

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Quintana-C., A. y Benítez-R., V. (2016). La influencia de la Constitución en la regulación de la publicidad comercial. Los problemas del constitucionalismo. *Revista Jurídicas*, 13 (2), 27-43. DOI: 10.17151/jurid.2016.13.2.3.

Recibido el 04 de julio de 2016
Aprobado el 05 de septiembre de 2016

LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL. LOS PROBLEMAS DEL CONSTITUCIONALISMO

ANAMARÍA QUINTANA-C.* |
VICENTE F. BENÍTEZ-R.**

RESUMEN

En este artículo se presenta el proceso de constitucionalización del derecho de la publicidad comercial en Colombia el cual ha sido construido por medios judiciales, más específicamente por la Corte Constitucional, cuando ha analizado la constitucionalidad de las normas en esta materia. Se pretende determinar en qué derecho constitucional es posible encuadrar el derecho de la publicidad de los anunciantes. Esto con el objeto de identificar el ámbito de actuación del legislador para imponer limitaciones, restricciones o prohibiciones al derecho, las cuales ciertamente variarán si se concluye que el derecho a la publicidad es una expresión de un derecho de rango fundamental o si se establece que es un desarrollo de un derecho de contenido económico.

PALABRAS CLAVE: constitucionalización, publicidad, Corte Constitucional, libertad de expresión, libertad de empresa.

* Magíster en Derecho de la Empresa y de los Negocios. Profesora del Área de Derecho Privado en la Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia. E-mail: ana.quintana@unisabana.edu.co. ORCID: 0000-0001-6736-2485.

** Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia. E-mail: vicente.benitez@unisabana.edu.co. ORCID: 0000-0001-6736-2485.



THE INFLUENCE OF THE CONSTITUTION IN THE REGULATION OF COMMERCIAL ADVERTISING. THE PROBLEMS OF CONSTITUTIONALISM

ABSTRACT

This article offers an insight about the Advertisement Law's constitutionalization in Colombia. This process has been built by judicial means, and more specifically by the Colombian Constitutional Court in abstract judicial review decisions. This text's main purpose is to determine whether the Advertisement Law could be categorized as an expression of a specific constitutional right in order to identify the extent of the appreciation margin given to the legislative branch while it imposes limitations, restrictions or prohibitions to this activity. Thus, this margin will be different if the Advertisement Law can be categorized as a fundamental right concrete example rather than a right whose main content is economical.

KEY WORDS: constitutionalization, advertising, Constitutional Court, freedom of speech, business freedom.

INTRODUCCIÓN

Diez años antes de la expedición de la Constitución, el legislador en la ley —por la cual se dictan normas en materia de ética médica— había impedido a los médicos el acceso a medios publicitarios; de manera que solo se permitía incluir información en publicaciones de carácter científico. Esta situación continuó hasta que en 1999, por medio de una acción pública de inconstitucionalidad, el asunto llegó a manos de la Corte Constitucional la cual protegió el derecho fundamental a la libertad de expresión y concluyó que dicha prohibición era inconstitucional. Esto mismo ocurrió un año después al analizar una norma que prohibía la publicidad comercial radial a espiritistas, hechiceros, pitonisas y adivinos. Sin embargo, la Corte, en este caso, estableció que la actividad publicitaria es más un desarrollo de la libertad económica que un componente de la libertad de expresión. A pesar de esto, ese mismo año, la Corte estudió la constitucionalidad de ciertas normas que regulaban los anuncios publicitarios para los contadores y analizó el caso a la luz de la libertad de expresión indicando que esta clase de publicidad no puede prohibirse sin vulnerar un derecho de rango fundamental.

Tal como se observa, en diversas sentencias de constitucionalidad referidas al fundamento *iusconstitucional* del derecho a la publicidad, la Corte ha concluido —en algunas ocasiones— que dicha rama del saber jurídico es una concreción del derecho fundamental a la libertad de expresión; mientras que en otras oportunidades ha señalado que se trata de una manifestación del derecho a la libertad de empresa. Estos cambios de opinión por parte de la Corte, son relevantes para efectos prácticos en el derecho de los negocios: si se considera que el derecho a la publicidad se deriva del derecho a la libertad de expresión, el control sobre las posibles limitaciones legislativas será mucho más riguroso e incluso su prohibición estará constitucionalmente proscrita. Por el contrario, si se considera que esta área del derecho encuentra su fundamento constitucional en el derecho a la libertad de empresa, el escrutinio constitucional será menos riguroso e incluso —en algunos casos especiales— su prohibición estaría justificada.

