

Publicidad comercial y derechos y libertades fundamentales

Commercial Advertising and Fundamental Rights and freedoms

LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid

Vicepresidente del Jurado de la Publicidad (Autocontrol)*

luisve@uva.es

ORCID: 0000-0002-6329-5120

Recibido: 25/05/2023 Aceptado: 25/06/2023

Cómo citar: Velasco San Pedro, Luis Antonio, “Publicidad comercial y derechos y libertades fundamentales”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º Extraordinario monográfico 2(2023): 397-420.



Este artículo está sujeto a una [licencia “Creative Commons Reconocimiento-No Comercial” \(CC-BY-NC\)](#).

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.Extraordinario%20monográfico%202.2023.397-420>

Resumen: El objeto de este trabajo es contextualizar la actividad publicitaria, como importante aspecto de la actividad empresarial, con el marco de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución que, por una parte, le sirve de fundamento, pero también, por otra, condiciona su ejercicio.

Palabras clave: publicidad comercial, derechos y libertades fundamentales, libertad de expresión, publicidad ilícita, publicidad atentatoria contra la dignidad de las mujeres.

Abstract: The scope of this paper is to contextualise commercial advertising, as an important aspect of business activity, within the framework of the fundamental rights and freedoms recognized in the Constitution, which, on the one hand, serves as its basis, and, on the other, limits its exercise.

Key words: commercial advertising, fundamental rights and freedoms, freedom of expression, unlawful advertising, advertising that denigrates women.

* Las opiniones vertidas en el presente trabajo son personales del autor, y no expresan necesariamente las del órgano del que forma parte.

PLANTEAMIENTO

Los *derechos y libertades fundamentales*¹, que en el fondo no son otra cosa que el reconocimiento y protección de la *dignidad de las personas* por el Estado, afectan y deben beneficiar a todos los seres humanos, como se establece hoy en día universalmente y en todos los niveles legales posibles –internacional², regional³ y estatal⁴–, por más que, lamentablemente, todavía persistan muchos lugares donde no se respeta la dignidad humana y se conculcan estos derechos y libertades.

La *actividad empresarial*, como todas las demás actividades humanas que se desarrollan en sociedad, lógicamente no puede ser ajena a estos planteamientos, aunque frecuentemente se suelen pasar por alto. Por referirnos a su situación en España –pero lo mismo sucedería, prescindiendo de matices, en todos los estados sociales y de derecho–, debe remarcar que su ejercicio deriva del reconocimiento, principalmente, de los derechos de propiedad (artículo 34 CE) y al trabajo (artículo 35 CE) y de la libertad de empresa, en el marco de una economía de mercado (artículo 38 CE)⁵. Este ejercicio, por otro lado, debe a su vez ser respetuoso con el conjunto de todos y cada uno de los derechos y

¹ Conceptualmente, aunque con diversidad de criterios según autores, suele diferenciarse entre derechos humanos, derechos fundamentales y garantías institucionales [véase, por ejemplo, BAÑO, J.M. (1988): “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, nº 24, septiembre-diciembre 1988, pp. 155 y ss.]. A los efectos de este trabajo, que se va a centrar en la situación en España, no es necesario hilar tan fino, y podemos hablar genéricamente de derechos y libertades fundamentales para referirnos a los que se reconocen específicamente en la Constitución española (de ahora en adelante CE), en su título I (*De los derechos y deberes fundamentales*), capítulo II (*Derechos y libertades*).

² *Declaración universal de los derechos humanos* proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948

³ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 4 de septiembre de 1950 del Consejo de Europa; *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 7 de diciembre de 2000.

⁴ Habitualmente en los textos constitucionales, siguiendo la tradición inaugurada por las revoluciones liberales del siglo XVIII (Estados Unidos y Francia), con las declaraciones de derechos del hombre y de los ciudadanos.

⁵ Véase, entre otros muchos, ESTEBAN, G. (1982): *El poder de decisión en las sociedades anónimas*. Civitas, Madrid, pp. 594 y ss.

libertades fundamentales que se reconocen a los ciudadanos (en el título I, capítulo II CE)⁶.

La *publicidad comercial* es, indudablemente, una manifestación de la actividad empresarial, en cuanto dirigida a promocionar los productos y servicios que las empresas⁷ ofrecen en el mercado⁸. El objeto de este breve trabajo es contextualizar este importante aspecto de la actividad empresarial, con el marco de los derechos y libertades fundamentales que, por una parte, le sirve de fundamento, pero también, por otra, paradójicamente condiciona su ejercicio. Ambos aspectos se tratan de analizar a continuación.

⁶ Este importante límite a la actividad empresarial, frecuentemente poco tenido en cuenta, se resalta en algún texto legislativo moderno, vinculado a la idea de *responsabilidad social empresarial*, como la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. En el futuro próximo va a tener, no obstante, una mayor relevancia de salir adelante la propuesta de Directiva sobre la *diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*, presentada por la Comisión Europea el 23 de febrero de 2022 [COM(2022) 71 final 2022/0051(COD)] que introduce, para las empresas de mayores dimensiones, la obligación de establecer procesos para identificar, prevenir y diseñar remedios a los impactos adversos sobre derechos humanos y medio ambiente que puedan resultar de sus actividades empresariales, con la correspondiente imposición de sanciones y un régimen de responsabilidad civil en caso de incumplimiento: véase ALONSO, C. (2023): “La propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Jesús Quijano González*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, pp. 59 y ss.

⁷ Utilizamos aquí el término *empresa* en sentido amplio, para referirnos a todos aquellos sujetos que ofrecen en el mercado bienes o servicios, como es la regla en el Derecho de la competencia. Por tanto, no solo a los empresarios mercantiles, del artículo 1 del Código de comercio, sino también a los profesionales liberales, agricultores y artesanos, etc.

⁸ El artículo 2 de la Ley general de publicidad (de ahora en adelante LGP), define como tal a “[t]oda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

1. LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA DESDE LA ÓPTICA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

1.1. El fundamento constitucional de la actividad publicitaria

Como derivada de la actividad de empresa, es evidente que la *publicidad comercial* ha de tener en principio los mismos fundamentos que aquella desde la óptica de los derechos y libertades fundamentales. Como se acaba de señalar: los derechos de propiedad y al trabajo y la libertad de empresa. Esta conclusión es clara y no creo que nadie la cuestione. Es más, a la publicidad, por ser un poderosos *instrumento procompetitivo*, se la puede considerar asimismo una manifestación de la *libertad de competencia* que, a su vez, se infiere de la misma libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE⁹.

