unidas, así como también en el ámbito de uno de sus organismos especializados, la UNESCO, se inicia un debate que no consigue desbloquear el uso directo y sin limitaciones de los satélites de difusión directa. Los países del Tercer Mundo y los países del Bloque Soviético insistían siempre en el reconocimiento del derecho soberano de los Estados frente a difusiones directas desde el exterior. El temor a una colonización cultural de los países del Tercer Mundo, carentes de capacidad espacial e incluso de suficientes

contenidos de programación para alimentarla, estaba en la base de la posición de estos países. El temor a una invasión de informaciones de propaganda de lo que consideraban países capitalistas estaba en la base del temor de los países del bloque soviético.

En este contexto el único consenso al que pudo llegarse es al de los acuerdos entre Estados y el de la cooperación internacional, que partían del reconocimiento del respeto al derecho de los Estados a decidir las emisiones que podían serles enviadas desde el exterior.

Los pobres resultados encontrados en ese ámbito general de Naciones Unidas llevaron a la búsqueda de soluciones regionales, en ámbitos política y culturalmente más homogéneos, que permitiesen sentar, con carácter general, el principio de la libertad de difusión y recepción de emisiones provenientes desde el exterior. En ese contexto, y por lo que hace a Europa, el Consejo de Europa propicia la firma de un Convenio el Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, de 5 de Mayo de 1.989, y en el ámbito más específico de las Comunidades Europeas se aprueba la Directiva de 3 de Octubre de 1.989 (89/552/CE) sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

Centrándonos en esta última, aunque su razón de ser obedece a los mismos principios del Convenio Europeo antes mencionado, lo cierto es que la misma trata de hacer efectivo el principio de la libre emisión de programas desde cualquier punto del territorio Comunitario como expresión del derecho de libertad de recepción y como expresión, además, de la específica libertad comunitaria de prestación de servicios.

Los Estados miembros renuncian, pues, a su soberanía para determinar las emisiones que pueden recibir y permiten la recepción de cualquier tipo de emisiones siempre que se hagan desde el ámbito de los países de la Comunidad Europea.

Ahora bien, ese principio no se instrumenta sobre la base de una renuncia, sin más, de los Estados a ejercer los derechos soberanos que hasta ese momento venían ejerciendo; sino que parte del reconocimiento de la existencia de otros derechos legítimos que, más allá de la pura invocación de la soberanía, pretendían tutelar intereses justificados y legítimos y que era necesario cohonestar con el principio de libre recepción de emisiones.

Los Estados podían oponerse a la recepción indiscriminada de emisiones en la medida en que las mismas pudieran comprometer determinados valores de su ordenamiento: es el caso de la protección de la juventud y de la infancia, es el caso de la protección del honor; es el caso de la protección de la salud en la perspectiva que interesa a los efectos de este trabajo o finalmente es también el caso de la cultura o finalmente de la propia calidad de los programas emitidos en la óptica de la defensa de consumidores y usuarios.

Todos estos valores, en sí mismos legítimos, se erigían en obstáculos al libre flujo de las emisiones entre los países comunitarios. Era, pues, necesario establecer una normativa común que garantizase que esos valores eran respetados por todos los países desde los que se hicieran emisiones dirigidas a los demás. Era necesario garantizar un mínimo común denominador en materia de protec-

ción de la juventud y de la infancia, por ejemplo; y ese mínimo común denominador es el que se recoge en la Directiva 89/552/CEE. Finalmente, y en lo que se refiere a la calidad de la programación, también la Directiva trata de evitar que el legítimo interés de los Estados en evitar la degradación de los programas, especialmente a través de la publicidad y de la forma en que esta se practica, pueda ser un obstáculo a la libre circulación de las emisiones; obstáculo inevitable si cada Estado establece sus propias y diferentes regulaciones singulares con sus particulares requerimientos que dificultan o impiden la circulación de emisiones procedentes de los demás países. También aquí se dictan normas limitativas del porcentaje de publicidad y de la forma de hacerla, así como de determinados tipos de publicidad prohibida o restringida (bebidas alcohólicas, tabaco, etc.) que constituyen un mínimo armonizador que siempre que sea cumplido garantiza a la vez la defensa de tales intereses, y la libre circulación de las emisiones que satisfagan esos mínimos indispensables.

Las normas sobre publicidad que se contienen en la Directiva tratan de atender a dos objetivos diferentes. De una parte tratan de proteger al espectador en cuanto espectador, esto es, en cuanto consumidor de emisiones para que no se vea perjudicado por una rebaja de calidad insoportable de las mismas a consecuencia de la frecuencia de los cortes publicitarios que pueden llegar a afectar a una obra artística o cinematográfica que no debe verse interrumpida por dichos cortes (lo que también puede suponer una infracción del derecho de autor a que su obra se vea en condiciones dignas y adecuadas). Y para evitar que con ese legítimo objetivo se hagan diferentes regulaciones que en su propia diferencia constituyan una barrera a la libre circulación de emisiones se establecen unas reglas comunes que atienden de forma homogénea a alcanzar el mismo objetivo, pero de forma común que no implique una barrera por las diferencias de regulaciones nacionales.

Por otra parte se trata de proteger a la colectividad en general y al espectador en su condición de consumidor de los productos anunciados y en ese sentido las normas de la Directiva pretenden que la emisión de publicidad, en cuanto afecta a productos que pueden considerarse dañinos para la salud, aunque no estén prohibidos, no deben ser objeto de promoción especial en la televisión. Se comprende que el alcohol o los medicamentos y especialidades farmacéuticas entren en esta categoría de bienes cuya publicidad los Estados podían prohibir o restringir cada uno de maneras diferentes. Esas diferencias podían llegar a ser un obstáculo a la libre circulación de las emisiones. Por ello la Directiva, consciente de la justificación de establecer limitaciones trata sin embargo de fijar el mínimo que debe permitir, si se cumple, nadie vea impedido su derecho de recibir y emitir programas de televisión de, y para, otros países.

En ese sentido el artículo 14 de la Directiva establece:

«Queda prohibida la publicidad televisada de medicamentos y de tratamientos médicos que únicamente puedan obtenerse por prescripción facultativa en el Estado miembro del que dependa el organismo de radiodifusión televisiva».

El alcance de dicha prohibición podría resultar matizado por la previsión que se contiene en el artículo 20 de la propia Directiva cuando establece la posibili-



dad de establecer condiciones distintas para emisiones destinadas al territorio nacional y que no puedan ser recibidas directa o indirectamente en los restantes Estados miembros.

En todo caso lo relevante del sistema establecido es, en primer lugar, que es la normativa interna de cada Estado miembro la que puede establecer algunas diferencias en cuanto a que medicamentos necesitan de prescripción facultativa (aunque también se dé en este punto una aproximación de las legislaciones de los diferentes países), y en segundo lugar que la Directiva se limita a las emisiones por televisión con lo que no existe normativa comunitaria relativa a la publicidad por otros medios como la radio o la prensa. En los mismos será cada derecho interno el que establezca las limitaciones oportunas.

Pues bien tal Directiva 89/552/CE ha sido objeto de transposición a nuestro Derecho en términos casi literales por la Ley 25/94, de 12 de Julio. La incorporación al Derecho interno es prácticamente literal y, en lo que se refiere a la publicidad de los medicamentos y especialidades farmacéuticas, el artículo 10 en su letra c) en los términos de la Directiva prohíbe:

«La publicidad de medicamentos y de tratamientos médicos que sólo puedan obtenerse por prescripción facultativa en el territorio nacional»

La Ley, sin embargo, a diferencia de la Directiva introduce en su artículo 9 una cláusula general de declaración de ilicitud de la publicidad

«Que fomente comportamientos perjudiciales para la salud o a la seguridad de las personas o para la protección del medio ambiente; atente al debido respeto a la dignidad humana o a las convicciones religiosas y políticas: o discrimine por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social».

Esa redacción no se ajusta a la Directiva, lo que no ocasiona problemas para las personas sujetas a la jurisdicción del Estado español en la medida en que la Directiva permite a los Estados establecer disposiciones más estrictas en su artículo 3:

«Los Estados miembros quedarán facultados, en relación con los organismos de radiodifusión televisiva que dependen de su competencia, para establecer prohibiciones o normas más estrictas o más detalladas en los sectores cubiertos por la presente Directiva».

Tales disposiciones se refieren en todo caso a las emisiones destinadas al exterior, aunque también pueden imponerse a las destinadas al territorio nacional propio pues el artículo 20, en este supuesto, prevé la posibilidad de establecer disposiciones «distintas»; por tanto, no sólo más estrictas, sino también más flexibles. Lo que no podrá ocurrir nunca es que cada Estado, para las emisiones destinadas a países de la Comunidad, permita normas más flexibles, pues entonces perdería todo efecto armonizador la Directiva.

La cláusula general del artículo 9 de la Ley española parecería que permite una regulación más estricta o severa en la medida en que considera ilícita cualquier publicidad que fomente comportamientos perjudiciales para la salud o la seguridad de las personas; pues, tal cláusula, aunque no referida específicamente a los medicamentos y especialidades farmacéuticas, lo cierto es que

podría también entenderse que comprendía a los medicamentos en cuanto estos pusieran en peligro la salud de las personas.

En todo caso la Ley española, de conformidad con el contenido de la Directiva que transpone, limita su ámbito a la Televisión, por lo cual, en principio, podía parecer que, de acuerdo con su tenor literal, no afecta a la publicidad en los demás medios de comunicación. Esto no es así, como antes se ha expuesto, dada la existencia de normas internas previas que no puede considerarse derogadas por contradicción con la Ley 24/94, de 12 de julio, pues dicha contradicción no existe precisamente por limitar esta última su ámbito a la televisión, por lo que nunca podrá ser su regulación contradictoria con otras previas que se refiriesen a ámbitos diferentes o más amplios, como es el caso de las normas relativas a la publicidad por cualquier medio.

*C.- Las Directivas directamente dirigidas a regular la publicidad de los medicamentos y especialidades farmacéuticas.*

La Directiva de Televisión sin Fronteras incide en la publicidad de los medicamentos y especialidades farmacéuticas, pero no lo hace en una perspectiva de regular específicamente ésta, con finalidades de regular directa y exclusivamente el sector de la publicidad de los medicamentos y especialidades farmacéuticas y de proteger los intereses generales de la población.

Esa exclusividad en el tratamiento del tema es la que se da, en cambio, en el conjunto de las Directivas de 31 de marzo de 1992: las Directivas 92/26/CEE, 92/27/CEE y 92/28/CEE que pretenden dar un tratamiento sistemático a la clasificación de los medicamentos de uso humano, al etiquetado y prospectos de los mismos y, finalmente, a su publicidad respectivamente.

De las tres Directivas nos interesa sólo la tercera –la 92/28/CEE– referida específicamente a la publicidad, si bien las otras y especialmente la relativa a la clasificación tenga mucha relación en la medida en que la determinación de que medicamentos necesitan prescripción facultativa para su dispensación, es el criterio también utilizado para determinar qué publicidad puede ser hecha en la televisión.

Las principales medidas que, a los efectos de este trabajo, pone en pie la Directiva y que ya existían en nuestro Derecho son las siguientes:

- Distinción de la publicidad dirigida al público y a los profesionales facultados para dispensarlos o prescribirlos.
- La prohibición de publicidad de medicamentos no autorizados.
- La prohibición de publicidad de determinados medicamentos pese a estar autorizados en atención a determinadas características objetivas de los mismo o de las enfermedades que tratan de combatir.
- El contenido y los requisitos de la publicidad.