En este sentido el presente artículo pretende, mediante una metodología dogmática, presentar una descripción crítica de las aporías teóricas y prácticas que surgen de esta ambivalencia jurisprudencial. Para lograr dicho cometido, este escrito estará dividido de la siguiente forma: en primer lugar se presentarán las notas esenciales de la constitucionalización del derecho en general y como los problemas asociados a este fenómeno se trasladan a las demás ramas del derecho que reciben la influencia de la Constitución. En segundo término, y a la luz de estas consideraciones teóricas, se mostrará cómo ha operado esta constitucionalización en el derecho a la publicidad partiendo del análisis de las sentencias de constitucionalidad de las normas que en este tema han sido expedidas por la Corte Constitucional. Finalmente, se ofrecerán algunas conclusiones.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Como es bien sabido, después de la Segunda Guerra Mundial, el derecho constitucional se transformó. En efecto, con el objetivo último de evitar que el derecho pueda ser un instrumento de manipulación de poderosos gobernantes en contra de las minorías por medio de una aproximación enteramente positivista, los textos constitucionales de la segunda posguerra contienen una serie de elementos específicos que, a su turno, perfilan las notas esenciales de lo que hoy se conoce como 'neoconstitucionalismo' (Lancheros, 2009; López Medina, 2004; Bernal, 2006; Cruz, 2009; Santiago, 2008).

En este sentido, y para tomar el caso más conocido en Europa continental, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 deja atrás la lectura positivista y neutra que imperó en Alemania durante el siglo XIX y la primera mitad del XX (Dietze, 1956; Lucas Verdú, 1987); así, gracias a diversos dispositivos, asume una postura valorativa según la cual la persona, su dignidad y sus derechos, deben ser el centro de la regulación jurídica (Dworkin, 2010; Bachof, 2010; Benda, 2001; Hesse, 2001; Katz 1995-1996; Cole, 1959; Murphy and Tanenhaus, 1977). En tal virtud: (i) se introduce un generoso catálogo de derechos fundamentales (Schneider, 1991) que, a su vez, tiene un alto contenido moral y axiológico. Estas normas que eran consideradas éticas adquieren, pues, una connotación jurídica (Kommers, 1991, 2007); (ii) este conjunto de normas *iusfundamentales*, están redactadas de una manera genérica. En otras palabras, son disposiciones con una textura abierta que no replican la estructura tradicional de las reglas —supuesto de hecho y consecuencia— (Bernal, 2009); (iii) asimismo, y como bien lo advirtió el Tribunal Constitucional Federal Alemán en una de sus más famosas decisiones —el caso Lüth—, la Ley Fundamental optó por la defensa de un orden objetivo de valores que debe ser respetado u observado incluso por los particulares —*Drittwirkung*— (Suárez, 2014; Starck, 2002); (iv) se establece en los artículos 1.3 y 20 de la Ley Fundamental, que todos los poderes públicos están sometidos al imperio de los derechos fundamentales contenidos en ella y (v) para efectos de lograr el respeto y la garantía de los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental se establece un poderoso Tribunal Constitucional que tiene diversas funciones dirigidas a tal fin (Cruz, 2009; Zeidler, 1987).

En resumen, se puede decir que las constituciones de la posguerra (i) confieren juridicidad a normas que antes se consideraban meras prescripciones morales y (ii) encargan al juez constitucional la salvaguarda de estos valores constitucionales con el propósito de evitar un regreso a la tragedia vivida bajo el Tercer Reich.

Ahora bien, como algunos autores destacan, el neoconstitucionalismo ha sido un fenómeno que no ha estado exento de críticas. En general, dos reparos han sido formulados a esta nueva forma de entender el derecho constitucional: primero una de las críticas más comunes tiene que ver con los límites a la interpretación

judicial de la Constitución. Así, si buena parte de las normas jurídicas contenidas en los textos constitucionales de la posguerra son de textura abierta y con un alto contenido moral, algunos señalan que se produce un terreno fértil para que los jueces constitucionales deslicen sus ideas, opiniones o ideologías al momento de interpretar dichas normas (Ferrerres-Comella, 2007). Por ejemplo, la comprensión del principio de dignidad humana será muy diferente (e incluso podría ser opuesta) si el intérprete lee dicha norma a la luz de una tradición aristotélica frente a quien lo hace desde una perspectiva kantiana. En suma, algunos autores afirman que las normas vertidas en el texto constitucional no son límites eficaces para prevenir la posibilidad de una lectura distorsionada mediante la cual el juez pueda imponer sus ideas sobre lo que dice la Constitución. Con esto, el juez constitucional habrá dejado de ser un funcionario sometido a la Carta Política y habrá pasado a ser su amo o maestro (Kramer, 2011).

Como consecuencia de lo anterior —y este es el segundo reparo— algunos otros autores consideran que dicha ausencia de límites interpretativos, conduce a que la norma jurídica suprema no sea la Constitución sino la jurisprudencia constitucional. Esta situación, a su turno, desemboca en una crítica sobre la legitimidad democrática del juez que puede ser descrita así: si las sentencias de las cortes constitucionales en realidad crean normas jurídicas de rango constitucional que no aparecen en el nudo texto, ¿cuál es la fuente de legitimidad democrática de dichas normas? (Horn, 1988; Rubio Llorente, 1959; Waldron, 2005; Tushnet, 1999; Bickel, 1986).