Sin embargo, ha venido planteando dudas si la publicidad puede resultar amparada de manera más específica o concreta por algún otro derecho o libertad fundamental. En este punto debe ponerse de relieve que la publicidad se efectúa mediante mensajes —el llamado *mensaje publicitario*—, lo que supone, sea cual sea el medio que se utilice para ello, la divulgación pública de ideas e informaciones¹⁰. En este contexto, la cuestión es ver si por ello la publicidad resultaría también amparada por la *libertad de expresión*, que en nuestro derecho se reconoce en el artículo 20 CE¹¹.

⁹ Sobre este fundamento de la libertad de competencia, de forma sintética pero muy elocuente, véase lo que señala ALONSO, R. (2006) en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Civitas, Madrid, pp. 273 y s.

¹⁰ En relación con los medios, con el advenimiento de la moderna economía digital y la facilidad de difundir contenidos audiovisuales por internet con plataformas especializadas como *YouTube* o *TikTok*, se ha revolucionado el marco tradicional de la publicidad, particularmente, en los últimos tiempos, con los *influencers*, cuyos contenidos son muchas veces difícilmente identificables como publicidad, aunque frecuentemente lo sean, creando nuevos problemas regulatorios.

¹¹ Sobre esta temática en la literatura española véanse, entre otros, GARCÍA GUERRERO, J.L. (1997): "La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento español". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 50, pp. 77 y ss.; TATO, A. (2005): "Derecho privado, publicidad y libertad de expresión en la Europa de veinticinco miembros", en PÉREZ CARRILLO, E. (coord.): *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Marcial Pons, Madrid, pp. 105 y ss.; RUIZ, M. (2007): "Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y Derechos aplicables". *Revista de Derecho Mercantil*, nº 263, pp. 115 y ss., y RUBÍ, A. (2007), *Publicidad*

Este problema se planteó en su día en los Estados Unidos, en la sentencia del Tribunal Supremo de 1942 en el asunto *Valentine v. Chrestensen* (316 US 42). Chrestensen había adquirido un submarino de la I Guerra Mundial que había atracado en Nueva York y que pretendía explotar comercialmente cobrando una entrada por su visita. Para ello intentó distribuir folletos, pero se le prohibió por Valentine, Comisionado de Policía, en base a la normativa local que solo permitía distribuir propaganda política o de protesta social. Cuando Chrestensen modificó sus folletos suprimiendo el precio de la visita en el anverso y añadiendo por el reverso una protesta contra el veto de distribuir publicidad comercial, se le volvió a prohibir argumentándose que seguía siendo actividad comercial. Chrestensen, alegando que la prohibición le había originado pérdidas económicas y amparándose en la primera enmienda de la Constitución norteamericana, que reconoce la libertad de expresión, obtuvo una demanda favorable en el Tribunal del Segundo Circuito. Recurrida esta sentencia por Valentine ante el Tribunal Supremo, este falló finalmente en su favor, por entender que, aunque los estados y municipios no pueden limitar indebidamente la libertad de expresión en las calles, ello no impide que se regule la publicidad puramente comercial. En definitiva, que las comunicaciones comerciales no estaban protegidas por la primera enmienda.

Una posición semejante se adoptó en España por el Tribunal Constitucional por el auto de 17.4.1989, en el asunto *Casado Coca*, que denegó la admisión del recurso de amparo planteado por un abogado al que se le había sancionado por un Colegio de Abogados por hacer publicidad de sus servicios, en un momento en que esto estaba prohibido por las normas deontológicas profesionales, lo que había sido previamente ratificado por la sentencia del Tribunal Supremo de 23.9.1988, Sala 4ª, por entender que la actividad publicitaria no encuentra acomodo en la *libertad de expresión* reconocida en el artículo 20 CE¹².

comercial y libertad de expresión. La protección constitucional de la información en el mercado, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona (<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7303/tarp.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

¹² Concretamente se estimó “que la sanción enjuiciada no infringía el derecho fundamental a comunicar información verídica. El objetivo de la publicidad se asocia al «ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional»; consiste en «promover directa o indirectamente la conclusión de contratos sobre bienes muebles o

Sin embargo, las tendencias posteriores de la jurisprudencia han ido por el camino de considerar que la publicidad comercial está también amparada por la libertad de expresión. Esta línea, primeramente, se abrió camino en los propios Estados Unidos a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 1976 en el asunto *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Consumer Council* (425 US 748). En este caso se cuestionaba la prohibición en Virginia de que los farmacéuticos hicieran publicidad del precio de los medicamentos con receta, y se estimó que ello iba en contra de la libertad de expresión reconocida en la primera enmienda de la Constitución americana, que también afectaba a los mensajes comerciales; cambiando, por tanto, la doctrina de la citada *Valentine v. Chrestensen* (*Commercial Speech Doctrine*)¹³.

En la misma línea se mantendrá la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nº 15450/89 de 24.2.1994 –*leading case* europeo en la materia– que, en el asunto *Casado Coca v. España*, continuación del planteado y rechazado previamente por el Tribunal Constitucional español, como se acaba de ver, amparó finalmente al recurrente, sobre la base del artículo 10 del *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 4 de septiembre de 1950 del Consejo de Europa¹⁴ al indicar lo siguiente:

inmuebles, servicios, derechos u obligaciones», mientras que el derecho fundamental definido en el artículo 20.1 debe permitir a los ciudadanos «formar sus convicciones pese a las opiniones diferentes e incluso opuestas y participar así en el debate sobre asuntos públicos». La prohibición de la publicidad relativa a los servicios profesionales no conculcaba el derecho fundamental citado”. Esta referencia al contenido del auto, no publicado, se obtiene de la posterior sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nº 15450/89 de 24.2.1994, hecho 15, a la que seguidamente se hace referencia.

¹³ Sobre la evolución de jurisprudencia norteamericana véase RUBÍ, A. (2007), pp. 85 y ss.

¹⁴ Este artículo señala lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la

35. El Tribunal destaca de entrada que el artículo 10 garantiza la libertad de expresión a «toda persona»; no distingue la naturaleza, lucrativa o no, de la finalidad perseguida (véase, *mutatis mutandis*, la sentencia *Autronic AG c. Suiza* del 22 de mayo de 1990, serie A n.º 178, p. 23, 47); una diferencia de trato a este respecto podría afectar, llegado el caso, al artículo 14.