Al servicio de esas medidas se instrumenta la técnica del control previo y la del control voluntario. El artículo 12 en sus números 1 y 4 establecen dichas técnicas de control, aunque su desarrollo en la propia Directiva no sea muy afortunado al mezclar en los número 2 y 3 de dicho artículo medidas de control que sólo tienen que ver con la publicidad engañosa y al no extender tal control a la publicidad que, aunque no sea engañosa, sea una publicidad contraria a la

Directiva. No obstante los números 1 y 4 del citado artículo se refieren a todo tipo de publicidad de los medicamentos sin limitarla a la engañosa. El número 1 del artículo 12 de la Directiva dispone en efecto:

«Los Estados miembros velarán por la existencia de medios adecuados y eficaces que permitan controlar la publicidad de los medicamentos. Estos medios, que podrán basarse en un sistema de control previo, deberán incluir en cualquier caso disposiciones con arreglo a las cuales las personas u organizaciones que tengan, según la legislación nacional, un interés legítimo en la prohibición de una publicidad incompatible con la presente Directiva puedan interponer una acción judicial contra esta publicidad, o plantear el caso de dicha publicidad ante un órgano administrativo competente para decidir sobre las reclamaciones o para iniciar las correspondientes diligencias judiciales».

Por su parte el número cuarto del mismo artículo dispone:

«El presente artículo no excluye el control voluntario de la publicidad de medicamentos por parte de organismos de autorregulación y el recurso a tales organismos, si ante los mismos pueden seguirse procedimientos, con independencia de los procedimientos judiciales o administrativos contemplados en el apartado 1».

Como se ve en el primer apartado se permiten técnicas de control previo, lo que supone que en el ámbito de la Comunidad ningún problema plantea la cuestión de la relación de la publicidad con la libertad de expresión para instrumentar, o permitir a los Estados que instrumenten, técnicas de control previo. La Directiva no menciona expresamente las autorizaciones previas, pero pueden entenderse comprendidas en la habilitación general que en el número primero del artículo 12 se contiene. Sí se menciona expresamente la necesidad de disposiciones que permitan a quienes tengan un interés legítimo en la prohibición de una publicidad incompatible con la Directiva no sólo acudir a la vía judicial, sino incluso ante un órgano administrativo con capacidad de conocer de las correspondientes reclamaciones; de nuevo, pues, la conexión de la publicidad con la libertad de expresión, posteriormente puesta de manifiesto por la sentencia *Casado Coca*, no había sido todavía objeto de preocupación para la Comunidad. Hace falta saber si tal sentencia le obliga, en realidad, a un cambio de posición. Obliga en todo caso a una reflexión que anticipe las consecuencias y busque soluciones a los eventuales problemas que pudieran suscitarse, sin prejuzgar todavía si hay motivo para ello.

Finalmente las técnicas de control voluntario por organismos de autorregulación están también permitidas por la Comunidad en el número 4 del artículo 12. La consulta voluntaria que instrumentan nuestras normas internas no está pensada como mecanismo de autorregulación, pues es la Administración la que las resuelve. La cuestión que puede suscitarse es la de si tales mecanismos de consulta voluntaria por parte de la Administración, con independencia de otros supuestos problemas de constitucionalidad, suscitan algún problema en orden a su conformidad al Derecho comunitario por no tratarse de mecanismos de autorregulación como quiere la Directiva. Dejando aparte los temas de constitucionalidad, que luego se abordarán, no puede dejar de

señalarse que la sola mención de sistemas de control voluntario por parte de organismos de regulación no quiere decir que se excluyan otros sistemas de control voluntario.

La mención expresa de controles voluntarios por organismos de autorregulación, podría pretender interpretarse como que sólo esos sistemas, expresamente mencionados, son admisibles. Por una parte la explícita previsión pondría de relieve que tal previsión era necesaria, pues de otra manera no se hubiese dicho en la Directiva; para esa postura sólo lo expresamente previsto en la Directiva sería lícito y por tanto no sería posible un mecanismo de control voluntario efectuado por la Administración.

Esa interpretación, sin embargo, no puede juzgarse acertada, no sólo por que el argumento *inclusius unius, exclusius alterius* no sea nunca concluyente como puso de relieve VILLAR PALASÍ, sino además porque la consulta voluntaria a la Administración está en realidad legitimada por la mención que, en el número 1 del propio artículo 12 de la Directiva que se comenta, se hace a la posibilidad de establecer sistemas de controles previos. Ninguna duda puede caber sobre que la consulta voluntaria es una variante o un complemento de un sistema de control previo.

Por otra parte, se comprende que un sistema de autorregulación precise de una mención especial, puesto que, en definitiva, supone dejar a los propios interesados el control previo en lugar del control previo ejercido por los Tribunales o por la Administración. Tal posibilidad tenía que estar prevista por la Directiva comunitaria, pues no es la misma la posición de objetividad e imparcialidad de la Administración en nuestro Derecho establecida a nivel constitucional en el artículo 103 de nuestra Norma suprema que la de fórmulas de autorregulación; sin que ello suponga poner en cuestión la utilidad de tales mecanismos de autorregulación. Lo que quiere decirse es que la previsión de fórmulas de control voluntario por parte de organismos de autorregulación podía ser necesario hacerla de forma expresa, precisamente por tratarse de sistemas de autorregulación, pero no era necesario preverla en la perspectiva de fórmulas de control voluntario de publicidad de los medicamentos ejercidas por las Administraciones públicas a petición de los laboratorios anunciantes. En definitiva, que la existencia de tales fórmulas de control voluntario, con independencia de los supuestos de autorregulación, no suponen ningún exceso en la perspectiva de las previsiones de las normas comunitarias.

#### **4. Las técnicas establecidas en las normas reglamentarias vigentes.**

Toda la normativa interna y comunitaria que anteriormente se ha comentado ha sido objeto de desarrollo por dos disposiciones reglamentarias importantes que resumen y regulan con detalle la actividad publicitaria en relación con los medicamentos y especialidades farmacéuticas. Se trata de los Reales Decretos 1416/94, de 25 de junio y 1907/96, de 2 de agosto. El primero relativo a la publicidad de los medicamentos de uso humano (recogiendo ya la terminología comunitaria) y el segundo relativo a la publicidad de «productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria».

Nos interesa fundamentalmente dar cuenta de las técnicas más relevantes, a los efectos de esta investigación, que se establecen en ambos reglamentos que no constituyen sino una reiteración de las ya existentes con anterioridad:

- Prohibiciones generales de publicidad.
- Distinción entre la publicidad dirigida al público y la dirigida a las personas facultadas para prescribir o dispensar los medicamentos de uso humano.
- Sometimiento a autorización de la concreta publicidad de cada medicamento.
- Determinación las características de las campañas publicitarias y del contenido de la publicidad.
- Comunicación a la Administración de la publicidad dirigida a los facultativos habilitados para dispensar o prescribir los medicamentos de uso humano.
- Comunicación a la Administración por parte de los responsables de las publicaciones científicas o profesionales de determinados datos y
- Clasificación de determinados medicamentos como «publicitarios» y compromisos.

Hay otros muchos otros aspectos en los Reales Decretos que analizamos, como puede ser toda la regulación del régimen de visitas médicas u otros medios de publicidad como el patrocinio de reuniones, los premios, becas y muestras gratuitas a los profesionales. Pero lo que interesa, a los efectos de la perspectiva en la que queremos situarnos, son todas aquellas técnicas que pudiéramos conceptualizarlas más directamente como limitaciones de la libertad de expresión, partiendo del dato de que el Tribunal de Estrasburgo ha calificado precisamente la publicidad como manifestación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En esa perspectiva lo que puede constatarse es que tales Reales Decretos continúan con las técnicas que ya habían sido puestas en pie con anterioridad. Nos interesan especialmente las prohibiciones y las autorizaciones en la medida en que puede suscitarse la cuestión de si son legítimas tales técnicas por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental de libertad de expresión.

Junto a las prohibiciones y autorización previas de la publicidad, los Reales Decretos citados contienen, también, una regulación que afecta a las características de la publicidad de aquellos medicamentos de uso humano calificados de publicitarios. Se trata en este caso de determinar los requisitos que debe satisfacer la concreta publicidad para poder ser autorizada. Tales requisitos tienen que ver con la veracidad de la campaña (la información que debe darse sobre el medicamento), con la prohibición de la publicidad engañosa, con los estímulos que se utilizan para promover la compra del medicamento (no se pueden, por ejemplo, emplear personas de notoriedad para recomendar el uso de los medicamentos de uso humano o no se puede sugerir que su efecto está asegurado) o, entre otras, la mención de determinadas enfermedades.

#### *A.- Prohibiciones.*

Se prohíbe la publicidad de los medicamentos de uso humano todavía no autorizados para su comercialización (artículo 2.1 del Real Decreto 1416/94) y además los que prevé el artículo 7 de la misma norma:

«Artículo 7. Medicamentos excluidos de la publicidad.

1. Quedan excluidos de la publicidad destinada al público los medicamentos:

- a) Que sólo pueden dispensarse por prescripción facultativa.
- b) Que contengan sustancias psicotrópicas o estupefacientes con arreglo a lo definido en los convenios internacionales.

2. Queda igualmente excluida la publicidad al público de los medicamentos que forman parte de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud».

El artículo 7 que acaba de transcribirse parece no hace uso del apoderamiento que el artículo 31.5 a) de la Ley 25/90, del Medicamento, otorga al Ministerio de Sanidad en cuanto que no amplía, aparte de las sustancias psicotrópicas, la lista de patologías que, aún no requiriendo prescripción facultativa, el citado precepto habilitaba para que los medicamentos a ellas destinados pudiesen no ser considerados como susceptibles de publicidad:

«5. El Ministerio de Sanidad y Consumo determinará las especialidades farmacéuticas que pueden ser objeto de publicidad cuando las mismas cumplan, al menos, los siguientes requisitos:

- a) No se destinen a la prevención o curación de patologías que requieran diagnóstico o prescripción facultativa, así como a aquellas otras patologías que determine el referido Ministerio».

En este punto el Reglamento ha ido más allá de lo que preveía la Ley 25/90 que habilitaba al Ministerio para ampliar la lista de los medicamentos que podían no ser susceptibles de publicidad, a pesar de no estar sujetos a prescripción facultativa. Lo cierto es que donde la Ley habilitaba al Ministerio para determinar los medicamentos publicitarios, el reglamento cierra esa posibilidad limitándose a aquellos contemplados en el primer inciso de la letra a) transcrita, sin ninguna referencia al segundo inciso de la referida letra. La razón de ello puede estar en la redacción de la Directiva a la que en este punto sigue fielmente el Reglamento, pues la Directiva no contempla la posibilidad de ese segundo inciso de la letra a) del artículo 31.5 de la Ley 25/90. Ello no obstante es la Ley la que en este caso debía ser objeto de modificación.

La última prohibición de publicidad es la que afecta a los medicamentos que forman parte de la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud. La cobertura de esa prohibición está en el artículo 3.3 de la Directiva 92/28/CEE.

*B.- Autorizaciones previas.*

Otra de las técnicas relevantes es la de la autorización, utilizada profusamente en el Reglamento 1416/94. En efecto, en el ámbito de la publicidad dirigida al público en general, y respecto de medicamentos susceptibles de publicidad, por tanto de los no prohibidos, es obligatoria la obtención de la previa autorización cuya función es, además de verificar que se trata de un medicamento publicitario, comprobar que la forma y los requisitos de la publicidad se cumplan.

En ese sentido la publicidad tiene que cubrir determinados objetivos de información veraz y suficiente al público y no tiene que incurrir en contenidos o formas prohibidas. Aquí la prohibición no se refiere al medicamento mismo, sino a

la forma de hacer la publicidad de medicamentos que, en sí mismos, son publicitarios; también puede referirse al contenido de la publicidad.