Supuesto esto, en principio, uno podría decir que esos dos problemas del neoconstitucionalismo son reparos exclusivos del derecho constitucional y no tendrían por qué impactar otras ramas del derecho. Sin embargo, y a la luz de todo lo dicho hasta acá, una de las concreciones más interesantes del nuevo constitucionalismo radica en que la Constitución, al ser una verdadera norma jurídica suprema judicialmente exigible, tiene la capacidad de incidir en todo el ordenamiento jurídico (Barroso, 2010). Así pues, la creación de una constitución normativa (de Otto, 2007; Santamaría Pastor, 1988) ocasiona que sus preceptos genéricos puedan ser susceptibles de ser aplicados a cualquier asunto jurídico y por cualquier juez con independencia de su especialidad. Guastini (2005) denominó este fenómeno como la “constitucionalización del derecho”: ya que se trata de un proceso, luego del cual, las normas constitucionales impregnan todo el ordenamiento jurídico por lo tanto debe interpretarse en sintonía con las normas constitucionales y las interpretaciones judiciales que de ellas han hecho los jueces constitucionales (de Urioste, 2015; Landa, 2014).

Como resultado de ello dicha impregnación constitucional, en las otras ramas del derecho, ocasiona que los problemas de indeterminación interpretativa y el reparo democrático se repliquen. En otras palabras el proceso de constitucionalización del derecho implica que no solo las virtudes del neoconstitucionalismo se trasladen a las demás áreas del saber jurídico (como la defensa incondicionada de la persona

humana), sino que también sus defectos o reparos se trasplantan en el derecho ordinario ahora constitucionalizado.

De una manera más específica, debe decirse que esto es particularmente cierto en el caso del derecho privado. Como bien lo anota Calderón (2007), cualquier controversia de dicha área del derecho es susceptible de ser constitucionalizada y existen diversas vías para lograrlo. Para referirnos al caso colombiano, que junto con otros Estados latinoamericanos acogió los postulados neoconstitucionalistas con la ola de constituciones expedidas en las postrimerías del siglo XX (Barroso, 2010; Uprimny, 2011; Vargas, 2005), es interesante notar cómo la Corte Constitucional no solo ha utilizado la categoría alemana de la *Drittwirkung* para concluir que los particulares también están en la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales en sus relaciones sino que también existen otras puertas de entrada como la catalogación de ciertas actividades como servicio público, la subordinación e indefensión (i.e. derecho a la igualdad material) para equilibrar ciertas relaciones privadas, la acción de tutela contra providencias judiciales o la acción ciudadana de inconstitucionalidad contra normas jurídicas de derecho privado.

Bajo este panorama, este artículo buscará demostrar cómo el problema de la indeterminación interpretativa del neoconstitucionalismo se ha trasladado con fuerza al campo del derecho de la publicidad; toda vez que la Corte Constitucional ha catalogado la posibilidad de divulgar piezas publicitarias en algunas ocasiones como un desarrollo del derecho a la libertad de expresión, mientras que en otras oportunidades ha concluido que esta actividad es una concreción del ejercicio del derecho a la libertad de empresa. Como se verá a continuación, la importancia del encuadramiento del derecho de la publicidad en uno de estos dos principios no obedece a una necesidad de lograr un purismo teórico sino que, por el contrario, dicha clasificación tendrá efectos prácticos sobre el quehacer del legislador y del empresario.

EL CASO DE LA PUBLICIDAD

En el caso particular de la publicidad es posible verificar como, al igual que ha ocurrido a lo largo del derecho mercantil, la Corte Constitucional ha limitado la discrecionalidad legislativa buscando corregir los defectos del mercado reflejados en la ley que puedan afectar intereses públicos (Landa, 2015). De este modo esta Corporación ha fijado límites a partir de los principios constitucionales por vía de producción, interpretación y aplicación del derecho (Calderón, 2004); en esta materia, principalmente, por vía de sentencias de constitucionalidad.

La publicidad es un fenómeno producto de las sociedades de masas que son caracterizadas por la fabricación en serie de productos, la venta en masa y los medios de comunicación de multitudes (Santaella, 1982). Esto se consolida fundamentalmente en el siglo XIX cuando se dieron las condiciones económicas, sociales y tecnológicas que generaron por una parte y, permitieron por otra, el nacimiento de la actividad publicitaria (González, 1994); así, en la medida en que la producción se ha masificado, se ha hecho inevitable la utilización de herramientas más potentes en las estrategias de venta dentro de las cuales se encuentra la publicidad (Fritz, 1989); haciendo necesario para el mercado y los empresarios la comunicación de información con contenido persuasivo para la obtención y aumento de la clientela.

