



FACULTAD DE CIENCIAS DE LA COMUNICACIÓN
TRABAJO FIN DE GRADO
PUBLICIDAD Y RELACIONES PÚBLICAS
4 A
OCTUBRE

LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA PUBLICIDAD: DIGNIDAD DE LA PERSONA, NO DISCRIMINACIÓN Y EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

APELLIDOS/NOMBRE ESTUDIANTE:

BECERRA PÉREZ, NIEVES

APELLIDOS/NOMBRE TUTOR:

MARIA ROSA TAPIA SANCHEZ

Fecha: 04/10/13

ÍNDICE

1. Introducción.....	3
2. Los límites al contenido de la libertad de expresión en publicidad.....	4
2.1. El derecho norteamericano.....	7
2.2. El derecho europeo.....	8
2.2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	9
2.2.2. Tribunal de Justicia de las CE.....	10
3. Publicidad contraria a la dignidad de las personas y a los valores y derechos reconocidos en la constitución española.....	11
3.1. La publicidad contra la dignidad humana.....	11
3.2. La publicidad discriminatoria.....	16
3.2.1. El desnudo femenino.....	18
3.2.2. La belleza.....	19
3.2.3. Amas de casa.....	20
3.2.4. Los valores atribuidos a hombres y mujeres.....	21
3.2.5. Los niños, las niñas y los juguetes.....	21
3.2.6. Hacia unos nuevos estereotipos.....	22
3.3. El derecho a la propia imagen.....	26
3.3.1. Delimitación caracteres jurisprudenciales de la propia imagen.....	26
3.3.2. Límites a la propia imagen: propósitos de uso.....	35
3.3.3. Diferencias y similitudes con otros derechos.....	36
3.3.4. Reconocimiento del derecho.....	38
4. Conclusiones.....	40
5. Abreviaturas.....	43
6. Bibliografía.....	43

1. INTRODUCCIÓN

La Exposición de Motivos del Estatuto de 1964 cimentó la licitud de la actividad publicitaria sobre cuatro principios: el respeto a la legalidad y la dignidad de la persona (principio de legalidad), el derecho a recibir información publicitaria veraz y auténtica (principio de veracidad y autenticidad) y el deber de competir legalmente a través de la publicidad (principio de lealtad). Como consecuencia del marco constitucional instaurado en España en 1978 y la posterior integración en la CEE, se impusieron adaptaciones en el plano normativo, que, en el sector publicitario, venían exigidas por la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984. En ese escenario se promulga la Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988, que pretende de construir un común marco normativo de la publicidad, bien en su condición de instrumento que incentiva la competencia posicionando al anunciante en el mercado, bien en la de actividad económica que modula la contratación.

Dentro de la LGP, el centro del presente trabajo es el art. 3º a) LGP, el cual trata de establecer los límites a la libertad de información y la libertad de expresión que está presente en la actividad publicitaria. Estos límites son: los derechos fundamentales como la dignidad y otros valores y derechos constitucionales, deducidos explícita e implícitamente de la Constitución española; el principio de veracidad, que prohíbe la falsedad, el engaño y la inducción a error pues atentan contra los intereses de consumidores y usuarios que están desinformados; la salvaguarda del mercado, es decir, la protección de la libre competencia y competencia leal.

El problema reside en las situaciones donde colisionan los derechos de la libertad de información y la libertad de expresión con los límites del art. 3º LGP porque es difícil establecer cuál tiene preferencia sobre el otro, y es que depende de las circunstancias que se den en cada caso, además de la existencia de una amplia jurisprudencia, tanto internacional (norteamericana y europea, dentro de esta última, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de las CE) como nacional. Todo esto provoca que no exista una normativa común para todos los casos y se dé libertad a las autoridades competentes para decidir cuál es la mejor sentencia.

Por ello, este trabajo tiene como finalidad arrojar un poco de luz sobre el tratamiento que realiza el derecho sobre la libertad de expresión, tanto en el derecho norteamericano como el europeo, los cuales tienen un tratamiento similar y, por último, el derecho a la dignidad y esos valores y derechos constitucionales deducidos de la Constitución: la no discriminación y el derecho a la propia imagen.