En su sentencia de *Barthold c. Alemania* del 25 de marzo de 1985, el Tribunal deja abierta la cuestión de si la publicidad comercial como tal beneficia las garantías del artículo 10, pero su jurisprudencia posterior facilita indicaciones al respecto. El artículo 10 no se aplica sólo a ciertos tipos de información, ideas o modos de expresión (sentencia *Markt intern Verlag GmbH y Klaus Beermann c. Alemania* del 20 de noviembre de 1989), en especial las de naturaleza política, sino que también abarca la expresión artística (sentencia *Müller y otros c. Suiza* del 24 de mayo de 1988), informaciones de carácter comercial (sentencia *Markt intern Verlag GmbH y Klaus Beermann citada, ibídem*) -la Comisión lo recuerda acertadamente- o incluso la música ligera y los mensajes publicitarios difundidos por cable (sentencia *Gropper Radio AG y otros c. Suiza* del 28 de marzo de 1990).

36. En este caso, los anuncios en litigio indicaban simplemente el nombre, profesión, dirección y número de teléfono del demandante. Tenían, ciertamente, un fin publicitario, pero facilitaban a personas que necesitasen asistencia jurídica información de gran utilidad y cuya naturaleza era la de facilitar su acceso a la justicia.

37. Por tanto, es de aplicación el artículo 10.

Estos planteamientos, como además resulta obligado de conformidad con lo establecido en el artículo 10.2 CE –que señala que “[l]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”–, han incidido en la evolución de la ulterior jurisprudencia española¹⁵. A este

prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

¹⁵ El Tribunal de Justicia de la UE, entre otras, en las sentencias de 25.3.2004, asunto C-71/02 *Herbert Karner Industrie-Auktionem GmbH v. Troostwijk GmbH*, y 2.4.2009, asunto C-421/07 *Frede Damgaard*, no cuestiona que la publicidad comercial esté amparada por la libertad de expresión, aunque entiende que esta libertad puede ser objeto

respecto la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, nº 860/2009, de 15.1.2010, en el asunto *Mitsubishi*¹⁶, ha supuesto un giro en los anteriores planteamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, cuando, basándose en los precedentes anteriormente señalados de la jurisprudencia norteamericana y europea, ha afirmado que

El hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa y, desde otro punto de vista, el que su fin no sea, necesariamente, formar criterio sobre los tradicionalmente considerados asuntos públicos –políticos, sociales, culturales...– no justifica, como se había entendido por algunos, negar a los mensajes comerciales acceso al ámbito de regulación cuyo núcleo representa el art. 20 de la Constitución Española”; negativa que, en todo caso, no estaría amparada por el citado art. 20 que “no distingue entre contenidos merecedores del amparo especial¹⁷.”

Personalmente, como ya he manifestado en otro lugar¹⁸, considero que también la publicidad comercial, en cuanto transmite ideas o mensajes, está protegida por la libertad de expresión amparada por la CE y por los

de limitación en una sociedad democrática en relación con aquella, como se dirá más adelante (la primera sentencia se refería a la prohibición de indicaciones de que en la venta de bienes muebles adquiridos en un procedimiento concursal, se hiciera constar esta circunstancia; la segunda a la prohibición de la publicidad de ciertos medicamentos).

¹⁶ En esta sentencia se consideró que un anuncio donde el presidente de una compañía rayaba envidioso el coche promocionado del director general, bajo el eslogan “el director general nunca debe comprarse un coche mejor que el del presidente”, no vulneraba el artículo 3 LGP por su carácter humorístico y porque era una manifestación de la libertad de expresión jurídicamente protegible.

¹⁷ Sobre esta sentencia, véanse GIL, C. (2011): “El anuncio publicitario como ejercicio del derecho a la libre expresión. A propósito del caso Mitsubishi”, *InDret*, 2/2011 (http://www.indret.com/pdf/816_es.pdf); SOLANS, S. (2010): “Publicidad y libertad de expresión: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, pleno de 15 de enero de 2010”, *Noticias Jurídicas* (<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4604-publicidad-y-libertad-de-expresion:-comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-supremo-sala-de-lo-civil-pleno-de-15-de-enero-de-2010/>) y ARIAS, V. (2011): “Publicidad. Su consideración como posible manifestación de libertad de información o de expresión. Límites. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010”, en YZQUIERDO, M.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, Dykinson, Madrid, vol. 4, pp. 263 y ss.

¹⁸ VELASCO, L.A. (2018), “Competencia desleal y publicidad”, en MIRANDA L.M./COSTAS, J. (dirs.): *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, págs. 39 y ss.

tratados internacionales en la materia que ha suscrito España¹⁹. Otra cuestión, es el de los límites a esa actividad que son constitucionalmente exigibles y/o admisibles, cuestión que se examina seguidamente.

1.2. Los límites legales de la actividad publicitaria en perspectiva constitucional

Los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la CE, no son irrestrictos, sino que, por el contrario, deben acomodarse en cuanto a su ámbito y contenido a lo establecido en ella y a los límites que la misma autoriza al legislador ordinario a establecer, respetando, naturalmente, su previa configuración constitucional, que por esta vía no puede privarlos de su contenido esencial.

Trasladando estas ideas a la actividad publicitaria, esta merece el mismo reconocimiento que tienen los derechos de propiedad, al trabajo y a la libertad de empresa, que le sirven de fundamento, naturalmente, dentro de sus límites y con sus correspondientes restricciones. A este respecto, cabe recordar aquí como límites más característicos de estos derechos, la llamada *función social de la propiedad*, invocada por el artículo 33.2 CE, y el sometimiento de la libertad de empresa, por el artículo 38 CE, a “la *defensa de la productividad*, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”, así como la habilitación al legislador ordinario que hace el artículo 51.3 CE, para que regule “el *comercio interior* y el régimen de autorización de productos”, y el mandato, a las autoridades públicas, para que se proteja debidamente a los *consumidores* (artículo 51.1 y 2 CE).