Lo primero que se debe indicar es que en Colombia, como en la mayoría de países del mundo, a nivel constitucional, no se encuentra regulado expresamente un derecho de o a la publicidad; por esta razón, es necesario encontrar su fundamento en otro u otros derechos constitucionales y esta tarea —como ya ha quedado expresado— le ha correspondido a la Corte Constitucional. Para efectos de entender la importancia y la determinación del derecho constitucional que sirve de fundamento al derecho de la publicidad será necesario previamente, y a manera meramente descriptiva, presentar la situación en dos Estados considerados referentes en temas económicos en el mundo y con los cuales es posible evidenciar el contraste de posiciones.

En este sentido en los Estados Unidos, desde el año 1976, el derecho a la publicidad se ha incluido dentro del ámbito de amparo de la 1ª Enmienda de la Constitución; la cual contiene el derecho a la libre expresión, entendiéndose que de esta manera se protege al emisor y el receptor del mensaje publicitario (García-Guerrero, 2014). Sin embargo, el nivel de protección en esta forma de expresión es más flexible que otras —como la prensa— debido al contenido económico o comercial del mensaje transmitido y como consecuencia de ello este puede en mayor medida ser restringido (Pardo, Lázaro y de la Vega, 2013). El desarrollo jurisprudencial del fundamento constitucional de la publicidad en los Estados Unidos se ha orientado a establecer que la razonabilidad de este tipo de mensajes publicitarios debe partir de un escrutinio intermedio por lo que se ha fijado en un test de constitucionalidad compuesto por cuatro pasos denominado *Central Hudson Test*.

Según este test, el análisis constitucional de la limitación de una publicidad deberá basarse en los siguientes criterios: (i) solo es objeto de protección el discurso publicitario verídico, de manera que se puede prohibir y castigar todo aquel que resulte engañoso; (ii) para imponer una limitación al discurso publicitario protegido debe ser claro el interés sustancial contrapuesto que pretende proteger el Estado; (iii) la limitación debe ser apta y eficaz para lograr la finalidad pretendida; (iv) debe haber una proporción entre la limitación y el fin, este último debe ser satisfecho mediante las restricciones menos severas posibles.

En este país, los límites a la publicidad se analizan entendiendo que pueden existir algunas razones suficientemente válidas para restringir esta faceta del derecho constitucional a la libertad de expresión. Un ejemplo de esto, son las limitaciones a la publicidad de tabaco; sin embargo, por tratarse de un derecho constitucionalmente protegido, la medida no puede ser absolutamente prohibitiva sino restrictiva siempre y cuando sirva al interés protegido.

En Italia, por su parte, es claro que la publicidad se enmarca dentro de la protección de la libre iniciativa económica privada incluida en el artículo 41 de la Constitución; toda vez que es una herramienta necesaria para el desarrollo de los objetos empresariales, por lo tanto puede ser limitada por el Estado. No obstante no es pacífica la determinación de si se encuentra dentro del espectro del artículo 21, que establece la libertad de expresión, por cuanto su finalidad económica no promueve la formación de opinión ni consiste en una manifestación de esta; aunque sea una fuente fundamental de información para los consumidores (García-Guerrero, 2014).

Para comprender el asunto en Colombia, la tarea ha de realizarse a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional mediante un análisis dinámico de sus sentencias; de manera que sean estas las que nos permitan esclarecer el fundamento constitucional vigente. No obstante es necesario indicar previamente que, en virtud del bloque de constitucionalidad, para determinar el asunto no basta con verificar el texto literal de la Constitución sino que debe atenderse, además, a los convenios de carácter internacional de derechos humanos que traten algunos de estos (Castillo, 2007) tal como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 en su artículo 13 (libertad de pensamiento y de expresión) la cual indica la posibilidad de expresar información de cualquier tipo dentro de la que se encuadra la información de contenido o con finalidad comercial.

Como se ha dejado establecido, en la determinación del derecho constitucional que habilita la protección de la publicidad, los Estados se han ubicado principalmente en torno a los derechos de la libertad de expresión y la libertad económica. Colombia no ha sido la excepción, ya que en el análisis de constitucionalidad de las normas que la limitan la publicidad ha justificado la protección con alguno de los dos derechos: uno de rango fundamental y el otro de contenido económico. El primero correspondiente al artículo 20 de la Constitución que reza: “se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación”; y paralelamente el artículo 333 que aduce la libertad de la actividad económica y la iniciativa privada, indicando igualmente la posibilidad de la ley de limitar esta libertad cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

De manera que resulta de fundamental interés presentar el desarrollo jurisprudencial en la materia para así poder determinar los problemas que surgen al no tener claridad del derecho y las implicaciones prácticas tanto para el anunciante como para el legislador al ser el encargado de fijar el campo de actuación.

El primer fallo que se debe analizar es la sentencia C-355 de 1994 en la que se demanda la inconstitucionalidad de los artículos 50 y 51 (parciales) de la Ley 35 de 1989 (“sobre la ética del odontólogo colombiano”), en los cuales existía la prohibición de la publicidad para la actividad profesional de la odontología.