En lo que se refiere a la dignidad, no hay una regulación ni jurisprudencia muy extensa comparado con el derecho a la propia imagen, por eso, este punto del trabajo se ha centrado más en los casos reales, los cuales tampoco eran muy abundantes. Por lo que se refiere a la publicidad discriminatoria se ha centrado en el tratamiento de la figura de la mujer en la publicidad, desde el estereotipo laboral y doméstico hasta el uso gratuito del desnudo femenino, y el deseo de evitar la publicidad que incite a la violencia de género. Al igual que en América la normativa tradicionalmente se ha ocupado de la discriminación por razón de raza, en Europa preocupa la igualdad de género.

¹ Artículo 3 a) de la Ley General de Publicidad: “Es ilícita: a) 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”.

El derecho a la propia imagen es el derecho con mayor regulación, información y jurisprudencia de estos tres últimos. Este punto ha centrado el foco de atención del legislador en la intención de delimitar este derecho frente a otros como puede ser el de intimidad, al que se encuentra realmente unido en muchos aspectos, junto con las diferencias y similitudes con otros derechos, de ahí la dificultad de delimitación. También se tratan los diferentes personajes que pueden sufrir la violación de su derecho a la propia imagen, ya sea una persona con notoriedad pública o sin ella, una persona jurídica, actor, etc.; y, finalmente, los requisitos necesarios que han de darse para que se considere violación de la propia imagen.

2. LOS LÍMITES AL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN PUBLICIDAD

La jurisprudencia declara que el derecho a la libertad de expresión que se establece en el art. 20.1.a) CE² tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas, opiniones, creencias y juicios de valor, tanto positivos como negativos, y sobre cualquier materia o persona, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos.

Por un lado, este derecho, en consecuencia, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

Por otro lado, es una constante en la jurisprudencia constitucional la afirmación de que el ejercicio del derecho a la libre expresión (como también el del derecho a la información) no comporta la existencia de un supuesto derecho al insulto, a la vejación o a la humillación del sujeto pasivo de las opiniones, creencias o juicios de valor libremente expresados por el titular de aquel derecho. De modo que, si una manifestación cualquiera del ejercicio la libertad de expresión es susceptible de entrañar una intromisión en el derecho al honor de una persona, dicha intromisión habrá de desenvolverse de manera que no resulte innecesariamente insultante, vejatoria o humillante para el sujeto ofendido, pues sólo así podrá predicarse que el ejercicio de aquella libertad es potencialmente capaz de cumplir los fines que constitucionalmente le vienen asignados.

² Art. 20 de la Constitución:

1. “Se reconocen y protegen los derechos:
 - a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
 - b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
 - c) A la libertad de cátedra.
 - d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.
Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

Es pues necesario analizar las concretas expresiones utilizadas, su conexión o no con la opinión que se pretendía transmitir y su carácter necesario o superfluo. En este sentido el Tribunal Constitucional ha considerado que “aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa”. Pero dicha exigencia, como se ha mencionado anteriormente, sin embargo, no significa que la Constitución prohíba en cualesquiera circunstancias el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas en el ejercicio del derecho fundamental que nos ocupa, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1.a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias.

Podemos ver esta situación claramente en la STC 160/2003, de 15 de septiembre: “Al respecto conviene recordar que la Constitución ampara las críticas legítimas en asuntos de interés público, y no sólo aquellas más o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas otras que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a la que se dirigen, siendo más amplios los límites permisibles de la crítica, cuando ésta se refiere a las personas que por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones, que si se tratase de particulares sin proyección pública”.

De la mano de la libertad de expresión viene el derecho fundamental a la información que atribuye a sus titulares el derecho a publicar o difundir aquellos hechos que merezcan ser considerados noticiables, o, lo que es lo mismo, el derecho a comunicar noticias, hechos o datos, sin añadir el periodista opiniones o juicios de valor.

La publicidad representa una manifestación de la libertad de expresión. Uno de los artículos más importantes, el artículo 3 LGP³ viene a establecer una serie de límites a dicha libertad de expresión, cuando está vinculada a las actividades publicitarias diversas realizadas para la promoción de un producto, bien, actividad o servicio:

- “Los apartados b), c) y d). La calificación de la publicidad engañosa, desleal o subliminal pretende garantizar unas condiciones de lealtad, transparencia y veracidad del mercado y salvaguardar la confianza en el mismo para proteger, ante todo, al consumidor y a los propios competidores.