Por lo que hace a la autorización cuya finalidad es verificar que se trata de una publicidad relativa a un medicamento de uso humano «publicitario», así como que se cumplen los requisitos de todo tipo relativos a la publicidad misma el artículo 22 del Reglamento la establece en los siguientes términos:

- «1. La publicidad destinada al público requiere autorización previa por la autoridad sanitaria competente, de acuerdo con el apartado 7 del artículo 31 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.
2. La solicitud incluirá el nombre del laboratorio, medicamento objeto de la publicidad y medios de difusión que se pretenden emplear. A la solicitud deberá acompañar la siguiente documentación:
  - a) Prospecto autorizado del medicamento.
  - b) Copia de la documentación de la publicidad, con los textos, dibujos y demás elementos que la integren.
  - c) Informe del servicio científico a que se refiere el artículo 20, en el que se justifique la conformidad de los elementos publicitarios con lo establecido en este Real Decreto».

Como se ve la autorización se refiere a la publicidad concreta que va a hacerse de un medicamento destinado al uso humano. A través de la documentación que se exige se trata de comprobar que se cumplen los requisitos y formalidades que se establecen en los artículos 5 y 6 y que se refieren tanto al contenido positivo de identificación del producto o de adopción de medidas de precaución, como a no incurrir en las prohibiciones. Las primeras tratan de garantizar una información veraz y suficiente y las segundas que no se produzca una publicidad abusiva. Entre las primeras tenemos el número 1 del artículo 4 en sus letras a y b o el número 3:

«Art. 5.1 Toda publicidad destinada al público deberá:

- a) Realizarse de manera tal que resulte evidente el carácter publicitario del mensaje y quede claramente especificado que el producto objeto de publicidad es un medicamento.
- b) Contener los datos identificativos y recomendaciones que se determinen por el Ministerio de Sanidad y Consumo para evitar su abuso y prevenir los riesgos derivados de la utilización normal de los mismos.

.....

3. En el mensaje publicitario aparecerá la mención: «en caso de duda consulte a su farmacéutico» o una expresión similar.»

Pero además de estas previsiones que tratan de que se facilite al público una información veraz y suficiente, que procure un uso responsable de los medicamentos con medidas positivas, se trata también de evitar las campañas irresponsables, que tratan no de orientar sino de seducir al público con el recurso a técnicas publicitarias que, si en otros campos no hacen necesaria la intervención de los poderes públicos, en el de la salud justifican las medidas de intervención previa que pretenden asegurar que se cumplen las previsiones de las normas sobre la publicidad. Tal es el caso de las que contiene el artículo 6 cuando esta-

blece prohibiciones bajo sus letras a), b),c),f) i) o j)), al no poderse incluir en la publicidad ningún elemento que:

- «a) Atribuya a la consulta médica o a la intervención quirúrgica, un carácter superfluo, especialmente ofreciendo un diagnóstico o aconsejando un tratamiento por correspondencia.
- b) Sugiera que su efecto está asegurado, que carece de efectos secundarios o que es superior o igual al de otro tratamiento u otro medicamento.
- c) Sugiera que el usuario puede mejorar su salud mediante su empleo, o puede verse afectada en caso de su no utilización; esta última prohibición no se aplicará a las campañas de vacunación reguladas en el artículo 9 de este Real Decreto.
- .....
- f) Se refiera a una recomendación que hayan formulado científicos, profesionales de la salud u otras personas que puedan, debido a su notoriedad, incitar al consumo de medicamentos.
- .....
- i) Pueda inducir, mediante una descripción o representación detallada de la anamnesis, a un falso autodiagnóstico.
- j) Se refiera de forma abusiva, alarmante o engañosa a testimonios de curación».

Finalmente la autorización debe verificar también que en la publicidad no se contiene mención a determinadas enfermedades según dispone el artículo 7.2 del Reglamento:

«Se prohíbe la mención en la publicidad destinada al público de las siguientes indicaciones terapéuticas:

- a) Tuberculosis.
- b) Enfermedades de transmisión sexual.
- c) Otras enfermedades infecciosas graves.
- d) Cáncer y otras enfermedades tumorales.
- e) Insomnio crónico.
- f) Diabetes y otras enfermedades del metabolismo».

Por último debe señalarse que la técnica de la autorización previa se prevé también en el Reglamento en los supuestos de publicidad a los médicos respecto de los medicamentos y especialidades farmacéuticas en determinados supuestos excepcionales (artículo 26)

#### *C.– Otras técnicas de intervención administrativa.*

Entre las demás técnicas que pueden ser relevante para el objeto de nuestro estudio deben señalarse las comunicaciones de la publicidad que deben hacerse, conforme al artículo 25 del Reglamento que se analiza, incluso en los supuestos de publicidad dirigida a los profesionales que pueden prescribir los medicamentos de uso humano.



También merece reseñarse la obligación de los medios de comunicación de carácter científico y profesional de acuerdo con el artículo 15 de comunicar:

- a) La condición de las publicaciones o medios audiovisuales como soportes adecuados para admitir publicidad de medicamentos.
- b) Declaración expresa de asumir la responsabilidad de garantizar que la difusión de tales medios se realizará exclusivamente a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos.
- c) Ambito de difusión del medio (nacional o autonómico).

En relación con este tipo de publicaciones figura también la imposición de una obligación de conducta mediante la cual los directores de las publicaciones están obligados a verificar para su publicación los contenidos publicitarios que se les remitan por los laboratorios de acuerdo con el artículo 15.4:

«Los titulares de los soportes publicitarios, sólo podrán admitir mensajes de publicidad de medicamentos que reúnan los requisitos establecidos en el presente Real Decreto».

Son, pues, muchas las técnicas que se usan en materia de publicidad de los medicamentos de uso humano; técnicas que implican una profunda intervención en la publicidad; intervención plenamente justificada, por otra parte, por razón de los intereses de salud ciudadana implicados. Pero esa justificación no excusa de enfrentarse a la situación en que queda toda esa regulación después de la consideración de la publicidad en general como una manifestación más de la libertad de expresión.

Esa es la cuestión que abre la sentencia Casado Coca y, como se ha visto, no es una cuestión menor habida cuenta de la abundancia de técnicas que comportan una fuerte intervención administrativa que, si estuviéramos en el campo de la libertad de expresión clásica, escandalizaría por las fuertes limitaciones que comporta en una libertad que es incompatible con regímenes de intervención administrativa previa y no digamos de censura expresamente prohibida por la Constitución.

Pero antes de entrar en ello conviene recordar la evolución de la jurisprudencia europea y comparada hasta llegar a la sentencia Casado Coca.

### **III. LA JURISPRUDENCIA CASADO COCA Y SUS ANTECEDENTES COMPARADOS.**

#### **1. Publicidad y artículo 20 de la Constitución.**

En principio ninguna duda cabe acerca de que la publicidad tiene que ver con la libertad de expresión y con la libertad de información. Tampoco cabe duda de que el «discurso comercial» o publicitario poco, o nada, tiene que ver con la nobleza de objetivos políticos e ideológicos que están detrás del reconocimiento histórico de tales libertades en los textos constitucionales modernos; pero una cosa es que no tengan relación con las causas de su razón de ser histórica y otra negar toda afinidad a la expresión de las ideas sobre un acontecimiento o sobre

un producto; las ideas sobre la excelencia de éste podrán estar condicionadas por el afán de lucro, por el afán de venderlo para obtener un beneficio; pero ello no puede hacer ocultar la identidad objetiva del proceso de expresión e información por más que las motivaciones sean muy distintas. Pero la motivación no siempre es relevante en las libertades de que tratamos; es más, una buena parte de las conquistas históricas al respecto consisten en no empeñarse en saber las motivaciones de los hombres para expresarse de una forma u otra, pues eso puede ser la antesala del control de la libertad de expresión; el control de la firmeza de convicciones o de su carácter desinteresado es ajena a los usos y prácticas democráticas que prefieren reconocer –sin más– el derecho a la libertad de expresión e información. Los motivos sólo en determinados supuestos pueden ser relevantes, como es el caso de las expresiones injuriosas.

La afinidad y similitudes del discurso comercial con el discurso informativo o con el ideológico, no nos pueden hacer olvidar el dato de que no siempre se les ha reconocido la misma genealogía. Tampoco que, en ocasiones, como es el caso de los Estados Unidos, ha ido cambiando la forma de concebirlo. Conviene a tal efecto detenernos brevemente en el ejemplo de los Estados Unidos que es bien expresivo de las dificultades del concepto y de un camino recorrido que bien puede ser nuestro camino a recorrer, como luego veremos.

### **1.1. El «commercial speech» en la jurisprudencia americana.**

La posición del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a propósito de la publicidad ha ido evolucionando desde una posición de separación y distinción entre una y otro, hasta una asimilación, que no ignora algunas de sus diferencias.

La posición negadora de la asimilación, conocida bajo el nombre de la doctrina del «commercial speech», sufre una importante erosión que acaba finalmente con la admisión de la aplicación de la primera enmienda a las manifestaciones publicitarias y consecuentemente a la protección de la publicidad frente a prohibiciones no justificadas o irrazonables. El caso Virginia (*Virginia State Board of Pharmacy c. Virginia Citizens Consumers Council Inc.* 1976 ) marca el punto de inflexión de la doctrina del Tribunal en esta materia; la Asociación de consumidores del Estado de Virginia se alza contra la legislación de éste, que prohibía a los farmacéuticos la publicidad del precio de las medicinas. El Tribunal Supremo americano va a considerar contraria a la primera enmienda de la Constitución Americana la referida ley del Estado de Virginia. En su decisión, el Tribunal Supremo considera los intereses y derechos de los anunciantes, pero también los de los consumidores y los del público en general. Hay pues un interés en la sociedad en recibir información que permita una elección correcta de las decisiones que conforman una sociedad basada en el libre mercado.

Son numerosas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo americano después de la sentencia Virginia confirmando su doctrina. Es significativa a ese respecto la sentencia Bates (*Bates c. State Bar of Arizona* 27-7-1977); se trataba de la prohibición de publicidad a los abogados respecto de los honorarios de sus servicios. El Tribunal Supremo de Arizona no consideraba aplicable la primera enmienda de la Constitución Americana invocada por los recurrentes. Por el contrario, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos va a ratificar su doctrina

al respecto y por tanto la conexión de la publicidad con la libertad de expresión e información.

La doctrina del Tribunal Supremo, desde entonces, ha ido depurando el alcance y límites de las posibles intervenciones que en atención a la defensa de distintos intereses pueden legitimar restricciones y limitaciones en esa publicidad: la defensa de los consumidores frente a la publicidad engañosa es uno de los claros límites, pero no es el único. Así, en el caso *Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Services Commission of New York* la cuestión va a ser la de saber hasta que punto el ahorro de energía puede ser un interés que justifique restricciones en la publicidad que trate de incentivar, por el contrario, tal consumo. El Tribunal Supremo declara en su sentencia, a petición de una compañía productora de electricidad que veía limitada su capacidad de hacer publicidad, que el objetivo perseguido por la prohibición es legítimo, pero, siendo legítimo el mismo, el medio empleado –la prohibición de la publicidad que fomentase el consumo de la energía– era excesivo; en el caso concreto porque la Administración no había demostrado que no hubiese un medio menos costoso, desde el punto de vista del sacrificio de derechos, para lograr el mismo objetivo; al hacer recaer en la Administración la obligación de tal prueba hacía muy difícil la posibilidad de establecer limitaciones en la publicidad por razones de interés general. No obstante, lo relevante es que se admite la posibilidad de establecer tales limitaciones, lo que pone de manifiesto la existencia de diferencias entre la publicidad y la libertad de expresión no publicitaria, pero no que no se le aplique la primera enmienda a la publicidad, lo que significa en definitiva que la publicidad pertenece al ámbito de la libertad de expresión, por más que la existencia de otros valores o bienes puedan autorizar un tratamiento especial de la misma.