Artículo 50. Es contrario a la ética servirse de medios publicitarios para atraer pacientes o aparecer superior a los demás colegas. Solo será permitido al odontólogo comentar o informar sobre temas profesionales si lo hace en publicaciones o conferencias científicas.

Artículo 51. La formación decorosa de clientela debe cimentarse en la capacidad profesional y en la honorabilidad. (La propaganda se manifiesta en contra del odontólogo que la emplea y disminuye el aprecio público hacia la profesión). Este tiene la obligación de elevar su reputación, gracias a su cumplimiento, juicio y capacidades y todo ello solo por medio del servicio prestado a sus pacientes y a la sociedad. {El uso de propaganda de cualquier clase que ella sea, es incompatible con este precepto}.

En este caso el problema que los actores le presentan a la Corte es determinar si la Constitución le permite a la ley prohibir a los odontólogos el uso de publicidad. Frente a lo cual se concluye que no resulta acorde a los preceptos de la Carta, pues esta censura atenta contra los derechos a la autonomía y a la libertad debido a que no permite que los profesionales de la odontología puedan dar a conocer, a través de una publicidad legítima, ciertos aspectos relevantes para su ejercicio profesional, en un plano de igualdad con las demás profesiones. En consecuencia esta prohibición va más allá de lo razonable que deben perseguir las normas de la publicidad, afectando los derechos de los profesionales dedicados a esta rama.

Así, la Corte basa su decisión en los derechos de libertad de escoger profesión u oficio e igualdad para establecer que resulta injusta la limitación del ejercicio legítimo de una profesión; sin embargo, para lo que nos concierne, establece también que dicha limitación atenta contra los derechos a la autonomía y a la libertad que tiene toda persona de expresar y difundir su pensamiento y opiniones; de manera que encuadra el derecho al uso de publicidad como un reflejo de la libertad de expresión.

Posteriormente, en la sentencia C-524 de 1995, a raíz de una demanda en la que se argumenta que la norma se opone al preámbulo y a los valores y principios constitucionales al permitir que se invite a las personas a consumir productos perjudiciales para la salud, la Corte analiza la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 30 de 1986; en este se establece que:

las estaciones de radiodifusión sonora, las programadoras de televisión y los cinematógrafos sólo podrán transmitir propaganda de bebidas alcohólicas, cigarrillos y tabaco en los horarios y con la intensidad que determine el Consejo Nacional de Estupefacientes, previo concepto de su Comité Técnico Asesor. El Ministerio de Comunicaciones velará por el cumplimiento de esta disposición.

El problema al que se enfrenta esta Corporación, consistía en determinar si las empresas tienen derecho a usar publicidad pese a que su negocio se desarrolle en torno a productos nocivos para la salud o si es deber de la ley prohibirla. Para justificar el uso de la publicidad, la Corte se aparta de su decisión anterior y no hace referencia al derecho de la libertad de expresión sino al de libertad de empresa; aduciendo que el modelo económico colombiano permite a los sujetos desarrollar su actividad económica con los límites que establezca el legislador por razones de interés social, medio ambiente y patrimonio cultural de la Nación tal como lo establecen los artículos 333 y 334 de la Constitución.

Con base en ello concluye que, teniendo en cuenta que el empresario tiene plena libertad de iniciativa para escoger los instrumentos que considere idóneos y eficaces para ofrecer o anunciar sus productos siempre y cuando no atenten contra el bien común, el Estado al regular la actividad económica puede establecer límites o restricciones en aras de proteger la salud pública. En consecuencia, es posible condicionar la publicidad de productos nocivos para la salud a horarios adecuados sin prohibirla permitiendo que el empresario ejerza sus derechos económicos y dejando que sea el consumidor el que decida de manera autónoma su consumo.

En el mismo sentido del primer fallo, la sentencia C-116 de 1999 retoma el derecho de libertad de expresión como fundamento del uso a la publicidad para determinar que resulta inconstitucional el artículo 57 de la Ley 23 de 1981 (por la cual se dictan normas en materia de ética médica) que indica que la mención de títulos académicos, honoríficos, científicos o de cargos desempeñados solamente podrá hacerse en publicaciones de carácter científico, impidiendo su uso en otros medios como la publicidad. En este caso los accionantes manifestaron que la norma limita el derecho a la libertad de expresión de los médicos para dar a conocer sus servicios con el fin de informar a la comunidad sobre sus cualidades y atributos y que puedan tomar decisiones responsables basadas en los logros académicos de los médicos, ya que con esta restricción se evidencia una vulneración del derecho al trabajo de los profesionales de la medicina bajo el principio que consagra la igualdad de oportunidades.