³ Art. 3 de la Ley General de Publicidad. Es ilícita:

- a) 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. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
- b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.
- c) La publicidad subliminal.
- d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.
- e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

- El apartado e). La publicidad relativa a determinados productos, bienes, actividades o servicios y la consiguiente calificación de la publicidad que infrinja tales normas como ilícita, sin perder de vista el mercado, pone el acento en la protección del consumidor frente a bienes o servicios que podrían ser considerados peligrosos. Aquí, el límite a la libertad de expresión vendría representado por la salud pública y la seguridad de las personas o su patrimonio (tabaco, alcohol, medicamentos, juegos de suerte,...)
- El apartado a) atiende a la necesidad de salvaguardar en la libertad de expresión publicitaria los mismos derechos y valores constitucionales que representan un límite general a la libertad de expresión establecidos en la propia Constitución”⁴.

En caso de conflicto... ¿qué derechos fundamentales han de prevalecer, los del art. 18.1 o los del art. 20.1 de la Constitución?: la jurisprudencia consolidada del Alto Tribunal en la materia, y que se mantiene hasta nuestros días, sostiene “la prevalencia de los derechos a la información y a la libre expresión, prevalencia que no opera de manera absoluta sino condicionada al respeto a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”.

La libertad de expresión es el medio para proteger la verdad y búsqueda del conocimiento, para facilitar el libre mercado de las ideas, el debate público y el enriquecimiento cultural de los ciudadanos, es decir, proteger y garantizar la democracia. No obstante, el derecho a la libre expresión no es un derecho absoluto, y es que el artículo 20.4 de la Constitución española pone como límites la protección del honor, la intimidad y la imagen de las personas. Además hay que tener en cuenta la importancia del daño causado, ya que cuanto mayor es el daño más difícil es que se permita el uso de la imagen, aunque se argumente la necesidad de proteger la libre expresión de ideas.

Estos derechos protegen la expresión de ideas y no la idea en sí, con lo cual el conflicto con los principios constitucionales se produce en relativamente pocas ocasiones, ya que para expresar ideas, en principio, no es necesario utilizar la imagen de otro. Por otra parte, la diferenciación entre uso comercial y uso informativo o cultural no siempre es clara; hay que intentar distinguir entre interés público y curiosidad pública y diferenciar la información a la que todos tenemos derecho de aquella otra que, en todo caso, sólo podemos obtener a cambio de una compensación económica.

El vacío normativo que se produce en relación al uso comercial de la imagen es muy importante, y debería encontrarse remedio.

A la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional, pues, puede concluirse:

- a) Que entre los respectivos ámbitos de aplicación de los derechos del art. 18.1 CE y los del art. 20.1.a) y d) CE se cierne una recíproca limitación:
 - 1) Honor, intimidad y propia imagen no son derechos absolutos, pues, dentro de determinados márgenes pueden ser limitados por el ejercicio de la libre expresión y de la comunicación de información veraz.
 - 2) Mientras que, desde la perspectiva contraria, el ejercicio de estos últimos derechos tampoco es absoluto, pues, dentro de determinados márgenes de ponderación, puede ser limitado por el respeto a los derechos primeramente enunciados.

⁴ LÁZARO SÁNCHEZ, E.: *Comentarios a la Ley General de Publicidad*. 1 Edición, Civitas, 2009, pág. 54-55.

- b) Pero, en caso de conflicto, sobre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen han de prevalecer los derechos a la libre expresión y a la información (pues tienen una proyección social o colectiva en tanto que ayudan a conformar una opinión pública libre y plural), siempre, eso sí, que el ejercicio de estos últimos derechos se produzca de manera acorde con las exigencias requeridas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Por ejemplo la STS 4666/2012, 3 de julio de 2012, en la que D. José Enrique y Dña. Milagros demandaron a la compañía mercantil Corporate Communicator, S.L. propietaria de ElPlural.com, Periódico Digital Progresista, su director D. Jorge, D. Millán, autor de un reportaje, y D. Romulano, autor de otro. Se produce un conflicto entre el derecho al honor de los demandantes y el derecho de los demandados a la libertad de expresión y a la libertad de información. Finalmente, el TS dictó que “al ser información falsa sobre las cantidades que percibían de la ATV (Asociación de Víctimas del Terrorismo) los dos demandantes, en el seno de unos textos extremadamente críticos hacia ambos, supuso una clara imputación de hechos que, como prevé el art. 7.7 LO 1/82, lesionaban su dignidad menoscabando su fama, porque el sentido de la información no era otro que el de desprestigiarlos imputándoles su lucro personal, que por ningún otro medio lícito podrían conseguir dada su falta de cualificación personal, a costa de una asociación altruista”. Sra. Milagros recibiría una indemnización de 1.800 € y Sr. José Enrique 900 €, además se condenó a Corporate Communicator, S.L. a publicar el encabezamiento y a eliminar de su página web toda la información referida a los artículos o reportajes en cuestión.