Si nos referimos al entronque de la actividad publicitaria con la *libertad de expresión*, que acabamos de mantener, hay que tener en cuenta que esta libertad –aunque es susceptible de amparo, por estar reconocida en la sección 1ª, del capítulo II del título I CE, cosa que no ocurre con los demás derechos que acabamos de mencionar, a la luz de lo que señala el artículo 53.2 CE–, tampoco es irrestricta, sino que, por el contrario, como expresa el propio artículo 20 CE, en su apartado 4, tiene “su límite en el

¹⁹ Mantenían ya este planteamiento en la doctrina española antes de esta sentencia, con distintos argumentos, entre otros, GARCÍA GUERRERO, J.L. (1997), TATO, A. (2005), RUIZ, M. (2007) y RUBÍ, A. (2007).

respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia”.

En el Derecho español las restricciones aplicables a la *publicidad comercial* resultan de lo dispuesto en el artículo 3 de la LGP, y de la prohibición de los actos desleales que se contiene en los artículos 4 y siguientes de la Ley de competencia desleal (de ahora en adelante LCD), al ser una de las modalidades de publicidad ilícita la publicidad engañosa y desleal [artículos 3, g) LGP y 18 LCD].

Estos límites, que además resultan en gran medida de la aplicación de lo dispuesto previamente en directivas europeas²⁰, están plenamente justificados por las restricciones que a los derechos y libertades fundamentales permite e, incluso, obliga a imponer la propia CE, como acaba de indicarse. Materialmente responden a la protección de determinados bienes jurídicos que, en el fondo, exige la propia CE. Directamente, en relación con la necesidad de que la publicidad respete la dignidad humana y los valores y derechos reconocidos en la CE, entre ellos el derecho a la protección de la vida y la salud (artículos 15 y 43 CE)²¹, pero también, indirectamente, respecto a la debida protección de los consumidores y de la libertad de competencia²². La circunstancia de que

²⁰ Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa y Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»).

²¹ Esto justifica que, en relación con productos que puedan afectar negativamente a la vida y/o a la salud, se pueda llegar a restringir fuertemente o, incluso, prohibir totalmente su publicidad; lo que ocurre en nuestro Derecho en relación con el tabaco, los medicamentos y las bebidas alcohólicas, entre otros productos.

²² La ya citada STJCE de 25.3.2004, asunto C-71/02 *Herbert Karner Industrie-Auktionem GmbH v. Troostwijk GmbH*, con fórmula que también usará la sucesiva de 2.4.2009, asunto C-421/07 *Frede Damgaard*, señala en este sentido en su considerando 50 que, “[s]i bien el principio de libertad de expresión está expresamente reconocido por el artículo 10 del CEDH y constituye un fundamento esencial de una sociedad democrática, del propio texto del apartado 2 de dicho artículo resulta, sin embargo, que esta libertad

estas restricciones resulten de leyes ordinarias como son la LGP y la LCD, no empece a su constitucionalidad, y no va en contra de lo dispuesto en el artículo 81 CE que exige ley orgánica para las leyes que desarrollen derechos fundamentales y libertades públicas, pues aquí no se está regulando el ejercicio de estos derechos y libertades, sino solo condicionando su ejercicio²³. Otra forma de ver las cosas conduciría prácticamente a que toda la legislación tuviera que tener carácter de ley orgánica, pues es difícil encontrar una norma que, de una manera u otra, no condicione el ejercicio de algún derecho o libertad fundamental²⁴.

Centrándonos en la conexión de la actividad publicitaria con la libertad de expresión, la sentencia del Tribunal Supremo de 15.1.2010, que se acaba de citar, establece, además, que las restricciones a la publicidad desde el punto de vista material deben estar justificadas y ser idóneas y proporcionadas.

Como ya señalé, en otro momento²⁵, desde un ejercicio puramente teórico estoy también de acuerdo con este planteamiento, pero con la matización de que en el caso de la publicidad estas restricciones resultan, como acaba de señalarse, de la detallada regulación de la publicidad ilícita y de la publicidad desleal en nuestro ordenamiento –cuya constitucionalidad no ha sido puesta en cuestión²⁶–. Estas restricciones

puede ser objeto de determinadas limitaciones justificadas por objetivos de interés general, en la medida en que estas excepciones estén previstas por la ley, respondan a una o más finalidades legítimas con arreglo a dicha disposición y sean necesarias en una sociedad democrática, es decir, justificadas por una necesidad social imperiosa y, en particular, proporcionadas a la finalidad legítima perseguida”.

²³ En el mismo sentido, invocando la sentencia del Tribunal Constitucional de 24.7.1984, RUIZ, M. (2007), p. 131.

²⁴ Sí tiene carácter de ley orgánica el delito publicitario contemplado en el artículo 282 del Código Penal, y (aunque de forma más dudosa) la publicidad contraria a la dignidad de las mujeres, donde el artículo 10 de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género se remite a la LGP.

²⁵ VELASCO, L.A. (2018), p. 54.

²⁶ Al derivar, además, principalmente de normas de Derecho europeo, difícilmente podrían ser objetadas desde esta perspectiva, en virtud del conocido *principio de primacía del ordenamiento comunitario*, afirmado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a partir de la sentencia de 9.3.1978, en el asunto 106/77 *Simmenthal*, aunque este planteamiento, como se ha visto en otros asuntos recientes, dista de ser compartido por todas las cortes constitucionales de los Estados Miembros, cuando se han planteado conflictos con sus normas constitucionales: véase LEÑ, I. (2023): “Reflexiones sobre la

legales, no me cabe duda de que están *justificadas* por los fines que se persiguen (evitar la lesión de valores y derechos reconocidos en la Constitución, proteger a los consumidores del engaño, del consumo de productos que pueden afectar negativamente a su salud, etc.), que son *idóneas* y, además, *proporcionadas* (obedecen a estándares europeos consolidados). Ir más allá planteando que el juzgador podría sustituir los criterios legales realizando autónomamente esta valoración, como me parece a mí que al menos sugiere la sentencia²⁷, no me parece adecuado y abriría un portillo peligroso que podría hacer desandar el largo camino que se ha recorrido en las últimas décadas para construir un marco correcto y leal de la publicidad, dotado además de un apreciable grado de *seguridad jurídica* que, como es sabido, es un bien en sí mismo.

Otra cosa es que, si el juzgador apreciase en la regulación legal que deba aplicar una extralimitación vulneradora del contenido esencial del derecho de expresión o de los límites constitucionalmente admisibles, pueda y deba plantear una *cuestión de constitucionalidad* como prevé el artículo 163 CE, o una *cuestión prejudicial* como contemplan los artículos 19 del Tratado de la UE y 267 del Tratado de funcionamiento de la UE, correspondiendo en estos casos, respectivamente, resolver la cuestión al Tribunal Supremo o al Tribunal de Justicia de la UE.