En realidad todo el debate a partir de las sentencias indicadas se va a centrar en la forma de controlar los límites y restricciones que se impongan al discurso publicitario. Tales restricciones se van a someter a los test que el Tribunal Supremo americano va a ir estableciendo, para garantizar la existencia de un interés general que justifica la limitación y la adecuación o proporcionalidad entre el medio o restricción elegida y el fin que se pretende. Es en este campo del test de proporcionalidad entre el medio y el fin, en el que se van a experimentar las variaciones más significativas y relevantes, pero sin poner en cuestión nunca la caracterización de la publicidad como una manifestación de la libertad de expresión e información. La doctrina de la prueba de que el medio empleado es el menos gravoso experimenta una notable atenuación con la doctrina de la sentencia *University of New York (Board of Trustees of the University of New York v. Todd Fox*. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989. 492 US, pgs 469 y ss) que parece confirmar la sentencia *Peel (Gary Peel v. Attorney Registration and Disciplinary Commission of Illinois*. Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1990, 496 US, pgs 91 y ss). En aquella se trata de un Reglamento de la Universidad de Nueva York que prohíbe la realización de actividades de promoción publicitaria en el campus de la Universidad y de la intervención de la policía del Campus de una empresa que realizaba un «*tupperware party*» en la habitación de un estudiante; el Tribunal Supremo no va a ser tan exigente como en *Central Hudson* al no exigir la superación del test de demostrar que el medio ele-

gido es el menos restrictivo de los posibles, sino que se conforma con que se compruebe que hay una concordancia razonable entre los medios y los fines, aunque no sea absolutamente perfecta; a esa perfección parece reconducirse el test del medio menos restrictivo, que puede considerarse un test de perfección, en cuanto que no hay otro medio mejor lo que hacía mucho más difícil la justificación de las intervenciones y limitaciones sobre la publicidad.

En definitiva, no es la consideración de la publicidad como algo relacionado con la primera enmienda lo que se somete a discusión en toda esta doctrina, sino los límites que a la misma puedan establecerse por razón de otros intereses concurrentes. La doctrina del «*commercial speech*» como algo diferente a la libertad de expresión queda así finalmente superada.

La influencia de la posición de los Estados Unidos sobre la jurisprudencia canadiense no es evidente pero desde luego desde finales de la década de los ochenta el Tribunal Supremo de aquel país viene sentando una jurisprudencia que no duda en emparentar, cuando no francamente relacionar e incardinar el discurso comercial con la libertad de expresión.

La manifestación más clara de esa posición está en la sentencia *RJR-MacDonald v. Attorney General of Canada* de 1995 en la que se declara inconstitucional de acuerdo con los principios y exigencias de una sociedad libre y democrática una Ley de prohibición de la publicidad del tabaco. También pues en el país vecino de los Estados Unidos el discurso comercial empieza a tener sus propias exigencias en el debate sobre los derechos y libertades al emparentarse con la libertad de expresión.

### **1.2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y publicidad.**

El Tribunal de Estrasburgo también ha tenido que pronunciarse sobre la relación de la publicidad con la libertad de expresión; su doctrina no ha sido uniforme: de una posición inicial reticente a la asimilación ha llegado en sus últimas sentencias a identificar la publicidad con la libertad de expresión.

Seguramente es la Comisión de la Unión Europea la primera que se enfrenta con la cuestión en una decisión en la que están en juego no sólo la libertad de expresión sino también la libertad de conciencia y la libertad religiosa. En su decisión «*Church of Scientology and X v. Sweden*» la Comisión considera legítimas las limitaciones impuestas a la publicidad de un aparato destinado a medir el estado del alma y de sus variaciones (el electrómetro Hubbard); en realidad lo prohibido no era la publicidad ni la venta del aparato sino las expresiones concretas que se utilizaban que, se entendía, podían equivocar al público. Después de excluir que en el caso concreto se esté ante un supuesto de restricciones al ejercicio de la libertad religiosa (el precitado aparato parece que para esa organización se consideraba como un elemento importante de su creencia) la Comisión aborda la cuestión de la publicidad de una forma clara:

«Según el parecer de la Comisión los requirentes no han sido impedidos de tener su opinión sobre el carácter religioso del E-mètre (*el aparato en cuestión*). Ellos han podido comunicar sus ideas sobre esta opinión, aunque el Tribunal de Comercio les haya impedido utilizar ciertos términos. Se trataría, pues, de una injerencia en el ejercicio por los requiren-

tes de la libertad de comunicar ideas libertad que les reconoce el párrafo 1 del artículo 10º».

Este parecer de la Comisión no le impide aplicar el párrafo 2 del citado artículo de la Convención Europea de Derechos del Hombre en cuya virtud esta libertad de expresión puede ser sometida a determinadas restricciones y en determinadas condiciones; sobre ello se pronuncia la Comisión amparando tales restricciones en el caso concreto teniendo en cuenta el carácter comercial de la opinión.

«Aunque la Comisión sea del parecer de que el discurso comercial en cuanto tal no está privado de la protección prevista en el párrafo 1 del artículo 10º, considera que debe beneficiarse de ella en menor medida que la expresión de ideas políticas en sentido amplio, expresión que los valores que sostienen la libertad de expresión llevan al primer lugar».

Lo importante pues de la decisión de la Comisión es que por primera vez, el 5 de mayo de 1979 se plantea la cuestión de la naturaleza de la publicidad en su relación con la libertad de expresión; y que la Comisión se muestra inequívocamente proclive a considerar que la publicidad forma parte de la libertad del artículo 10 de la Convención y sujeta por tanto al mismo tratamiento en cuanto a la posibilidad de restricciones del párrafo 2 del artículo 10. Ciertamente es, sin embargo, que va a reconocer que existe una diferencia en cuanto al alcance de las restricciones permitidas por el artículo 10.2; no pueden jugar de la misma forma a como lo hacen en el caso de las ideas políticas; hay aquí, pues, el reconocimiento de un mayor margen de juego a las restricciones en todo caso permitidas por el nº 2.

El propio Tribunal Europeo no se pronuncia con claridad hasta mucho más adelante, y lo va a hacer con cierta prudencia sin acabar de hacer un pronunciamiento rotundo en su sentencia *Barthold*, de 25 de marzo de 1985; sentencia que provoca un voto particular del juez Petiti reclamando precisamente un enfoque más clarificador de la relación de la libertad de expresión con la publicidad.

Se trataba en el caso concreto de un veterinario que había criticado en un periódico de Hamburgo la falta de servicios de urgencia para animales y las dificultades de poder encontrar atención adecuada en caso de necesidad; la crítica se hacía en un reportaje del periódico en que el informador, además de dar cuenta de las opiniones del señor Barthold, explicaba que este tenía una clínica veterinaria de la que daba los teléfonos y dirección. Algunos colegas del doctor Barthold entendían que se trataba de una publicidad prohibida por las normas deontológicas de la profesión y llevaron a su colega a los tribunales que con carácter provisional, y posteriormente definitivo, impidieron al doctor comportamientos como el que dió lugar al inicio de la acción descrita. El doctor Barthold llegó hasta el Tribunal Constitucional sin obtener satisfacción a su pretensión de reconocimiento de su libertad de expresión que entendía violada. El Tribunal Europeo va a entender que se ha producido una violación del artículo 10 de la Convención, pero con argumentos no totalmente claros en cuanto a la asimilación de la publicidad con la libertad de expresión. En efecto, el Tribunal señala que en el reportaje origen de las actuaciones existe, junto a la crítica de la situación de las urgencias veterinarias –crítica subsumible claramente en el artículo 10–, unas manifes-

taciones que podían relacionarse con la publicidad del doctor y de su clínica. El problema para el Tribunal es que no resulta fácil disociar para el periodista –entrevistador de un doctor– lo que es información o crítica que éste último hace contando su propia experiencia en cuanto a lo que pasaba con las urgencias y lo que es publicidad, que directa o indirectamente se deriva del hecho de reflejar las opiniones de quien afirmaba prestar privada y profesionalmente un servicio, en cambio, supuestamente inexistente o mal atendido en el ámbito público (Ap. 42 y 58); además ese efecto publicitario sería muy secundario respecto de la finalidad informativa del artículo. Esa imbricación entre información y publicidad le lleva al Tribunal a afirmar la aplicabilidad del artículo 10 en el supuesto concreto «sin necesidad de indagar en este caso si la publicidad, en cuanto tal, se beneficia o no de la garantía que aquel asegura»; al Tribunal le basta con advertir que junto a la publicidad existían, y en forma relevante, informaciones y opiniones.

Explícitamente evita, por tanto, plantear frontalmente el problema de la naturaleza de la publicidad, aunque entiende que se ha producido violación del artículo 10 por falta de adecuación al objetivo que se pretendía –la defensa de la competencia leal en la profesión– ya que:

«...su aplicación entraña el peligro de desanimar a los miembros de estas profesiones a contribuir a la discusión pública de las cuestiones relativas a la vida de la colectividad, a poco que semejante contribución pueda parecer como productora de algún efecto publicitario. Por lo mismo la aplicación de tales criterios puede obstaculizar a la prensa en el cumplimiento de su tarea de información y control».

La razón de la decisión de Tribunal no es, pues la violación del posible derecho a la libertad de expresión ínsito en la actividad publicitaria sino que se elude explícitamente esta cuestión para resolver el caso por la afección desmesurada que indirectamente puede sufrir la actividad informativa al restringir rígidamente toda manifestación que pueda envolver cualquier atisbo de publicidad. Justamente por eso se formula un voto coincidente con la decisión final pero crítico con el planteamiento incidental de la cuestión de la publicidad. Para el autor del voto «el discurso comercial está directamente relacionado con esta libertad» (de expresión).

Ese paso lo va a dar parcialmente el Tribunal en su sentencia *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann*, de 30 de Marzo de 1989, donde, a propósito de una crítica a una empresa comercial de venta por correspondencia hecha en un boletín de defensa del pequeño comercio frente a las grandes redes de distribución, va a plantearse el debate sobre el discurso comercial en una polémica sentencia que va a decidir el voto de calidad del presidente. Los tribunales alemanes habían considerado que el boletín informativo, de difusión limitada entre comerciantes, había actuado contra las buenas costumbres al difundir una información que perjudicaba a un competidor de los comerciantes alemanes cuyos intereses defendía la publicación; la cuestión se ceñía pues a saber si la publicación se movía en los límites generales de la libertad de expresión o dado el carácter comercial de las noticias (referentes a la mala actuación de una empresa extranjera de la competencia) y su contexto (una publicación defensora del pequeño comerciante y de difusión limitada entre ellos mediante suscripción) quedaba sujeta a los límites de la competencia leal.

Pero la cuestión previa consistía en saber la naturaleza de la expresión contenida en la publicación. En su apartado 26 el Tribunal va a reconocer que las informaciones eran de naturaleza comercial, para afirmar a continuación que «no pueden excluirse éstas del ámbito del artículo 10, el cual no se aplica solamente a determinadas clases de informaciones, de ideas o de formas de expresión». Lo que ocurre es que en el caso concreto el Tribunal considera que, dada la naturaleza de la información, la injerencia para la protección de las buenas costumbres en el ámbito del comercio están justificadas en una sociedad democrática.

En su voto particular, una parte de los que votaron en contra de la sentencia afirma, entre otras cosas, que «el hecho de que una persona defienda tal o cual interés económico o de cualquier otro carácter no puede privarle de su derecho a la libertad de expresión».