Así se especifica en SSTC 106/1986, 159/1986, 6/1988, 171 Y 172/1990, 123/1993 Y 232/1993, ratificando en la 22/1995, de 30 enero, (RA 2610/1002) que: “Es doctrina constitucional reiterada que solo la información referida a hechos de relevancia pública y, al tiempo, obtenida y contrastada con un mínimo de diligencia, esto es veraz, puede encontrar protección en el art. 20.1.d) CE y, amparada en ese ámbito, prevalecer sobre el derecho al honor garantizado por el art. 18.1”. Aclarando más adelante: “... no se exige verosimilitud absoluta, aunque si necesario que la información publicada haya sido el resultado de una investigación diligentemente contrastada”.

2.1. El derecho norteamericano

El Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos de América inició su doctrina sobre *Commercial Speech* en la sentencia *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.* (425 U.S. 748, 1976). La polémica decisión dejaba sin vigencia el principio tradicional expresado en *Valentine v. Chrestensen* (316 U.S. 52, 1942) y repetido durante décadas de que la protección de la Primera Enmienda a la Constitución no alcanzaba a la publicidad. En esta sentencia la Corte Suprema declaraba inconstitucional la sanción impuesta a un diario de Virginia por haber publicado un anuncio en el que informaba de los servicios de una clínica abortista en el estado de Nueva York, cuando en aquel estado estaba prohibido fomentar o promover el aborto.

“El Tribunal resolvió que el anuncio hacía “algo más que simplemente proponer una transacción comercial” porque “contenía declaraciones de hecho de claro interés público, no sólo para los lectores que pudieran necesitar los servicios anunciados, sino también para aquellos otros con una curiosidad general o un interés genuino en la materia o en el derecho de otro Estado y en su desarrollo, y para los lectores que persiguieran una reforma legal en Virginia”.

El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de instancia y estableció que un discurso, “aunque se gaste dinero para proyectarlo, como ocurre con un anuncio pagado, no pierde la protección que otorga la Primera Enmienda”, y destacó la importancia del discurso comercial en la sociedad.

En general, la doctrina califica el *Commercial Speech* de manifestación híbrida de la libertad de expresión, con un nivel de protección intermedio, ya que presenta indisociablemente unidos elementos que merecen un riguroso escrutinio a la luz de la Primera Enmienda junto a elementos perfectamente regulables que requieren tan sólo *rational basis review*. El discurso publicitario es típicamente regulable en lo que se refiere a su propósito y protegible en lo que respecta al medio de expresión empleado, que opera lingüísticamente o por otros medios convencionales de comunicación.

La utilización de un doble rasero obliga a los operadores jurídicos a recurrir a un determinado criterio para decidir la aplicación de uno u otro estándar cuando aparecen juntos ambas formas de discurso (lo que se conoce como *mixed commercial speech*). El establecimiento de la frontera entre discurso público y discurso comercial es uno de los principales problemas actuales de la doctrina del *Commercial Speech*.

Finalmente, el Tribunal Supremo formalizó un test de constitucionalidad o validez de las restricciones introducidas en el *Commercial Speech*, estructurado en cuatro pasos o filtros y conocido como *Central Hudson Test*. Este test constituye en la actualidad el elemento principal para distinguir el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una regulación de la comunicación comercial de otra regulación que afecta a cualesquiera otras formas de discurso. Frente a este estándar intermedio más relajado, el Tribunal Supremo obliga al uso de un estándar de revisión riguroso o calificado (*stric scrutiny*) en el ámbito del discurso público.

Aunque el *Central Hudson Test* continúa vigente, al menos formalmente, se observa una cierta evolución en el *intermediate scrutiny standard* establecido por la Jurisprudencia para el discurso publicitario, que parece aproximarse cada vez más al *stric scrutiny*.