Lo dicho no obsta para que, cuando se apliquen las normas reguladoras de la publicidad comercial, haya que tener en cuenta que estamos ante límites a una libertad fundamental como es la de expresión, lo que exige una interpretación cuidadosa que evite falsos positivos, particularmente por un exceso de susceptibilidad al valorar los mensajes publicitarios, que sería más propia de censores de épocas felizmente superadas que de la

relación entre el derecho de la Unión Europea y el Derecho interno de los países miembros”, en *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Jesús Quijano González*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, pp. 445 y ss.

²⁷ En el fundamento quinto *in fine* se señala “[e]n resumen, para comprobar si la restricción resulta proporcionada, en el caso concreto, procederá determinar la relación de prioridad relativa entre los bienes, derechos e intereses en conflicto, lo que implica valorar los argumentos a favor y en contra de la efectividad de la tutela judicial pretendida”.

percepción que tendría un consumidor (ciudadano) medio en una sociedad moderna y desarrollada²⁸.

1.2.1. Publicidad contraria a la dignidad humana y valores constitucionales

Un primer límite a la actividad publicitaria, seguramente el más trascendental de todos, es el que se contiene en el artículo 3, a), 1º LGP cuando establece que es ilícita la publicidad “que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4”.

La fórmula es algo redundante, porque la dignidad humana solo se respeta plenamente cuando se reconocen los derechos fundamentales de las personas, y estos derechos son *fundamentales* solo y en la medida que se recogen en la propia carta magna. Pero en materia de reglas jurídicas, *lo que abunda no daña*, y queda con ello meridianamente claro que la publicidad que atente contra los derechos y libertades fundamentales es ilícita. En cualquier caso, bajo el término *derechos fundamentales* entran todos los que se reconocen en la CE (en su título I) y, no solo, aunque tengan mayor significado constitucional, los que son susceptibles de amparo (sección 1ª, del capítulo II)²⁹.

Como pone de relieve la praxis existente en este campo en la experiencia española, pero seguramente extrapolable a las demás jurisdicciones, esta lesión raramente se produce por mensajes directos o explícitos, como sería, por ejemplo, hacer afirmaciones misóginas, xenófobas o racistas³⁰, sino mediante mensajes más o menos indirectos o sugerentes.

²⁸ En este similar sentido se manifiesta TATO, A. (2005), p. 118, citando algunos ejemplos, a su juicio, de aplicación excedida de la normativa sobre publicidad en España en decisiones administrativas y judiciales.

²⁹ En este sentido, TATO A./FERNÁNDEZ P./HERRERA CH. (2010), p. 261.

³⁰ En la experiencia histórica, por desgracia, a veces se ha llegado a estos extremos. Basta con recordar lo que ocurrió en la Alemania nazi, con sucesos tan lamentables como la *Noche de los cristales rotos* antesala del holocausto.

En estos últimos supuestos, para valorar la lesión hay que adoptar la perspectiva del consumidor medio, “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, que es criterio que ahora adopta el artículo 4.2 LCD, siguiendo la directiva de prácticas desleales con consumidores que, a su vez, acogió la doctrina que al respecto había elaborado el Tribunal de Justicia³¹.

En este ámbito, en la praxis del Jurado de la Publicidad³², aplicando en el fondo este criterio, se ha hecho ver la rapidez en la evolución de la percepción social de ciertas conductas, como han sido las resoluciones aparentemente contradictorias sobre bofetadas o collejas de mujeres a hombres, desestimatoria de una vulneración en la resolución de 5.3.1999 (*Fiat Punto*), pero estimatorias en 20.6.2006 (*Fiat Doblo*) y 28.4.2015 (*Ecovidrio*).

Este criterio del *consumidor medio* –equivalente al criterio del ciudadano o ciudadana estándar– descarta que se pueda utilizar como criterio el de personas que formen parte de colectivos especialmente sensibilizados, que puedan sentirse ofendidos por una pieza publicitaria que no estimarían como tal la generalidad de los ciudadanos. Así sucedió, por ejemplo, en las reclamaciones resueltas por las resoluciones del Jurado de la Publicidad de 19.5.2005 (*Nissan Pathfinder*), referida a un anuncio en que un niño simulaba sacarse un ojo y donde la reclamante era la madre de un niño invidente que lo había considerado ofensivo, y de 7.4.2005 (*Renault Scenic*), sobre el anuncio de un coche donde el conductor rescata a un cervatillo de los cazadores que van a abatirlo y el reclamante era una asociación de cazadores, que asimismo se había ofendido.

Como criterios complementarios se ha considerado que hay menos probabilidad de lesión de estos derechos, si la pieza publicitaria presenta la situación como totalmente imaginaria o fantástica. Así, por ejemplo, las resoluciones del Jurado de la Publicidad de 12.9.2003 (*Axe- Márcales el camino*) y 3.6.2003 (*Axe- 24 horas*), sobre las supuestas propiedades de atracción del sexo femenino de un desodorante, y la ya citada de 7.4.2005

³¹ Sobre la formación de esa noción, véase GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2004): “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 17 (2004), pp. 47 y ss.

³² Órgano independiente de resolución extrajudicial de controversias en España creado por *Autocontrol* en el que se canaliza la mayoría de las reclamaciones sobre publicidad ilícita o contraria a códigos de conducta en España.

(*Renault Scenic*) donde también aparecía un ser mitológico como era un unicornio.

En cambio, hay más probabilidad de vulneración si se banaliza la acción. Sirvan de ejemplo las ya citadas resoluciones de 20.6.2006 (*Fiat Doblo*), en un anuncio de una furgoneta donde una mujer daba inesperadamente una palmada en las nalgas a un hombre y de 28.4.2015 (*Ecovidrio*), en un anuncio para fomentar el reciclaje de vidrio, donde una mujer da una colleja a un hombre que no lo hace, con la intervención del conocido humorista José Mota (estimadas); contra el criterio previo de la de 5.3.1999 (*Fiat Punto*), en un anuncio donde una mujer daba una bofetada a un hombre que quería congraciarse con ella ofreciéndole comprarle un coche (desestimada).