El paso definitivo, sin embargo, en la identificación de la libertad de expresión con la publicidad lo va a dar el Tribunal en su sentencia *Casado Coca* de 24 de febrero de 1994 en que va a declarar que afecta a la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 la prohibición de hacer publicidad a un abogado de Barcelona que fue perseguido disciplinariamente por el Colegio de Abogados sin encontrar amparo ni en la jurisdicción interna, ni en el Tribunal Constitucional que declaró el recurso inadmisibile, en abril de 1989, por no afectar al derecho fundamental contenido en el artículo 20 de la Constitución española una actividad que tenía por objeto promover directa o indirectamente la conclusión de contratos sobre bienes o servicios en tanto que el derecho de dicho artículo constitucional debe permitir a los ciudadanos «formar sus convicciones ponderando opiniones diferentes e incluso opuestas y participando así en la discusión de los asuntos públicos».

La primera cuestión a resolver se refiere a la afección o no del artículo 10 por la prohibición de publicidad a un abogado y el Tribunal la resuelve ahora con rotundidad en favor de la vinculación de la publicidad con la libertad de expresión y por tanto en favor de entrar en el análisis de si se había producido una efectiva violación en el caso concreto:

«La Corte subraya en primer lugar que el artículo 10 garantiza la libertad de expresión a *toda persona*; y no distingue según la naturaleza lucrativa o no del fin perseguido; una diferencia de trato a este respecto podría incidir, llegado el caso, bajo el artículo 14» (discriminación).

El Tribunal destaca también que hasta ese momento su posición estaba abierta, aunque señalando que en su sucesiva jurisprudencia había suministrado suficientes indicaciones de por donde caminaba. Se subraya en la sentencia el hecho de que tratándose de publicidad, la misma «suministra también a las personas que tienen necesidad de asistencia jurídica informaciones de utilidad evidente que tienden a facilitar el acceso a la justicia»; hay por tanto en la publicidad junto al valor comercial que busca el que la hace, un interés en la información que se suministra a los que reciben la información publicitaria.

En definitiva, el Tribunal considera que en el caso concreto el artículo 10 de la Convención entra en juego; se trata por tanto de la afirmación clara y rotunda de que el discurso comercial puede incluirse en la libertad de expresión. Desde este punto de partida el Tribunal va a examinar, siguiendo su metodología habitual, si

ha existido una injerencia permitida por el Tratado, en cuanto prevista por la ley y para la consecución de un objetivo legítimo, por necesario, en una sociedad democrática. Aunque la sentencia insiste (ap. 51) en la función de la publicidad como suministradora de información, considera legítimas las restricciones que para impedir la competencia desleal o la publicidad engañosa pueda establecerse, si bien siempre bajo la vigilancia y el control «atento» del propio Tribunal que parece anunciar así su intención de seguir con cuidado las limitaciones que hasta la fecha se venían admitiendo sin más como legítimas por razón de la invocación del objetivo perseguido, pero tal vez sin someter a contraste la adecuación de los medios utilizados con el fin que se busca.

Sea como fuere, lo cierto es que el Tribunal no va a considerar en el caso concreto que el artículo 10 haya sido violado. La conclusión del asunto, que puede parecer paradójica, no lo es tanto si se considera que lo importante es la afirmación de que la publicidad está bajo el ámbito de protección de la libertad de expresión, sin que ello le exima de la posible existencia de restricciones previstas con carácter general en el nº 2 del artículo.10; además, el Tribunal subraya (Ap.55) el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos y la evolución experimentada por los Estados en cuanto a la publicidad –y en especial la de los abogados– lo que lleva a pensar que los mismos hechos (la sanción a un abogado por hacer publicidad) repetidos en 1994, es decir, en la fecha de la sentencia, podrían dar lugar en el futuro a una decisión diferente.

#### **IV. LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO Y SUS CONSECUENCIAS.**

##### **1. Consideraciones generales sobre los efectos de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo.**

Nada hay en la redacción del artículo 20 de nuestra Constitución que impida entender que la publicidad es una de las manifestaciones de la libertad de expresión. La cuestión por el momento es la de saber qué ocurre en nuestro Derecho con una publicidad que nuestro propio Tribunal Constitucional no parecía considerar protegida por el artículo 20 de la Constitución como pone de manifiesto su decisión en el caso *Casado Coca* que hubo de llegar al Tribunal de Estrasburgo. Aparte de ese caso, el Tribunal, en algunas otras ocasiones, había manifestado de forma no excesivamente contundente su orientación hacia la exclusión de la publicidad de la órbita del artículo 20 de la Constitución (así en la sentencia del Tribunal Constitucional 87/1987, de 2 de junio) pero no puede decirse que hubiese profundizado excesivamente en la cuestión. Sea como fuere, el Tribunal Constitucional se encuentra ahora con una sentencia del Tribunal de Estrasburgo que determinará su jurisprudencia posterior en la medida que a tenor del artículo 10 de nuestra propia Constitución, el Convenio Europeo de Derechos Humanos forma parte no sólo de nuestro Derecho interno por su ratificación sino que sirve de criterio de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución. Con la particularidad de que el Convenio Europeo no es sólo un texto sustantivo sino



que instaura una completa organización que erige en supremo intérprete del propio convenio a un Tribunal supranacional.

Por esta vía nuestro Tribunal Constitucional puede no ser el supremo intérprete de nuestra Constitución en materia de derechos fundamentales, pues en ella la Constitución remite como criterio de interpretación a los tratados internacionales que colocan como supremo intérprete a un organismo distinto al Tribunal Constitucional. La competencia de éste como intérprete último no puede excluirse, sin embargo, cuando entienda que la protección que se deriva directamente de nuestro texto constitucional es más amplia que la que se deriva de la interpretación del Convenio. Así, por ejemplo, en el caso de la publicidad la interpretación que el Tribunal de Estrasburgo hace del artículo 10 del Convenio indirectamente –y a través del artículo 10 de nuestra Constitución– se constituye en interpretación de nuestro artículo 20 (en cuanto al alcance de las libertades de información y expresión) que se impone sobre la que pueda haber hecho hasta ahora el Tribunal Constitucional en contra de entender incluida la publicidad en el artículo 20 de la Constitución española. Sin embargo de haber ocurrido al revés, es decir, si el Tribunal de Estrasburgo hubiese considerado que la publicidad no estaba incluida en el artículo 10 del Convenio, nuestro Tribunal Constitucional hubiese continuado siendo el supremo intérprete pudiendo considerar autónomamente que nuestro artículo 20 sí incluía la publicidad pese a lo que dijese el Tribunal de Estrasburgo interpretando al artículo 10 del Convenio.

En definitiva, la posición de Tribunal de Estrasburgo determina un cambio en la interpretación de la Constitución que nuestro Tribunal Constitucional tiene que asumir en lo sucesivo. Ello no acaba con la problemática de las restricciones a la publicidad, pues tanto en la perspectiva del artículo 20 de nuestra norma suprema como en la perspectiva del artículo 10 del Convenio son lícitas determinadas restricciones en determinados supuestos y en determinadas condiciones a la libertad de expresión y por supuesto con mayor razón a la expresión comercial. El Tribunal Constitucional tiene que determinar a la luz de nuestra Constitución cuáles son los límites que de acuerdo con nuestra Ley fundamental pueden imponerse a la publicidad y sus diferencias de tratamiento con la expresión de ideas políticas o la difusión de informaciones puras.

El examen de la jurisprudencia de Estrasburgo suscita de lleno la cuestión de la licitud de las técnicas que más arriba se han examinado y que establecen las normas en materia de publicidad de los medicamentos de uso humano.

Se trata en definitiva de saber en qué medida es lícito establecer, por ejemplo, una prohibición de anunciar determinados medicamentos si tales anuncios tienen la consideración de manifestaciones de la libertad de expresión y por tanto debían, aparentemente, de quedar exentos de toda prohibición no prevista expresamente en la propia Constitución. Se trata también de saber hasta qué punto la sujeción a autorización previa no supone incidir en la prohibición de la censura previa a la que se refiere el artículo 20.2 de la Constitución. En definitiva la cuestión radica en reflexionar sobre la constitucionalidad de todas y cada una de las técnicas más arriba examinadas y su conformidad con la Constitución.

Se abre pues una interrogante sobre la validez de tales técnicas. La razón de ello es la afirmación por el Tribunal de Estrasburgo de que la publicidad queda también comprendida bajo el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Pero antes de entrar en el examen de todas y cada una de las técnicas señaladas desde el punto de vista de su constitucionalidad se hace preciso hacer una reflexión de carácter general acerca de la naturaleza concreta de la publicidad, por una parte, y acerca de los límites constitucionales del derecho del artículo 20 de nuestra Constitución, así como acerca del concepto de núcleo esencial de la libertad de expresión e información en la publicidad.

### **1.1 Sobre la naturaleza de la publicidad en relación con los apartados a) y d) del artículo 20 de la Constitución.**

La cuestión relativa a la naturaleza de la publicidad, supuesto que quede comprendida en el ámbito del artículo 20 de nuestra Constitución –por virtud de la eficacia interpretativa que el artículo 10 de la misma norma suprema atribuye a los Convenios internacionales sobre la materia de Derechos Humanos de que España sea parte– puede tener relevancia en relación con el problema de los límites de tal derecho fundamental.

En efecto el Convenio de Roma no distingue nominalmente entre libertad de expresión y derecho a la información, como en cambio hace nuestra Constitución. No obstante, la lectura del artículo 10 del Convenio de Roma, pone de relieve que el concepto de libertad de expresión del Convenio es un concepto amplio que comprende tanto la emisión de opiniones como la comunicación o recepción de informaciones. Se trata pues en el Convenio de un concepto amplio de libertad de expresión comprensivo tanto de las opiniones como de las informaciones. En este sentido no hay en realidad diferencias de fondo, entre el Convenio y nuestra Constitución. Donde sí las puede haber es en la expresa mención en nuestro texto constitucional de la verdad como límite del derecho a dar o recibir información; límite que en cambio no figura explícitamente mencionado en el artículo 10 del Convenio de Roma. En el número 2º del artículo 10 de este figuran otros límites, pero no se menciona expresamente la verdad como límite del derecho a dar o recibir veraz información. No obstante no parece que pueda pensarse que existe aquí una contradicción entre el Convenio y nuestra Constitución, ni puede por ello suponerse que nuestra norma suprema es más restrictiva que el Convenio en este punto. En todo caso, tampoco de ello se seguirían especiales consecuencias dado que la Constitución sería en todo caso autosuficiente, pues la apelación al Convenio a efectos interpretativos que se contiene en el artículo 10 del texto constitucional, lo es a los efectos de aclarar aspectos que no estén claros en la norma suprema, pero tal no es el caso respecto del claro límite que la Constitución establece en relación con la veracidad en la información.

En todo caso, en lo que aquí interesa, se trata de saber si la publicidad debe incardinarse en el concepto de información o en el de libertad de expresión de la letra a) del artículo 20 del texto constitucional. La diferencia radicará en que si se califica como libertad de expresión la verdad no opera como límite, pues lo

propio de la libertad de expresión, vinculada históricamente a la emisión de opiniones políticas, religiosas o ideológicas es la admisión del derecho al error en la formulación de tales ideas y en la renuncia incluso a la indagación acerca de la razón por la que las mismas se sostienen. Tanto da si se formulan determinadas ideas por razones interesadas o por razones de convicción; en materia de ideas la libertad es total y es indiferente la razón por la que se sostienen o la convicción y firmeza con las que se defienden. No procede en este campo entrar a hablar de verdad o no de las ideas, de cualquier tipo que sean.

Otra cosa sucede con las informaciones, respecto de las cuales, sí es posible exigir su veracidad entendida al menos en la forma en que lo hace el Tribunal Constitucional; es decir, no como correspondencia de lo que se comunica con la realidad objetiva de lo sucedido, sino como correspondencia de lo que se comunica con lo que se piensa que, en realidad, ha sucedido. En este sentido la veracidad se constituye en un límite al derecho a la información.