2.2. El derecho europeo

Al calificar el artículo 2 LGP la publicidad como forma de comunicación, el legislador ha reconocido la doble dimensión presente en toda actividad publicitaria: la dimensión comunicativa, expresiva e informativa y la dimensión económica o comercial, coincidiendo con la doctrina del *Commercial Speech*. Es evidente que la finalidad de la publicidad es económica o comercial, pues consiste en promover la contratación y va dirigida directamente a los clientes potenciales, para persuadirles de que adquieran un determinado bien o contraten un determinado servicio. No obstante, la comercial no es la única dimensión presente en la publicidad, ni tiene por qué ser la que más preocupe a los juristas; junto a ella hay una dimensión comunicativa, expresiva o informativa, que proporciona a la actividad publicitaria un fundamento constitucional: el derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión reconocido en el artículo 20.1.d) CE.

“La protección dispensada a la libertad de información no siempre se ha considerado extensible al discurso publicitario. El reconocimiento de que la publicidad queda al amparo del artículo 20 CE sólo se ha producido definitivamente tras la Sentencia

recaída en el caso *Casado Coca vs. España*, que, al afirmar que el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza la libertad de expresión a toda persona sin distinguir entre la naturaleza lucrativa o no del fin perseguido, se desmarca de pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional español”⁵.

Las jurisprudencias de dos tribunales supranacionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de las CCEE (TJCE) no comparten una misma visión de los derechos humanos o fundamentales, lo que provoca diferencias en los diseños institucionales de ambos tribunales, la desigual composición de los Estados miembros de la UE y del Consejo de Europa, la falta de una relación estable y formal entre ambas instituciones y, en especial, los diferentes objetivos perseguidos por ambas organizaciones internacionales.

2.2.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Europea de Derechos Humanos no tienen una jurisprudencia tan amplia y desarrollada como la del Tribunal Supremo norteamericano en materia de *Commercial Speech*.

De todas formas, hay que tener cautela en la utilización de la jurisprudencia del TEDH como guía interpretativa en un ámbito interno debido a:

- En primer lugar, la aplicación de la doctrina del margen de apreciación⁶: el TEDH concede cierta libertad, opinión o maniobra a las autoridades nacionales para valorar la necesidad y proporcionalidad de cada medida en su contexto nacional, social y cultural. Pero estos puede llevar conflictos jurisdiccionales entre el TEDH y los tribunales internos de un Estado miembro, es decir, un desacuerdo sobre la interpretación jurídica que cada tribunal o poder pueda atribuir a un concepto (en nuestro caso, el alcance de la libertad de expresión en escenarios comerciales).
- En segundo lugar, algunos autores han advertido que resulta muy difícil aplicar las afirmaciones de las sentencias del TEDH a toda clase de comunicaciones comerciales. Por ejemplo, la jurisprudencia sobre publicidad de profesionales se centra sólo en algunas profesiones como abogados y médicos; en algunos tipos de mensajes publicitarios como el nombre, dirección y titulación académica, pero no sobre la calidad de los servicios prestados, la comparación con otros colegas, o los resultados a obtener; en métodos bastante elementales de publicidad como anuncios en folletos; y un ámbito territorial de influencia muy limitada (casi siempre de carácter local).

⁵ Lázaro, E.: *Comentarios a la Ley General de Publicidad*. 1 Edición, Civitas, 2009, pág. 65.

⁶ La doctrina del margen de apreciación es un instrumento exegético que ostenta un órgano jurisdiccional para interpretar una norma jurídica o un acto jurídico y que consiste en garantizar un cierto ámbito de discreción o deferencia al autor de dicha norma o acto. Es decir, no se trata de un instrumento exclusivo del TEDH, sino que también es utilizado por los tribunales internos, como, por ejemplo, un Tribunal Constitucional, que, a pesar de su independencia orgánica y funcional, puede preferir autolimitarse para señalar su compromiso con los intereses generales perseguidos por el poder ejecutivo.

2.2.2. Tribunal de Justicia de las CE

La jurisprudencia del TJCE en materia de libertad de expresión es fragmentaria y replicante de la jurisprudencia del TEDH, pero permite apreciar algunas consecuencias en cuanto al discurso comercial.