Por su parte la Corte en sus consideraciones determinó que, si bien la norma se dirige a garantizar la seguridad y certeza en la información que sobre los servicios profesionales a fin de otorgar confianza sobre el ejercicio idóneo de la ciencia médica, esta limitación es desproporcionada debido a que repercute

sustancialmente en la libertad de los médicos de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, de informar sobre sus servicios en cualquier medio de publicidad, así como el derecho que tienen como profesionales a realizar su actividad en igualdad de condiciones y oportunidades frente a profesionales de otras ramas de la ciencia. De esta manera, desconoce el derecho de los ciudadanos a ser informados de la manera más completa posible sobre los servicios médicos ofrecidos por sus profesionales para así poder escoger entre las diversas posibilidades que brinda la oferta de la actividad médica.

En la misma línea, en la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 (parcial) y 13 (inciso primero) de la Ley 74 de 1966 (entre otros), en la sentencia C-010 de 2000, el accionante expone que son contrarias a la Convención Interamericana de Derechos Humanos las normas que prohíben la publicidad comercial radial a (i) personas que carezcan del correspondiente título de idoneidad y (ii) espiritistas, hechiceros, pitonisas y adivinos por cuanto establecen limitaciones a la libertad de expresión que no corresponden a las causales específicas previstas por el mencionado pacto internacional; las cuales, conforme a la doctrina de la Corte Interamericana, son taxativas; lo que genera discriminación, equivaliendo a censura previa.

La Corte resuelve, aduciendo que es natural, que la ley pueda prohibir a aquellos que carecen del correspondiente título utilizar la radio como medio de publicidad de una ocupación o profesión que es ilegítima; pues no se puede promover comercialmente una actividad que está prohibida. Por lo tanto resulta constitucional que se impida esta clase de publicidad, ya que representa riesgos sociales. Sin embargo considera que para los espiritistas, hechiceros, pitonisas y adivinos la medida de prohibición resulta discriminatoria y violatoria del pluralismo; toda vez que estas ocupaciones son toleradas, pese a que la sociedad juzga necesario desestimularlas por considerar que son riesgosas y dañinas, por lo cual se concluye que esta prohibición resulta desproporcionada puesto que afecta un oficio que debe ser respetado so pena de vulnerar el derecho al trabajo y a escoger su profesión u oficio.

No obstante, a pesar de que los magistrados se mantienen en establecer la importancia de proteger la libertad de expresión, aclaran que este derecho no tiene la cualidad de ser absoluto por lo que puede ser limitado; aunque estas limitaciones deben ser sometidas a un examen de constitucionalidad muy estricto, el cual se relaja cuando se analizan temas relacionados con la publicidad. Lo anterior apoyado en establecer que, pese a una lectura literal del artículo 13 de la Convención Interamericana o del artículo 20 de la Carta, la propaganda comercial se encuentra plenamente protegida por las garantías propias de la libertad de expresión; pues ambas disposiciones señalan que las personas tienen derecho a difundir informaciones e ideas de toda índole, lo cierto es que una interpretación

sistemática y teleológica conduce a otra conclusión. De ahí que la publicidad comercial no reciba la misma protección constitucional que otros contenidos amparados por la libertad de expresión por lo tanto la ley puede intervenir más intensamente en ella.

En suma, en la sentencia C-010 de 2000, se establece que expresamente la Constitución en el artículo 78 le otorga el deber a la ley de regular la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios y como consecuencia de esto resulta más apropiado determinar que “la actividad publicitaria es, en general, más un desarrollo de la libertad económica que un componente de la libertad de expresión, por lo cual la propaganda comercial se encuentra sometida a la regulación de la Constitución económica”.

Pese a esto, la Corte da un giro nuevamente en la sentencia C-530 del 2000; donde se analiza si limitar la información que los contadores públicos pueden incluir en la publicidad de sus servicios estaría vulnerando el derecho de la libertad de expresión. Así, concluye que el aparte normativo que señala que la publicidad debe hacerse de forma mesurada genera restricciones ilegítimas a la libertad de expresión porque deja a la voluntad del juez disciplinario interpretar cuándo una publicidad es mesurada o no. Por el contrario, establece que identificar en la norma los datos mínimos que debe contener la publicidad no vulnera los derechos constitucionales de este tipo de profesional como tampoco lo hace la norma que busca que se preserve el derecho de la comunidad a recibir información exacta o veraz, ya que ello no implica desmeritar a los profesiones de la contaduría.

Finalmente, y confirmando la falta de estabilidad en el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-830 del 2010 vuelve a la tesis de basar la publicidad en la libertad de empresa y la libre iniciativa privada. Para esta ocasión, un ciudadano pide que se declaren inexecutable los artículos 14, 15, 16 y 17 de la Ley 1335 de 2009 (“disposiciones por medio de la cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana”) los cuales prohíben la publicidad y promoción del tabaco y sus derivados por violar derechos fundamentales.

La Corte, remitiéndose a la sentencia C-010 del 2000, determina que la publicidad no se fundamenta en la libertad de expresión sino en la libertad de empresa y que algunas medidas restrictivas son compatibles con esta y con la libre iniciativa privada puesto que el legislador puede imponer restricciones, incluso a nivel de prohibición, a la publicidad comercial cuando concurren razones imperiosas que hagan proporcionales medidas de esa naturaleza —para este caso se trata de la salud pública—. De manera que se llega a determinar que este tipo de

restricciones no afectan el núcleo esencial de la libertad económica, ya que preservan el derecho de los consumidores a conocer los efectos y consecuencias del consumo de dichos bienes.