Se trataría entonces de calificar la publicidad como información o como opinión antes de analizar la licitud de los límites que puedan establecerse. Para hacer tal calificación puede atenderse a la naturaleza del acto publicitario para verificar si en el mismo lo que predomina es la información al público de datos objetivos o por el contrario se trata de transmitir opiniones. La realidad es que la publicidad puede, desde el punto de vista genérico de la comunicación, comprender tanto opiniones como informaciones. De hecho muchos anuncios publicitarios consisten en transmitir la opinión de sujetos, conocidos o no, sobre las bondades y ventajas de un producto. Otras veces la comunicación publicitaria consiste solamente en la información acerca de la existencia de un producto o servicio con expresión de sus características principales, así como de su precio o de otras circunstancias relevantes. Finalmente también es frecuente la existencia de anuncios publicitarios, que combinan las opiniones con las informaciones.

Habría razones, así, para adscribir la publicidad a uno u otro de los derechos comprendidos bajo las letras a) y d) del artículo 20 de texto constitucional, según la forma y contenido del mensaje publicitario. Pero más allá de la forma concreta que pueda revestir el mensaje, el mismo siempre tiene y pretende informar de la existencia de un producto o servicio. Además, puede existir o no una opinión o una valoración, siempre positiva, sobre la bondad del producto. Pero este último contenido no es indispensable ni es la finalidad esencial del anuncio publicitario.

Así pues el contenido informativo es el contenido necesario de la publicidad, en tanto que el contenido de opinión es sólo eventual. Puede entonces decirse que en un plano funcional u objetivo la publicidad tiene un contenido predominantemente informativo y por tanto sería de aplicación los límites que para este derecho están previstos en el artículo 20 b) en la mención de la veracidad.

Por otra parte no puede desconocerse que la percepción por la opinión pública de los eventuales contenidos de opinión que pueden encontrarse en determinados anuncios, consiste no tanto en opiniones sino, como lo que son, como una propaganda estimuladora, que no pretende que el público se crea que el personaje está convencido de las afirmaciones que hace acerca de que tal producto es el mejor. Lo que el público cree es que dicho personaje, en la mayor

parte de las ocasiones un perfecto desconocido, esta desarrollando una actividad mediante un precio y no expresando una convicción profunda o sincera sobre las bondades de tal o cual producto. Incluso cuando se trata de personajes conocidos (deportistas, actores, locutores, etc.) nadie piensa que estén transmitiendo sus opiniones desinteresadamente, sino realizando una actividad lucrativa mediante la cesión de la imagen y de su poder de convicción. Todo el mundo es así perfectamente consciente de que no estamos en el ámbito de las convicciones, de las ideas u opiniones, sino en un plano distinto, en que lo que se pretende es atraer la atención del espectador o del lector sobre un producto, un nombre, una marca o un servicio o empresa; la opinión –incluso del personaje famoso– es una forma de hacer familiar el producto que se anuncia y no de hacer creer en opiniones desinteresadas de tal personaje.

En definitiva que, además de que el contenido informativo está siempre presente y es el predominante, en un plano objetivo el acto publicitario no es percibido por el público en general como transmisor de opiniones sobre la bondad de los productos, sino como mensajes que pretenden atraer la atención del público para dar a conocer la existencia o cualidades de un producto o servicio. Puede por tanto decirse que la publicidad deber ser situada en el plano del derecho a dar y recibir veraz información y no tanto en el de la emisión de opiniones en que consiste la libertad de expresión.

A partir de aquí puede deducirse que la veracidad puede ser uno de los límites que se exigen en la publicidad, sin que la invocación de la letra a) del artículo 20 de la Constitución, permita eludir las normas que en protección de los consumidores y usuarios puedan establecerse para dar no sólo una información veraz sino suficiente. Porque la veracidad, al menos en este campo de la publicidad consiste, no sólo en que lo que se dice sea cierto, sino en decir –en fórmula clásica– «toda la verdad y nada más que la verdad». Ello explica que con relación a los medicamentos de uso humano pueda exigirse que en la publicidad se cumplan determinadas condiciones, tanto de contenido de la información que se da sobre el producto –que debe atenerse a las especificaciones para las que ha sido autorizado–, como sobre la forma de hacerla o incluso con advertencias sobre la necesidad de consultar al médico en caso de duda. Tales exigencias forman parte de informar « la verdad y toda la verdad» que es relevante a los efectos de la información que el público tiene derecho a recibir.

### **1.2 Sobre los límites de los derechos fundamentales del artículo 20 de nuestra Constitución.**

Todos los derechos, y también los fundamentales, tienen límites. Los mismos están constituidos por los demás derechos fundamentales, para empezar –como se encarga de recordar el número 4 del propio artículo 20– pero no sólo por los derechos fundamentales, sino también por otros bienes o valores que se recogen en dicho artículo 20.4:

«Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Interesa destacar que además de la mención expresa de determinados derechos fundamentales que se singularizan como el honor la intimidad, etc., se contienen dos menciones más genéricas en el artículo 20 de la Constitución. Una a los demás derechos reconocidos en el Título y otra a los preceptos de las leyes que lo desarrollen. En esta invocación a los demás derechos del Título y a los preceptos de las leyes que lo desarrollen aparecen límites que tienen no sólo que ver con los derechos del Título I de la Constitución, sino con otros bienes o valores que se contienen en dicho Título I y que tienen que coexistir razonable y proporcionalmente con la libertad de expresión.

No puede olvidarse que la mención es a los derechos reconocidos en el Título I, en todo él, y que en dicho Título y aunque la rúbrica de su Capítulo III sea la «De los principios rectores de la política social y económica», lo cierto es que bajo esa rúbrica se contienen reconocidos derechos, en cuanto tales, por más que el artículo 53 reduzca su operatividad a meramente informadores de la legislación positiva. Sin entrar ahora en el alcance de las previsiones del artículo 53, es lo cierto que dentro de ese Capítulo se contiene, por ejemplo, el artículo 43 en el que se reconoce «el derecho a la protección de la salud». Se trata por tanto de un derecho formulado como tal derecho; no como un simple principio y que, por tanto, es uno de los derechos que pueden ser desarrollados por las leyes a que se refiere, entre otros, el artículo 20.4 que se acaba de transcribir. De un derecho, por tanto, que puede erigirse en uno de los límites de los derechos de libertad de expresión e información del artículo 20 de la Constitución.

Al servicio de tal derecho a la salud se articulan, por otra parte, en el propio artículo 43 una serie de competencias y obligaciones que tienen que ser actuadas por los poderes públicos:

«2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio».

Las leyes que desarrollen ese derecho a la salud, pueden suponer restricciones a los demás derechos del Título, pues no sólo los derechos fundamentales del Capítulo II constituyen límites al artículo 20, sino en general todos los derechos del Título I, por tanto también el derecho a la salud, que está configurado como tal derecho.

Pero es que, además, aunque no se admitiese que se trata propiamente de un derecho y se sostuviese que se trata sólo de un principio, no puede olvidarse que el artículo 20.4, cuando menciona las «leyes que lo desarrollen» no se está refiriendo con ese «lo», en singular, a los derechos, sino en general al Título I. En definitiva no a las leyes que desarrollen los derechos del Título I, sino a las leyes que desarrollen el Título ya se trate de leyes que contengan derechos o de leyes que desarrollen principios o garantías que asumen el Estado y los poderes públicos. Así pues las leyes que desarrollen el Título y que tengan que ver con la salud de los ciudadanos, con independencia de si estamos o no ante un derecho –que puede afirmarse que sí– pueden constituir un límite a la libertad de expresión e información. También, por tanto, las leyes que tengan que ver con

la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 de la Constitución eleva a nivel de obligación constitucional de los poderes públicos con términos bien expresivos y que pueden constituir límites adecuados a las libertades de expresión e información:

«Art.º 51. 1.– Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2.– Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.

3.– En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales».

Es evidente que no sólo los demás derechos, sino también otros bienes de relevancia constitucional constituyen límites a los derechos del artículo 20. En la tradición del derecho americano se dice expresivamente que la primera enmienda relativa a la libertad de expresión no protege a quien grita «¡Fuego!» en la oscuridad de un teatro con ánimo de gastar una broma. Tampoco se le ocurre a nadie que el derecho a la información comprende el derecho a difundir los secretos de la defensa, aunque esta no sea un derecho fundamental. Hay pues como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional una serie de bienes y valores que constituyen límites a los derechos del artículo 20 de nuestra Constitución.

### **1.3. El núcleo esencial de los derechos fundamentales como límite de los límites posibles a los derechos fundamentales.**

Si otros bienes constitucionales u otros derechos o principios pueden constituir límites a los derechos fundamentales, se explica que el artículo 20.4 remita a los preceptos de las leyes que desarrollen el Título I en su conjunto y se comprende también que esas leyes que desarrollen el Título y que constituyen límites a los derechos del 20 no sólo sean las leyes que desarrollen los demás preceptos distintos del 20 de forma que los límites le venga, por así decirlo, desde fuera del propio artículo 20. También con ocasión del desarrollo directo del propio artículo 20, si alguna vez se acometiese, se podría establecer límites que tuviesen que ver con la toma en consideración de otros bienes y valores que están en íntima relación con la información como puede ser el caso de la publicidad.

Todos esos bienes y valores pueden y deben ser tomados en cuenta a la hora de desarrollar los derechos del Capítulo II del Título I. Las leyes que desarrollen este Título constituyen otros tantos límites a los derechos que en él se contienen, pero naturalmente que eso podía suponer una entrega al legislador ordinario de la plena disposición de los derechos fundamentales, de ahí que la Constitución, tomándolo de la Ley Fundamental de Bonn, haya establecido un límite al legislador consistente en el respeto al núcleo esencial del derecho o libertad que se trate de desarrollar. Como ha dicho innumerables veces el Tribunal Constitucional el respeto al núcleo esencial exige que después de la regulación el derecho sea «reconoscible».

A la hora de hacer ese juicio de respeto al contenido esencial del derecho fundamental, ninguna duda cabe que, en la cuestión de la publicidad de los medicamentos de uso humano, una regulación que los someta a determinadas restricciones difícilmente se podrá decir, sin más, que no respeta el núcleo esencial de la libertad de expresión, pues éste –el núcleo esencial– no es el mismo para la expresión e información de ideas políticas o religiosas que para la difusión de mensajes publicitarios que tienen que ver con la salud de las personas.

Es claro que los derechos de expresión e información –en su dimensión fundamental enraizada en la dignidad de la persona humana– se han forjado en la Historia en relación con las ideas políticas, religiosas o con cualquier otro tipo de creencias de cualquier naturaleza, pero desde luego no con la difusión publicitaria. Si hoy, por virtud de una jurisprudencia progresiva del Tribunal de Estrasburgo, se amplía la consideración de la libertad de expresión a la publicidad, ello no impide que subsistan diferencias sustanciales que hace que la «recognoscibilidad» de los derechos de expresión e información sean distintos en el ámbito tradicional de las ideas, creencias y opiniones y en el ámbito de la publicidad o discurso comercial.

Ello hace que las posibilidades de restricción en nuestro Derecho de la publicidad no tenga porque tener el mismo tratamiento que, tradicionalmente, han tenido los derechos clásicos de libertad de expresión e información. El núcleo esencial en este campo de la publicidad es mucho menos extenso y admite, correlativamente muchas más restricciones sin que por ello podamos decir que el derecho involucrado no sea reconocible. Será cuestión de aplicar un test de proporcionalidad a la medida de restricción para comprobar en cada caso si tal restricción resulta razonable, atendidos los objetivos de protección de la salud pública que se pretende con la regulación de la publicidad.