La publicidad está protegida por la libertad de expresión y ello sirve como argumento contra medidas nacionales limitadoras de la libertad de movimiento cuyos autores justifican en las exigencias de protección de los consumidores o de protección de la salud. Sin embargo, tales consideraciones tienen un carácter secundario en la argumentación del TJCE y de poco peso jurídico si los mensajes se desvinculan del debate político: “Cuando el ejercicio de la libertad no contribuye a un debate de interés general y, además, se trata de un contexto en el que los Estados miembros poseen cierto margen de apreciación, el control se limita a un examen del carácter razonable y proporcionado de la injerencia. Es lo que sucede con el uso mercantil de la libertad de expresión, en particular en un ámbito tan complejo y fluctuante como la publicidad” (FD 51).

El TJCE reconoce un margen de maniobra a las autoridades internas, margen que flexibiliza el juicio de proporcionalidad y –siguiendo al TEDH– otorga a las comunicaciones comerciales una posición secundaria con relación al discurso que contribuye a un debate de interés general.

Una de las críticas más extendidas a la doctrina del *Commercial Speech* refiere que la Primera Enmienda y, por ende, los preceptos constitucionales occidentales que reconocen la libertad de expresión no están diseñados para incluir a cualquier forma de discurso. La libertad de expresión, según esta crítica, protege únicamente el discurso encaminado a la formación del debate político y resulta inconstitucional, intentar ampliar el ámbito de aplicación de la Primera Enmienda. Muy similar a esta crítica, para otros, la libertad de expresión es una manifestación de la dignidad humana y no hay razones para proteger aquellos discursos, como la publicidad, que no emanan de la autonomía moral individual. Contrario a las críticas, en primer lugar, el argumento olvida que muchas comunicaciones comerciales son producidas por profesionales individuales, por lo que, la crítica no relaciona, entonces, el trabajo individual y profesional con la autonomía personal y su posible menoscabo por medio de una prohibición absoluta de realizar publicidad. Y, de hecho, no tiene en cuenta buena parte de la jurisprudencia en la materia. En segundo lugar, la crítica olvida que la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas sirve para proteger a los individuos que las han constituido y que no cabe establecer diferencias entre aquellas personas que ejercen una actividad económica como profesionales individuales o recurriendo, por ejemplo, a una estructura societaria.

Además el discurso comercial contribuye o puede contribuir al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía individual, a la información, a la verdad, a la democracia y al aumento de los niveles de eficiencia en el mercado. De esto puede concluirse: las comunicaciones comerciales pueden conllevar consecuencias valiosas desde el punto de vista social.

Pero, además, en el ámbito del discurso comercial, tampoco una única regla puede aportar soluciones sobre todos los conflictos que puedan aparecer, pues existen diferentes conceptos de discurso comercial, que se incluyen, a su vez, en diferentes prácticas sociales, por ello, es difícil ofrecer una única regla que cubra todos los aspectos conflictivos en este

ámbito y es necesario acudir a un enfoque que considere la multiplicidad de contextos, es decir, evaluar las consecuencias que implica una determinada limitación o regulación del discurso, esto es, analizar las externalidades generadas tanto por el discurso como por su limitación para, tras sopesarlas, identificar su constitucionalidad.

3. PUBLICIDAD CONTRARIA A LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS Y A LOS VALORES Y DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

3.1. La publicidad contra la dignidad humana

Uno de los límites que afecta al discurso publicitario es la dignidad de la persona⁷. Forma parte de los derechos consignados en la Carta Magna y pretende frenar el ejercicio abusivo de los derechos hasta el extremo de privar a quien así actúa de toda cobertura constitucional o legal. Es ilícita toda publicidad que cuestione el respeto debido a la condición de ser humano.

A la dignidad se debe añadir la libertad y la igualdad, y todos representan el punto de partida de toda ponderación sobre los derechos de la personalidad y fundamentales de la persona.

“La dignidad es algo vinculado a la persona por el hecho de serlo y cualquiera que sea la situación en que se encuentre. Es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, intimidad y propia imagen (art. 18), y conlleva el respeto por parte de los demás”⁸.

El reconocimiento de la persona no está sujeto a condicionante alguno, ha de presuponerse siempre, además, se puede concluir de las resoluciones del TC que la dignidad está presente en los derechos personalísimos, y no solo a los que la CE califica de fundamentales. La jurisprudencia incide en las siguientes valoraciones de la persona: la dignidad rechaza que la persona sea considerada como instrumento; excluye la intromisión en los padecimientos físicos o espirituales, y en el hecho de la muerte; no permite acarrear sufrimientos o humillaciones o trato vejatorio y degradante; es determinante de la prohibición de la tortura; etc.