En síntesis es posible, haciendo un análisis dinámico de la jurisprudencia, encontrar que la constitucionalización de la materia no ha sido consistente ni estable; pudiéndose graficar de la siguiente manera:

		Libertad de expresión Art. 20 Constitución Art. 13 Pacto de San José	Libertad de empresa Art. 333 y 78 Constitución	
C- 355/94	Ampliar el ámbito fijado por la ley para la publicidad	X Odontólogos (permitir)		Confirmar la restricción fijada por la ley para la publicidad
C- 524/95			X Tabaco (limitar, pero no prohibir)	
C-116/99		X Médicos (permitir, limitación desproporcionada)		
C-010/00		X Espiritistas (permitir, de lo contrario es discriminatorio)	X Quienes carecen de título (prohibir por riesgos sociales)	
C-530/00		X Contadores (permitir, restricciones ilegítimas)		
C-830/10			X Tabaco (prohibir, razones de salud pública)	

En este orden de ideas, es posible encontrar que en Colombia no ha existido un único criterio para determinar el derecho constitucional en el que se apoya la publicidad y en razón de esto nos encontramos con varias posiciones. Por tanto, pese a que hay un último fallo que la ha fundamentado en la libertad de empresa, la jurisprudencia ha pendido entre esta y la libertad de expresión, cambiando de una decisión a otra.

CONCLUSIONES

Se puede determinar, *a posteriori*, del análisis de las sentencias, que en los casos en los que se acude a la libertad de expresión se limitan las restricciones impuestas por la ley; mientras que en los casos en los que se acude a la libertad económica se permite o justifica tales restricciones, sin fijar un criterio claro de tal interpretación y sin determinar expresamente las razones por las cuales no existe un respeto por el precedente judicial, poniendo en riesgo la seguridad jurídica tan importante en el ámbito del derecho privado (Arrázola, 2015).

Adicionalmente un elemento que ha establecido esta jurisprudencia constitucional, de una manera más estable, es que el ordenamiento jurídico colombiano, concretamente la ley, puede limitar la publicidad sin violar los derechos constitucionales que la respaldan bien sea libertad de empresa o libertad de expresión siempre y cuando esta limitación supere el test de proporcionalidad correspondiente. Sin embargo no queda claro si inclusive la limitación puede llegar al nivel de prohibición teniendo como base el derecho fundamental de libertad de expresión, como ocurre en el caso norteamericano, puesto que en todos los casos en los que se ha autorizado la prohibición se ha referido es a la libertad de empresa; complicando así la labor del legislador, el cual encuentra incertidumbre al establecer si una limitación o prohibición resulta violatoria de un derecho que en un análisis posterior podría ser o no tenido en cuenta.

Se podría vislumbrar que la Corte Constitucional acude al derecho fundamental principalmente en casos de personas naturales que ejercen profesiones liberales que deben ser estimuladas tales como odontólogos, médicos y contadores y no lo hace en el caso de los adivinos o espiritistas —en esta sentencia expone la disyuntiva—. Por el contrario, acude al derecho de contenido económico en los casos de publicidad para productos o servicios que pueden afectar intereses sustanciales del Estado como lo es el cuidado de la salud pública. Sin embargo esto puede resultar no del todo claro, ya que el legislativo restringe la libertad de médicos y odontólogos justamente considerando que puede afectar intereses públicos como la salud.

Finalmente, con el estado actual de las decisiones, es claro que el derecho de la publicidad se ha constitucionalizado. Empero, este proceso no ha resultado absolutamente conclusivo. De manera que en Colombia el derecho a la publicidad es posible enmarcarlo como un reflejo del derecho fundamental de libertad de expresión, del derecho de libertad económica o de empresa, según sea el caso. De acuerdo lo determinen en cada caso los magistrados correspondientes, lo cual resulta absolutamente complejo de cara al papel del legislador frente a la publicidad. Así las cosas, en la medida en la que se establece la libertad de configuración por el contenido económico del asunto, se amplía el ámbito de regulación; mientras