En suma, que la admisión de la publicidad como una manifestación de la libertad de expresión e información, no implica que el núcleo esencial del derecho sea el mismo según el contenido material concreto de la actividad de que se trate, sino que permite un tratamiento diferenciado acorde con la articulación con los valores y bienes que están presentes en la publicidad de los medicamentos.

## **2. Aplicación de las argumentaciones anteriores a las distintas técnicas utilizadas por la normativa vigente para restringir o limitar la publicidad de los medicamentos de uso humano.**

Prohibiciones y autorizaciones previas constituyen las técnicas más relevantes de intervención en el ordenamiento vigente sobre la publicidad de los medicamentos. Junto a ellas coexisten algunas otras, como es el caso de los deberes de comunicación de la publicidad que se hace por los laboratorios entre los profesionales capacitados para prescribir los medicamentos, la clasificación de los medicamentos en publicitarios o no, o la normativa sobre premios y patrocinios de reuniones, congresos etc.

Sin perjuicio de hacer alguna referencia a estas otras técnicas es evidente que son las dos primeras las que pueden suscitar mayores dificultades desde el punto de vista de su conformidad con el derecho fundamental en que en definitiva ha sido configurada la publicidad. La pregunta entonces consiste, funda-

mentalmente, en saber si la publicidad de determinados medicamentos de uso humano puede prohibirse o si puede someterse a censura previa.

### **2.1 Legitimidad de las prohibiciones.**

Desde luego en el ámbito de la libertad de expresión la prohibición de expresión de ideas o informaciones tiene carácter excepcional. En relación con las ideas, sólo la expresión de ideas que inciten al odio racial o a la negación del holocausto podrían ser prohibidas. Aún en este caso con dudas en la doctrina sobre la legitimidad constitucional de tales prohibiciones. No obstante es lo cierto que el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

- «1. Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley.
2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley».

Por su parte nuestro vigente Código penal criminaliza determinadas conductas que tienen que ver con la difusión de ideas en el artículo 607. 2:

- «2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo (*genocidio*) o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años».

Salvo esos supuestos, más bien excepcionales, parece que las prohibiciones no son la norma en el caso de los derechos de la libertad de expresión e información. Debe decirse, sin embargo, que en el ámbito de la información existen más restricciones. Es el caso, por ejemplo, de la prohibición de informar sobre secretos vinculados con la defensa nacional y que pueden dar lugar a la persecución incluso penal de quienes infrinjan ese límite. Es también el caso del secreto industrial o comercial. Es claro que existen otros bienes constitucionales, no necesariamente ligados con derechos fundamentales de la sección segunda del capítulo primero del Título primero de nuestra Constitución, que se pueden erigir en obstáculos a la difusión de determinadas informaciones.

Aquí también la protección de la salud se puede erigir en límite a la libertad de expresión e información, en virtud del llamamiento que, desde el artículo 20 de la Constitución, se hace a los preceptos de las leyes que desarrollen el Título I. Dentro de ese Título está la salud como un derecho y una obligación para los poderes públicos para garantizarla.

También la defensa de los consumidores y usuarios se puede erigir en obstáculo a la libertad de información. La prohibición de utilizar personajes famosos en las campañas de promoción de medicamentos trata de evitar la influencia seductora que tales personajes pueden tener sobre la población o, al menos sobre una parte de ella, en el uso de unos bienes que tienen, a diferencia de otros que puedan anunciarse con el concurso de tales personajes, relación directa con la salud y el bienestar de la población.



No parece difícil admitir que la técnica de la prohibición pueda pues utilizarse en el ámbito de la publicidad de los medicamentos y especialidades farmacéuticas. Debe sin embargo introducirse una cautela a partir de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo. Pues si es cierto que la tutela de la salud puede justificar el establecimiento de prohibiciones de publicidad como técnica adecuada, en principio, para desarrollar tal protección de la salud; no es menos cierto que debería existir una justificación acerca de por qué, en cada caso, se da esa prohibición concreta. Quiere decirse que, aunque por vía de principio deba reconocerse la licitud de la técnica de las prohibiciones por razón de la protección y garantía de otros bienes y derechos reconocidos en el Título I de nuestra Constitución, en su aplicación práctica deberá existir una relación funcional más o menos directa o indirecta entre la prohibición y la protección de la salud o de los consumidores o usuarios que se quiere conseguir. No vale, pues, cualquier prohibición por razones arbitrarias del legislador o del Ministerio de Sanidad. Solo puede existir en la medida en que se justifique en la función de preservar otro bien o garantizar una obligación establecida constitucionalmente.

Eso nos lleva a la conveniencia, si no necesidad, de ofrecer en cada caso –o con motivo del establecimiento de las prohibiciones– una explicación del porqué de la misma, que permita no sólo hacer un balance, un juicio de ponderación sobre la prevalencia de un bien sobre otro que lo justifique, sino también atender a la exigencia de que toda restricción de un derecho fundamental debe tener una justificación que debe ser explícita, que no puede quedar oculta. El carácter expreso de la razón de las limitaciones probablemente deberá ser una exigencia formal mínima de toda restricción de una publicidad que ha sido definida como derecho fundamental. También, probablemente, cumplida esa exigencia formal mínima de decir expresa y sucintamente las razones de las prohibiciones, la actitud del Tribunal Constitucional deberá ser de máxima deferencia hacia la opción del legislador e incluso del titular de la potestad reglamentaria, a poco que exista alguna justificación plausible de sus razones. No parece que, en este campo del discurso comercial, deba obligarse a la demostración agotadora y exhaustiva de que la restricción era la única posible o que es la menos gravosa; bastará aplicar el test de la razonabilidad en el sentido de que hay una concordancia razonable entre los medios –la prohibición –y los fines– la preservación de la salud o la defensa de los consumidores y usuarios–. La jurisprudencia americana especialmente desde *Board of Trustees of the University of New York* o desde la sentencia *Gary Peel*, ofrece un buen ejemplo del camino por donde debería transitar nuestra propia jurisprudencia constitucional.

Esta no será difícil que lo haga por esos derroteros habida cuenta de que difícilmente puede concebirse que tales prohibiciones lesionen el contenido esencial, para un Tribunal Constitucional que cuando se le planteo el asunto *Casado Coca* lo resolvió en la mejor tradición europea y continental (la Ley Fundamental de Bonn excluye expresamente la publicidad de la protección de los derechos de libertad de expresión e información) negando cualquier conexión con los derechos del artículo 20 de nuestra Constitución. Si ahora se ve obligado por la jurisprudencia de Estrasburgo a admitir que la publicidad está conectada con tales derechos, si que tendrá en todo caso un margen de apreciación mucho más amplio para entender que las restricciones de la publicidad

por la vía de las prohibiciones no afectan al núcleo esencial de los derechos de expresión e información; en definitiva seguirá entendiéndose el Tribunal Constitucional que la regulación de la publicidad, estableciendo prohibiciones de determinados medicamentos por razones de defensa de la salud, no impiden que el contenido de los derechos fundamentales involucrados siga siendo «reconoscible» en una actividad tan íntimamente relacionada con la salud y la defensa de los consumidores y usuarios. Lo mismo puede decirse de las prohibiciones que no afectan a los medicamentos de uso humano, sino a la forma de hacer la publicidad –prohibir por ejemplo que personas famosas anuncien medicamentos–.

En sustancia las prohibiciones pueden pasar perfectamente el test de constitucionalidad, si bien es probable que el Tribunal Constitucional exija una motivación o expresión de la causa de la prohibición que permita hacer un juicio de ponderación de los bienes y derechos implicados. Esa explícita manifestación de las razones de las prohibiciones probablemente sea distinta en unos casos o en otros. Así, en el caso de la prohibición de los medicamentos para cuya dispensación se exige receta médica parece que es clara la razón de la prohibición: evitar el autodiagnóstico y el consumo de una especialidad –que puede tenerse a mano de un uso anterior– que se entiende que exige decisión médica. En otros casos la razón puede no ser tan clara: es el caso de las prohibiciones en los anuncios de los medicamentos de uso humano de su utilidad para la cura de determinadas enfermedades como la tuberculosis, enfermedades de transmisión sexual, etc., que se contienen en el artículo 6.2 del Real Decreto 1416/94. Probablemente la razón obedezca a que se trata de enfermedades infectocontagiosas de declaración obligatoria y en la que la automedicación, aparte de los efectos negativos para el individuo, encubre la enfermedad y dificulta su erradicación. Pero esa explicación ni está explícita ni es aplicable a todos los tipos de enfermedad que en ese precepto se contienen como es el caso del cáncer. En este último caso, habida cuenta de que se trata de una enfermedad cuyo tratamiento exige intervención médica, los medicamentos correspondientes exigen probablemente en todo caso receta médica, por lo que en principio su publicidad está prohibida. El exigir entonces que no se mencione en la publicidad de los medicamentos su indicación terapéutica para el cáncer, parecería innecesario y que se relaciona más bien con la publicidad engañosa.

En todo caso, de lo que no cabe duda es de la licitud de las prohibiciones, lo que no quita que deba avanzarse en la línea de ofrecer explicaciones expresas de la razón de la prohibición, que justifiquen que un derecho fundamental no se ve caprichosamente restringido, sino que existen razones de protección de la salud y defensa de los consumidores y usuarios que justifican las limitaciones en la publicidad.

La argumentación que acaba de desarrollarse es igualmente válida para toda esa otra serie de técnicas de intervención que se han ido examinando a la hora de estudiar nuestro Ordenamiento interno. Ordenación normativa de las condiciones de la publicidad, comunicaciones de la publicidad a la autoridad sanitaria en los casos de publicidad dirigida a los profesionales capacitados para prescribir los medicamentos, obligación de difundir de forma restringida las publicacio-

nes de carácter profesional que contienen publicidad dirigida sólo a los médicos, etc., son algunas de las medidas interventoras que hemos examinado a lo largo de este trabajo.

Es claro que el establecimiento reglamentario de limitaciones a la forma de efectuar la publicidad o la imposición de obligaciones en el modo o el contenido de tal publicidad, representa en todo caso una interferencia de menor intensidad que la pura y simple prohibición que acabamos de examinar. Así, pues, si ésta puede justificarse en la forma que hemos visto, con mayor razón pueden justificarse todas estas formas más ligeras de intervención en la actividad publicitaria. Ello no significa, sin embargo, que tales limitaciones puedan establecerse sin motivo o justificación, por simple capricho de la autoridad sanitaria; tampoco significa que no se exija justificar la razón de cada limitación; todo ello deberá hacerse, pero en todo caso bastará que la justificación de la autoridad sanitaria sea razonable en la perspectiva de los intereses y bienes en presencia, para que puedan considerarse constitucionalmente legítimo el uso de las técnicas que venimos examinando.

## **2.2. El problema de las autorizaciones.**

Mucho más problemática se presenta la cuestión de los autorizaciones previas que es una de las técnicas más frecuentes en materia de publicidad de los medicamentos. La razón de ello no es otra que la configuración autónoma en nuestra Constitución de la prohibición de la censura en un apartado distinto, independiente de los derechos de expresión e información, en el número 2 del artículo 20 de la Constitución:

«Artículo 20.2 El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa».

Los derechos del número 1º del mismo artículo 20 pueden así tener límites de acuerdo con el número cuarto de dicho artículo, pero entre esos límites no puede figurar el de «ningún tipo de censura previa». La calificación por el Tribunal de Estrasburgo de la publicidad como libertad de expresión, tiene así un efecto insospechado en nuestro sistema, en la medida en que la prohibición de la censura es absoluta e incondicional.

Que la publicidad de un medicamento se pueda prohibir *ex ante* no plantea problemas como hemos visto, si existen razones de salud que lo explican. Pero esas mismas razones no son suficientes para establecer un sistema de autorización previa, en la medida que supone incurrir en la prohibición constitucional de la censura que está configurada de forma incondicional y absoluta.