El *humor* en las piezas publicitarias para valorar estas lesiones de derechos fundamentales es ambivalente. Puede descartar la vulneración, si la hace irreal, siguiendo el criterio que ya hemos señalado, pero puede contribuir a afirmarla si banaliza el comportamiento, como también acabamos de ver. Como ejemplos se pueden citar la resolución del Jurado de la Publicidad de 3.5.2009 (“*Quiero una y no más*”), donde aparecía una mujer de cierta edad con acento gallego que no sabía usar un ordenador y llamaba continuamente a su hija por el móvil (se reclamó por denigratoria a las mujeres mayores y gallegas), y que se desestimó por estimarse algo humorístico. Por el contrario, en la de 29.5.2003 (“*Aguila Amstel- Fuera de Juego*”), relativa a un anuncio de cerveza donde unos hombres en un bar hacen una pregunta de fútbol a alguien con apariencia de mujer que, al contestarla bien, permite concluir a uno de ellos que “es un tío”, se estimó la reclamación por considerarse vejatorio para los transexuales.

También entran dentro de las posibles vulneraciones a derechos fundamentales, aquellas piezas publicitarias que atenten contra la *propia imagen*, ya que el artículo 18 CE reconoce como derecho fundamental el de la propia imagen y, por si hubiera alguna duda, el artículo 3.1, a) LGP considera esta vulneración como un supuesto de competencia ilícita.

En todo caso, solo deben considerarse que vulneran este derecho aquellas piezas que afectan al ámbito constitucionalmente reconocido a la protección de la propia imagen. En este sentido, la reciente sentencia del

Tribunal Constitucional nº 27/2020, de 24.2.2020, resumiendo su doctrina ha señalado:

“[Q]ue es doctrina de este Tribunal la de que el derecho a la propia imagen (artículo 18.1 CE), como concreción del más amplio derecho a la dignidad de la persona, está dirigido a proteger su vida privada y familiar, lo que engloba su dimensión moral y también social, atribuyéndole dos facultades primordialmente: la de decidir qué información gráfica formada por sus rasgos físicos puede tener difusión pública y, la segunda, la de impedir la captación, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de cualquier persona no autorizada fuera cual fuese la finalidad perseguida por esta (SSTC 231/1988, de 23 de diciembre; 99/1994, de 11 de abril; 117/1994, de 25 de abril; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 139/2001, de 18 de junio, FJ 4; 156/2001, de 2 de julio; 83/2002, de 22 de abril, FJ 4; 14/2003, de 28 de enero, FJ 5; 72/2007, de 16 de abril, FJ 3; 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2; 23/2010, de 27 de abril, FJ 4; 12/2012, de 30 de enero, FJ 5; 176/2013, de 21 de octubre, FJ 6, y 19/2014, de 10 de febrero, FJ 5). En este sentido, hemos de insistir en que el aspecto físico, en tanto que instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como persona, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo (SSTC 156/2001, FJ 6, y 99/1994, FJ 5). Esto significa que la regla primera para lograr la protección de este derecho fundamental consiste en que para poder captar, reproducir y/o publicar la imagen de una persona es indispensable su consentimiento inequívoco, siendo excepcionales los supuestos en los que no se requiere dicha autorización y que aparecen contemplados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (en adelante, Ley Orgánica 1/1982)”.

Entre los casos que se han planteado en el ámbito publicitario, cabe referirse a la sentencia del Tribunal Supremo de 3.10.1996, donde se usaba la imagen de un medallista olímpico obtenida en los Juegos Olímpicos de los Ángeles, en un calendario navideño de una cerveza sin su autorización. Asimismo, a las resoluciones de 24.12.2004, donde se utilizaba en la publicidad de unos cruceros la imagen de unos turistas sin su consentimiento (estimada) y de 14.2.2012 (*Ashley Madison Reina*), que usaba una imagen trucada de la Reina en un anuncio de contactos (en este caso, se estimó también contrario al honor y la dignidad personal de la Reina). En esta misma dirección se manifestó asimismo el dictamen del

Jurado de la Publicidad de 23.7.2015 (*Tranquility*), donde se empleaba sin autorización la imagen de un niño para promocionar un test para detectar el síndrome de Down, y que fue reclamada por una asociación para la protección de personas con este síndrome³³.

En cualquier caso, en supuestos en que haya habido un contrato previo que autorice a utilizar la imagen de una persona –por ejemplo, contrato de *merchandising* con *celebrity*–, si finalmente se usa fuera de lo convenido, lo razonable es considerar que habría aquí un incumplimiento de contrato, más que una vulneración de este derecho, que hiciera a la publicidad ilícita por esta causa³⁴.

1.2.2. En especial, publicidad atentatoria contra la dignidad de las mujeres³⁵

La LGP de 1988 contempló ya como un supuesto específico de publicidad ilícita, la que atentase contra la dignidad de la persona o vulnerase los valores y derechos reconocidos en la CE, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la *mujer*.

En relación a este último aspecto, la persistente utilización de la imagen de mujeres como mero reclamo publicitario, o la perpetuación en los mensajes publicitarios de comportamientos tradicionalmente asociados a las mujeres (tareas domésticas, cuidado de los hijos, etc.), contribuye sin duda al mantenimiento de estereotipos sociales, contrarios a su dignidad y/o a la igualdad real entre hombres y mujeres, que están además en la base de comportamientos tan reprobables como el de la violencia de género. No es por ello de extrañar que, cuando se planteó la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, se concediese especial atención a esta modalidad de publicidad ilícita, aportando en el nuevo artículo 3.a) LGP una definición más precisa del supuesto –aunque

³³ Las decisiones del Jurado adoptan la forma de dictamen cuando el reclamado no es asociado de *Autocontrol* y no acepta su competencia, como sucedió en este caso.

³⁴ En el mismo sentido TATO A./FERNÁNDEZ P./HERRERA CH. (2010), p. 269, aunque considerando que el afectado podría utilizar el cauce previsto en la Ley orgánica 1/1982, sobre protección civil al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

³⁵ Esta cuestión fue objeto de otro trabajo del autor que ya se ha citado anteriormente, cuyas consideraciones se reproducen a continuación: VELASCO, L.A. (2018), pp. 48 y ss.

con una redacción manifiestamente mejorable–, que se ha mantenido con escasas variaciones en el texto actual, que procede de la reforma de 2009³⁶.