que si se reprocha esta configuración por la afectación del derecho fundamental a la libertad de expresión, que efectivamente en el derecho colombiano y en el interamericano no se circunscribe a las opiniones sino que “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole” (García y Gonza, 2007, p. 17) tales como las informaciones comerciales, se limita la posibilidad de imponer talanqueras.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arrázola, F. (2015). La seguridad jurídica ante la obligatoriedad del precedente judicial y la constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho Público*, 34, 3-28.
- Bachof, O. (2010). ¿Normas constitucionales inconstitucionales? Lima, Perú: Palestra Editores.
- Barroso, L.R. (2010). La americanización del derecho constitucional y sus paradojas: teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 15, 365-426.
- Benda, E. (2001). Dignidad humana y derechos de la personalidad. En Benda, E. et al. (Ed.). *Manual de derecho constitucional* (pp. 127-144). Madrid, España: Marcial Pons.
- Bernal, C. (2006). *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad en el derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven, USA: Yale University Press.
- Calderón, J.J. (2004). Constitucionalización del derecho comercial desde la dogmática de los márgenes de acción. *Precedente*, 49-78.
- Calderón, J.J. (2007). Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. *Vniversitas*, 56 (113), 113-137.
- Calderón, J.J. (2007). La constitucionalización de las controversias contractuales. *Los contratos de derecho privado*. Bogotá, Colombia: LEGIS y Universidad del Rosario.
- Castillo, L. (2007). Un caso de internacionalización y constitucionalización. Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del TEDH y en la del TC. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 119, 385-437.
- Cruz, L.M. (2009). La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. *Dikaion*, 23 (18), 11-31.
- de Otto, I. (2007). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, España: Editorial Ariel.
- de Urioste, R. (2015). Constitucionalismo y constitucionalización del derecho internacional de las inversiones. ¿Buenas noticias para los Estados o para los inversionistas? *Agenda Internacional*, 22 (33), 149-166.
- Dietze, G. (1956). Unconstitutional Constitutional Norms? Constitutional Development in Postwar Germany. *Virginia Law Review*, 42 (1), 1-22.
- Dworkin, R. (2010). Igualdad, democracia y Constitución: nosotros el pueblo en los tribunales. En Carbonell, M. y García, L. (Ed.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ferreres, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Fritz, W. (1989). *Publicidad y consumo, critica de la estética de mercancías*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- García-Guerrero, J.L. (2014). *La publicidad fundamentos y límites constitucionales*. Madrid, España: Tirant lo Blanch.
- García, S. y Gonza, A. (2007). *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- González, M.Á. (1994). *Curso de publicidad*. Madrid, España: Editorial Eresma & Celeste ediciones.
- Guastini, R. (2005). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En Carbonell, M. (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-74). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Hesse, K. (2001). Significado de los derechos fundamentales. En Benda, E. et al. (Ed.). *Manual de derecho constitucional* (pp. 83-95). Madrid, España: Marcial Pons.
- Horn, H.-R. (1988). El constitucionalismo alemán en las postrimerías del siglo XX. *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*. Ciudad de México, México: UNAM.
- Katz, E. (1995-1996). On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment. *Columbia Journal of Law & Social Problems*, 29, 251-292.
- Kommers, D. (1991). German constitutionalism: A prolegomenon. *Emory Law Journal*, 40, 837-873.
- Kommers, D. (2007). Germany: Balancing Rights and duties. En Goldworthy, J. (Ed.). *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Lancheros, J.C. (2009). Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana. *Dikaion*, 23 (18), 247-267.
- Landa, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THMIS-Revista de Derecho*, 66, 309-327.
- Landa, C. (2015). Constitucionalización del derecho mercantil. *THMIS-Revista de Derecho*, 67, 191-204.
- López-Medina, D.E. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Colombia: LEGIS, Universidad de los Andes, Universidad Nacional.
- Lucas Verdú, P. (1987). *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Murphy, W. and Tanenhaus, J. (1977). *Comparative Constitutional Law. Cases and Commentaries*. New York, USA: St. Martin's Press.
- Pardo, M. et al. (2012). Adecuación constitucional y legalidad del discurso publicitario. En Lázaro, E.J. (Coord.). *Derecho de la publicidad*. Madrid, España: Civitas.
- Rubio Llorente, F. (1959). El Tribunal Constitucional Federal Alemán. *Revista de la Facultad de Derecho*, 18, 197-198.
- Santaella, M. (1982). *Introducción al derecho de la publicidad*. Madrid, España: Civitas.
- Santamaría Pastor, J.A. (1988). *Fundamentos de derecho administrativo*. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres.
- Santiago, A. (2008). Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces: las novedades del neoconstitucionalismo. *Dikaion*, 22 (17), 131-155.
- Schneider, H.P. (1991). *Democracia y Constitución*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Starck, C. (2002). Derechos fundamentales y derecho privado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22 (66), 65-89.
- Suárez-Manrique, W.Y. (2014). La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. *Vniversitas*, 129, 317-351.

- Taylor, C. (1959). Three constitutional courts: A comparison. *The American Political Science Review*, 53 (4), 963-984.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution away from the courts*. New Jersey, USA: Princeton University Press.
- Uprimny, R. (2011). The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, 89, 1587-1609.
- Vargas, C.I. (2005). La incidencia de la Constitución de 1991 sobre el Código Civil colombiano. *Revista de Derecho Privado*, 8, 5-16.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Zeidler, W. (1987). The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms. *Notre Dame Law Review*, 62 (4), 504-525.