La situación no deja de ser paradójica en la medida en que puede pensarse que si se puede prohibir algo, con mayor razón se podría no prohibir totalmente, sino sólo a condición de que se someta a un juicio previo de la autoridad administrativa; autoridad que quiere evitar encontrarse ante el hecho consumado de una publicidad que juzga dañosa para los ciudadanos y para los objetivos de protección de la salud que está obligado a garantizar el Estado. Sería el viejo apotegma lógico *ad maiore ad minus*; el que puede lo más –prohibir incondicionalmente– puede lo menos –prohibir mientras no se someta a autorización–. Pero en este caso esa paradoja está cubierta por la decisión constitucional de prohibir de modo incondicional todo tipo de censura previa. Decisión que enlaza con la tra-

dición doctrinal que, en materia de libertades, considera que son más protectoras las técnicas de intervención represiva que las preventivas. La norma debe establecer las condiciones de la publicidad y si alguien las traspasa entonces se le sanciona a posteriori; en eso consiste la intervención represiva. Frente a ello, la censura o la autorización previa, como técnica preventiva, deja en manos de la Administración la verificación de lo que está bien o está mal, aunque la norma previamente haya preestablecido las condiciones de la autorización.

Pero si esa configuración de las técnicas represivas como más protectoras es bien cierta en los ámbitos de la libertad de expresión e información relacionadas con ideas o creencias políticas, religiosas, etc., la cuestión se presenta algo diferente en un sector como el de la publicidad de los medicamentos, en el que el problema puede consistir en que una reacción tardía frente a un anuncio puede no evitar los daños que pueden producirse en la población. También puede consistir en que la pura literatura normativa puede ser insuficiente para describir el alcance de las limitaciones de la publicidad en una actividad en que los elementos visuales, pueden incidir en alguna de las prohibiciones que se establecen en las normas, pero cuya aplicación a imágenes o fórmulas metafóricas o sugeridoras, como es lo propio de la publicidad, resultan ambiguas. De aquí que en este campo puede resultar más discutible una fórmula de prohibición absoluta de la censura que, cuando tiene que ver con la ideología, religión o creencias políticas o de otro tipo, está, en cambio, no sólo perfectamente justificada, sino que constituye una conquista democrática irrenunciable y una de las mejores defensas de la libertad de expresión e información propiamente dichas o en sentido propio. En sentido propio entendiéndolo por tal todo lo que no tiene que ver con lo que se ha llamado el discurso comercial.

La conclusión de todo ello no puede ser otra que la de entender que las técnicas tradicionales de autorizaciones previas han de tropezar con grandes dificultades en la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Esas técnicas figuran también en las Directivas comunitarias que más arriba se han analizado, pero no puede olvidarse la sustantivación de la prohibición incondicional de la censura –de toda forma de censura previa– que existe en nuestra Constitución. Si la prohibición de la censura se hubiese concebido como una consecuencia del reconocimiento de las libertades de expresión e información, podría ser sometida a los mismos límites que éstas, pero su consideración en un número independiente crea un obstáculo difícilmente superable en la perspectiva estricta del derecho español.

La cuestión de la autorización previa se presenta entonces como difícilmente superable y como abocada a ser sustituida, tal vez, por fórmulas menos intervencionistas como pueden ser las de la consulta voluntaria, tampoco exentas de problemas constitucionales, pero que los pueden superar con mayor facilidad como inmediatamente veremos. Se puede entonces dar la situación de que, permitiendo el Derecho comunitario fórmulas de control de la publicidad no incompatibles con el control previo, en nuestro país no sean practicables por la previa configuración de la publicidad como manifestación de los derechos del artículo 20 de la Constitución.

Mantener la técnica de la autorización previa y continuar con su regulación supone asumir un riesgo cierto, en cuanto a la eventualidad de su declaración de

inconstitucionalidad y ante la posibilidad de que cualquier interesado suscite el problema de su viabilidad constitucional, ante cualquier denegación de autorización dando tal vez con ello lugar a que el Tribunal que tenga que conocer de la reclamación contra un acto de denegación de la autorización plantee la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Dados los términos como está configurada la prohibición de la censura previa en nuestro Derecho no parece que exista margen de maniobra para realizar una interpretación de las cosas que permita superar tan radical prohibición.

Si hasta ahora la cuestión había pasado desapercibida, ello se ha debido a que la publicidad venía siendo concebida como algo ajeno a las libertades de expresión e información. En esa perspectiva se comprende que el problema no se suscitase siquiera; pero la cosa es bien diferente desde el momento que contamos con una jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que difícilmente puede ser soslayada por nuestro Tribunal Constitucional.

Por otra parte éste, en las contadas ocasiones en que se ha enfrentado al artículo 20.2, ha hecho una interpretación de la censura muy estricta, aunque debe reconocerse que su postura ha sufrido alguna matización posterior que, tal vez, de continuar evolucionando, permitiese abrir una puerta a las posibilidades de autorizaciones previas en el ámbito del discurso comercial.

Nos referimos a dos sentencias que han abordado directamente la cuestión de la censura. La primera es la Sentencia 52/83 de 17 de junio dictada en un conflicto positivo de competencia contra un Decreto de la Generalidad de Cataluña que establecía y regulaba el depósito previo de toda publicación, discutiendo el Estado que la Comunidad fuese competente para hacer tal regulación. Pues bien, en tal sentencia el Tribunal Constitucional hizo una interpretación ampliatoria del concepto de censura al suponer que el depósito previo era una forma de censura, interpretando el concepto de esta de una forma amplia acorde; a juicio del Tribunal Constitucional, con la categórica prohibición que se contiene en el artículo 20.2:

«Y con esta finalidad cabe decir que por tal (censura previa) puede entenderse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido, y siendo ello así parece prudente estimar que la Constitución, precisamente por lo terminante de su expresión, dispone eliminar todos los tipos imaginables de censura previa, aun los más débiles y sutiles, que –como apunta la Abogacía del Estado– tengan por efecto no ya el impedimento o prohibición, sino la simple restricción del los derechos de su artículo 20.1, de lo que se infiere que, en efecto, los artículos 12 y 64 de la Ley de Prensa e Imprenta constituyen un tipo de censura previa restrictivo del ejercicio de los derechos del citado artículo de la Constitución».

Varias cosas son destacables en esta sentencia que en el texto se han subrayado para ponerlas de relieve. La primera, tal vez, es que al Tribunal Constitucional le llama la atención el propio énfasis del precepto constitucional al aludir a lo «terminante de su expresión», lo que le lleva a excluir no sólo aquellos supuestos que propiamente constituyen supuestos de censura sino otros que, en rigor, no son censura pero que están tan próximos que pueden llegar a producir los mismos efectos. El Tribunal Constitucional da una definición de la censura algo más

amplia del sentido estricto, al calificarla como toda medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu al hacerla depender –especialmente– del previo examen oficial de su contenido. En rigor la censura no sólo es el previo examen, sino la conformidad, es decir, el acuerdo de la autoridad competente con el contenido como previo a su difusión. Ahora bien el depósito previo permite que la Autoridad en el tiempo –que pueden ser sólo horas– que tenga pueda reaccionar y acudir al juez para pedir el secuestro, con lo cual durante ese tiempo ciertamente existe una limitación o una restricción al derecho de libertad de expresión; la cuestión es si esa limitación merece el nombre de censura o no. Pues ésta, estrictamente, consiste en que no se puede publicar sino lo que cuente con la conformidad del censor, en tanto que en el depósito se impide temporalmente difundir una publicación, pero sin que el criterio de la autoridad sea determinante de lo que se puede publicar o no. Será el juez a quien se pida el secuestro de la publicación quien decida si está justificado el secuestro sin que el criterio de la Autoridad sobre el contenido constituya un límite autónomo a la libertad de expresión. Lo que habrá que ver es si esa restricción temporal, por breve que sea temporalmente, está justificada en la perspectiva de la libertad de expresión o constituye una restricción que afecta al contenido esencial del derecho. Sin duda esa restricción no tiene justificación, a menos que sea simultánea a la difusión, pese a que en algunos países de nuestro entorno, el depósito previo esté admitido como constitucional como es el caso de Francia en el que todavía figura tal obligación que proviene de la vieja Ley de 29 de julio de 1881, pero en todo caso esa restricción no tiene propiamente que ver con la censura, sino con una restricción de la libertad de expresión que cuando configura el depósito como previo, aunque sea de solo unas horas, no está suficientemente justificado, desde la perspectiva de la ordenación de una libertad como la de información y expresión.

El Tribunal Constitucional cree encontrar en el énfasis del precepto constitucional motivo suficiente para dar una interpretación ampliatoria del concepto de censura de forma que permita alcanzar a cualquier tipo «imaginable» de censura aún los más «débiles y sutiles». El Tribunal es, así, consciente de que está ampliando el concepto al aplicarlo a un mecanismo que, con sutileza, puede entenderse que responde al mismo designio, aunque en realidad sea algo distinto. Con esta doctrina de nuestro Tribunal Constitucional es evidente que las formas de autorización previa de los medicamentos y especialidades farmacéuticas no podrían pasar el test de constitucionalidad.

Sin embargo el Tribunal Constitucional matizó posteriormente su doctrina en la sentencia 13/85 de 31 de enero sobre si la prohibición judicial al periódico «Ultima hora» de Mallorca de difundir unas fotografías constituían en realidad una forma de censura. En esta sentencia se hace una interpretación de la anterior que acabamos de comentar que introduce algunos elementos que la enriquecen y que pueden abrir una puerta, tal vez, a una evolución posterior que permitiría superar el test de constitucionalidad a algunos supuestos de autorizaciones previas ligadas al discurso comercial. En efecto en la sentencia 13/85 se dice que :

«El previo examen oficial del contenido de la obra del espíritu de que hablaba este Tribunal es su STC 52/83 implica la finalidad de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la

libertad, de manera tal que se otorgue el «placet» a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario. No estamos ante un supuesto de tal género, y ello no sólo por la afirmación de la inexistencia del ánimo o propósito censor ...».

Es evidente que se produce un afinamiento en la aproximación del concepto de censura que, aunque se pretende traer de la doctrina de la anterior sentencia, en realidad no puede encontrarse en ella. En efecto aquí aparece la referencia a la función de «enjuiciar la obra con arreglo a unos valores abstractos»; y además se califica la obra de «obra del espíritu». Este sustantivo tal vez pretenda, en la intención del Tribunal, identificar tales obras con lo que ha sido la tradición que ha defendido la libertad de expresión como derecho fundamental; es decir, las obras que transmitían creencias, ideas, opiniones, sentimientos o informaciones, y en ese sentido no parecería, que el concepto de obra del espíritu cuadre adecuadamente con un anuncio publicitario. Tal vez, también, la referencia del Tribunal a los «valores abstractos y restrictivos» que sirven al censor para enjuiciar la obra del espíritu quiere ligar esos valores –y con ellos la censura misma– con concepciones políticas, ideológicas o religiosas restrictivas del derecho de los demás a expresar sus propias opiniones, lo que deja tal conducta censora lejos de la que pueda mover a la autoridad sanitaria a la hora de autorizar un medicamento de uso humano. No son en este caso las concepciones ideológicas o políticas las que mueven a autorizar una determinada publicidad, sino cuestiones en todo caso más técnicas. ¿Marcan estas expresiones de la sentencia que se comenta una línea de evolución en el sentido que se acaba de apuntar? Es difícil saberlo, pero lo que es evidente es que sólo por este camino, sólo reconociendo que el concepto de censura que tenía en mente el constituyente, era un concepto ligado con valores políticos, ideológicos y religiosos, podría llegarse a afirmar que en ese concepto no está comprendida la autorización del discurso comercial relacionado con los medicamentos.