En la práctica, los grupos de casos que se han venido planteando en relación con este tipo de publicidad, han sido básicamente los que se indican a continuación.

a) Publicidad vejatoria o discriminatoria *per se*

El artículo 3.a) LGP considera ilícitos, por atentar contra la dignidad de la persona y/o vulnerar los valores y derechos reconocidos en la CE, a los anuncios “que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria”. Aunque luego establece dos subtipos –referidos, respectivamente, a la utilización del cuerpo de la mujer desvinculada del producto, y los comportamientos estereotipados–, está claro que la prohibición afecta antes de nada a aquellos mensajes publicitarios que en sí mismos serían considerados contrarios a la dignidad de las mujeres, en la percepción de un consumidor (ciudadano/a medio/a)³⁷. Considero que estarían en esta situación los que utilizan derecha y groseramente la imagen de la mujer como mero reclamo sexual, o transmiten el mensaje de que son inferiores a los hombres o no aptas para determinados aspectos reservados a estos (*publicidad sexista*).

Un caso de aplicación claro del primer criterio, fue el supuesto enjuiciado por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Málaga de 5.12.2013, confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22.12.2016, que consideró contrario al artículo 3.a) LGP la publicidad de la aerolínea *Ryanair* mediante un calendario en el que aparecían supuestas azafatas de la compañía en ropa interior y posturas sugestivas, en el contexto de una campaña promocional titulada *tarifas calientes*.

El mismo planteamiento ha seguido la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 17.10.2016 (*Cementos la Unión*), donde se considera ilícita la utilización de un dibujo con la imagen de una mujer

³⁶ La diferencia estriba en la introducción de una referencia específica al artículo 14 CE (principio de igualdad).

³⁷ La percepción de ese consumidor está sujeto naturalmente a los cambios en las sensibilidades sociales, como revelan los casos antes citados de bofetadas o collejas de mujeres a hombres.

escotada, en pantalones cortos ceñidos con cintura descubierta y con un casco de obra en la cabeza, en sacos de cemento, revocando la (incomprensible) sentencia absolutoria del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia 22.12.2015.

El Jurado de la Publicidad ha tenido la ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre este tipo de publicidad estimando asimismo su ilicitud. Por ejemplo, la resolución de 5.6.2012 (*Alfa Romeo*): anuncio de vehículo con modelo femenino y luego voz en off femenina y sugerente: “soy Giuletta... contrólame, grítame, sedúceme...”; la de 27.3.2014 (*LEGUISA*): vallas publicitarias con la fotografía de una mujer guiñando un ojo y un montículo de un producto, bajo la leyenda “Agricultor, si quieres algo mejor que un polvo... pide un DISPERSS”.

Respecto a la *publicidad sexista* –las mujeres son inferiores a los hombres o no aptas para determinados aspectos reservadas a estos–, encontramos un ejemplo histórico muy ilustrativo en la campaña que utilizó una bodega en los años 60-70 del pasado siglo para promocionar su brandy marca *Soberano* con el eslogan “Soberano es cosa de hombres”. Una mezcla de esta modalidad con la anteriormente señalada lo suministra la resolución del Jurado de la Publicidad de 20.7.1999 (*Relojes Promaster*) donde se estimó ilícito un anuncio en prensa de relojes donde aparecía la fotografía de una mano masculina portando el reloj, apoyada sobre la cintura y las nalgas mojadas de una mujer que estaba de espaldas en bikini, bajo la frase “solo para grandes exploradores”.

En ocasiones, sin embargo, situándose en esa óptica del consumidor medio, se ha descartado el carácter discriminatorio de la publicidad. Tal fue el caso ya citado de la resolución del Jurado de la Publicidad de 3.5.2009 (*quiero una y no más*)³⁸.

³⁸ Un supuesto que planteaba dudas es el de la publicidad de la prostitución, pues, por un lado, se trata evidentemente de una actividad que atenta contra la dignidad de las mujeres, pero, por otro, es una actividad que en sí misma no estaba prohibida (aunque hay un debate acerca de ello). Pero esta cuestión ha sido resuelta por la reciente reforma de la LGP, operada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, que ha añadido al artículo 3, a) LGP, dos nuevos párrafos donde se contiene expresamente esta prohibición y se concreta, aún más, el alcance de la prohibición de la publicidad atentatoria contra la dignidad de las personas y valores constitucionales, al señalarse: “Asimismo, se entenderá

b) Mujer-objeto

Como se acaba de adelantar el artículo 3.a) LGP considera como un subtipo de publicidad contraria a la dignidad de las mujeres, a los anuncios que utilicen “particular y directamente su cuerpo o partes de este como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar”. La terminología utilizada pone claramente de relieve que la norma se refiere específicamente a la utilización de la imagen de la mujer de manera cosificada, o como *mujer-objeto*.

Precisamente por ello, la norma no proscribe la aparición de mujeres en la publicidad, ni mucho menos que se guarde en la misma lo que el viejo *Estatuto de la publicidad* de 1964 llamaba el “buen gusto o el decoro social” (artículo 7), con criterios hoy claramente trasnochados, sino solo que se trasluzca esa imagen cosificada o de mujer-objeto.

El problema se ha venido planteando con alguna frecuencia en el Jurado de la Publicidad, que ha venido estableciendo como requisitos para la aplicación de la prohibición siguiendo de cerca el texto legal, los siguientes:

1º. Que la imagen femenina se utilice en la parte captatoria de la publicidad, que es aquella que, como su nombre indica, capta fundamentalmente la atención de los destinatarios.

2º. Que se represente a la mujer como mero objeto.

3º. Que haya una desconexión absoluta con el producto o servicio a promocionar.

incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomente estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, así como la que promueva la prostitución. Igualmente, se considerará incluida en la previsión anterior la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución”. Véase, no obstante, SALVADOR, P. /RUBÍ, A. (2010), “Libertad de expresión, discurso comercial y publicidad de prostitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 90, septiembre-diciembre (2010), págs. 111 y ss., que, antes de esta reforma legal, mantenían que la prohibición de la publicidad de la prostitución podría ser inconstitucional.

Aplicando estos criterios, tanto la resolución del Jurado de la Publicidad de 31.1.2007, como la sentencia de la Audiencia Nacional de 26.11.2008, en el asunto del *Seat León*, consideraron ilícito el anuncio de un coche en el que de repente, en el transcurso de una competición automovilística, se enfocaba brevemente las nalgas de una mujer sin conexión alguna con el producto promocionado. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona de 5.1.2017 (VR3) ha considerado asimismo ilícita la publicidad de un producto para el pelo con la imagen de una mujer desnuda y la leyenda: “¡No te obsesiones con ella! Tú también puedes tener una igual... ¡La melena claro!”.

Sin embargo, por guardar relación con el servicio promocionado (cirugía estética), la resolución del Jurado de la Publicidad de 7.4.2005 (*Corporación Dermoestética*), desestimó la reclamación contra un anuncio en el que aparecía una mujer en bikini.

c) Comportamientos estereotipados

El segundo subtipo hace referencia a la utilización de la imagen de la mujer “asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a la que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”³⁹.

La principal duda que puede plantear la norma, tal como está redactada, es si se considera ilícita la mera aparición en la publicidad de mujeres haciendo tareas o desempeñando roles que tradicionalmente se consideraban propios de las mujeres. La vinculación del supuesto a la violencia de género nos indica que es necesario que además el mensaje transmita la idea de sumisión de las mujeres (a los hombres)⁴⁰.

³⁹ Específicamente, sobre este tipo de publicidad, véase LEMA, C. (2015-16), "Los anuncios con estereotipos de la mujer como publicidad ilícita", *Actas de Derecho Industrial*, tomo 36, pp. 379 y ss.

⁴⁰ En similar sentido TATO A./FERNÁNDEZ P./HERRERA CH. (2010), p. 274.

A este respecto, cabría considerar encuadradas en el supuesto la publicidad que transmita el mensaje de que se trata de tareas exclusivas de mujeres⁴¹, o que las mujeres están al servicio de los hombres⁴².

d) Violencia de género

Un último subtipo de publicidad atentatoria contra las mujeres se puede construir precisamente en torno a la violencia de género que, como acaba de verse, el artículo 3.a) LGP, vincula a este supuesto. Ciertamente va a ser difícil que nos encontremos con piezas publicitarias que transmitan directamente un mensaje favorable a la violencia de género, pero sí se han registrado algunos casos en que esta violencia se banalizaba o de alguna manera se enaltecían comportamientos violentos de hombres con mujeres. Esto último se estimó precisamente en la resolución del Jurado de la Publicidad de 2.3.2007 (*Dolce & Gabbana*), al considerarse que las imágenes utilizadas sugerían la violación de una mujer (la mujer yacía en el suelo rodeada por un grupo de hombres en parte semidesnudos, uno de los cuales la sujetaba por las muñecas).

BIBLIOGRAFÍA

Alonso, Carmen (2023), “La propuesta de Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad”, en *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro homenaje*

⁴¹ Sobre este tema, entre otras, las resoluciones del Jurado de la Publicidad de 22.1.2015 sobre Catálogos de juguetes (*Corte Inglés, Carrefour...*): separación publicidad de juguetes para niños y niñas (estimatoria); de 23.12.2014 (*Aldi*): publicidad dirigida específicamente a madres (desestimatoria por no considerarla un supuesto de discriminación); de 19.11.2015 (*Cillit Bang*): tras un video con una mujer haciendo tareas de limpieza, aparecía un mosaico de videos solo con mujeres limpiando y ningún hombre, invitando al público femenino a que contase su experiencia (“cuéntanos tú misma”) (estimatoria).

⁴² Es difícil, afortunadamente, ver ejemplos de esto último en la publicidad que se práctica hoy en día. Sin embargo, en los primeros tiempos de la publicidad en televisión en España (a finales de los años 50 y comienzos de los 60 del pasado siglo), había no pocos anuncios que transmitían este mensaje en relación con electrodomésticos u otros productos, al utilizarse como reclamo que servirían para que la esposa, que permanecía en el hogar, se congradase con el marido que regresaba al hogar después de una dura jornada de trabajo.

al Profesor Jesús Quijano González, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, pp. 59 y ss.

Alonso, Ricardo (2006), en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho Mercantil*, 2ª ed., Civitas, Madrid.

Arias, Vicente (2011), “Publicidad. Su consideración como posible manifestación de libertad de información o de expresión. Límites. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2010”, en Yzquierdo, M.: *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*, Dykinson, Madrid, vol. 4, pp. 263 y ss.

Baño, José María (1988), “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, nº 24, septiembre-diciembre 1988, pp. 155 y ss.

Esteban, Gaudencio (1982), *El poder de decisión en las sociedades anónimas*. Civitas, Madrid.

García Guerrero, José Luis (1997), “La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento español”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 50 (1997), pp. 77 y ss.

Gil, Cristina (2011), “El anuncio publicitario como ejercicio del derecho a la libre expresión. A propósito del caso Mitsubishi”, en *InDret*, 2/2011 (http://www.indret.com/pdf/816_es.pdf).

González Vaqué, Luis (2004), “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 17, pp. 47 y ss.

Lema, Carlos (2015-16), “Los anuncios con estereotipos de la mujer como publicidad ilícita”, en *Actas de Derecho Industrial*, tomo 36 (2015-16), pp. 379 y ss.

Leş, I. (2023): “Reflexiones sobre la relación entre el derecho de la Unión Europea y el Derecho interno de los países miembros”, en *Estudios*

de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro homenaje al Profesor Jesús Quijano González, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, pp. 445 y ss.

Rubí, Antoni (2007), *Publicidad comercial y libertad de expresión. La protección constitucional de la información en el mercado*, Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona (<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7303/tarp.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

Ruiz, Miguel (2007), “Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y Derechos aplicables”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 263, pp. 115 y ss.

Salvador, Pablo /Rubí, Antoni (2010), “Libertad de expresión, discurso comercial y publicidad de prostitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 90, septiembre-diciembre (2010), págs. 111 y ss.

Solans, Susana (2010), “Publicidad y libertad de expresión: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, pleno de 15 de enero de 2010”, en *Noticias Jurídicas* (<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4604-publicidad-y-libertad-de-expresion:-comentario-a-la-sentencia-del-tribunal-supremo-sala-de-lo-civil-pleno-de-15-de-enero-de-2010/>)

Tato, Anxo (2005), “Derecho privado, publicidad y libertad de expresión en la Europa de veinticinco miembros”, en Pérez Carrillo, E. (coord.), *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Marcial Pons, Madrid 2005, pp. 105 y ss.

Tato, Anxo /Fernández, Pablo/Herrera, Christian (2010), *La reforma de la Ley de competencia desleal*, Ed. La Ley, Madrid 2010.

Velasco, Luis Antonio (2018): “Competencia desleal y publicidad”, en Miranda L.M./Costas, J. (dirs.): *Derecho de la competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, págs. 39 y ss.