El Tratado de Ámsterdam y la iniciativa de creación de una Corte Penal Internacional (ONU), así como la formulación de una Carta de Derechos Fundamentales, impulsan una mayor protección de los derechos de la persona en el ámbito internacional. La salvaguarda de los derechos fundamentales se convierte en uno de los principios básicos

⁷ Artículo 18 de la Constitución:

1. “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

⁸ ALEGRE MARTÍNEZ, M. ÁNGEL: *Dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Universidad de León, 1996, pág. 32-33.

de la UE y una condición indispensable para la legitimidad de la misma, hecho que, sin duda, imprimirá mayor seguridad jurídica para la persona, procurando un nivel de igualdad a los ciudadanos de los países que la configuran. La idea de universalidad en el reconocimiento y protección de los derechos humanos está avanzando, desde una perspectiva jurídica, de manera irreversible.

Según una resolución del Jurado de Autocontrol entre un particular y Fiat Auto España, S. A. (20 de junio de 2006) “el principio de respeto a la dignidad de la persona constituye uno de los principios básicos que articulan tanto el régimen jurídico de la publicidad como su régimen deontológico. Así, el art. 3 de la Ley General de Publicidad declara ilícita la publicidad que atente contra la dignidad de la persona. Y, de forma paralela, la norma 10 del Código de Conducta Publicitaria⁹ establece que la publicidad no atentará contra la dignidad de la persona. De forma que deben considerarse contrarios a la dignidad de la persona todos los comportamientos que impliquen una burla o un ataque, más o menos directo, a este derecho. Pero primero, debe atenderse ante todo a las circunstancias que rodeen al caso concreto del mensaje que se transmite al público de los consumidores”.

Se debe hacer hincapié en que, de acuerdo con el art. 3.a) de LGP¹⁰ y la doctrina del Jurado, deben concurrir los tres elementos citados en ellos para que el anuncio publicitario sea ilícito.

La concurrencia de estos tres elementos en casos reales puede verse en:

- “La publicidad reclamada consiste en un anuncio difundido en televisión en el que se promociona el equipo automovilístico de competición “Seat León”. El anuncio comienza con varias imágenes de coches en un circuito de competición. De repente aparece enfocada la imagen de una mujer por detrás y como si el viento levantara su mini falda sus nalgas quedan al descubierto. Continúan las imágenes de coches de competición y se insertan las sobreimpresiones: “*valor: garantizado*” y “*sentido común: opcional*”. Finalmente, se muestra a un piloto de carreras haciendo signos de satisfacción y se sobreimpresiona el texto: “*enhorabuena al equipo Seat León por esta gran temporada*”.

En consecuencia, la Sección Primera del Jurado estima la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra una publicidad de la que es responsable la mercantil SEAT, S.A., declara infringida la norma 10 (dignidad de la persona) del Código de Conducta Publicitaria, e insta al anunciante el cese de la publicidad reclamada¹¹.

⁹ La publicidad no sugerirá circunstancias de discriminación ya sea por razón de raza, nacionalidad, religión, sexo u orientación sexual, ni atentará contra la dignidad de la persona. En particular, se evitarán aquellos anuncios que puedan resultar vejatorios o discriminatorios para la mujer.

¹⁰ 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 arts. 18 y 20 apdo. 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

¹¹ Resolución del Jurado de Autocontrol: Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. SEAT, 8 de enero de 2007.

- “La reclamación se formula frente a una publicidad difundida en prensa en la que se promociona una marca de ropa. Dicha publicidad muestra la imagen de una mujer joven, únicamente ataviada con unas botas de equitación y que cubre sus partes íntimas con un trofeo.

El Jurado considera que la publicidad reclamada utiliza el cuerpo de la mujer como mero objeto, esto es de manera claramente instrumental y de una forma completamente desvinculada del producto que se pretende promocionar, concediéndole incluso una relevancia en el contexto del anuncio superior a la que se concede al producto promocionado. El Jurado considera, además, que la presencia de la mujer -tal y como aparece en el anuncio reclamado- no guarda vinculación alguna ni con el producto promocionado, ni con un argumento publicitario que justificara su aparición, sino que tan sólo figura ejerciendo un rol pasivo como mero objeto de captación de la atención de los potenciales consumidores del producto promocionado. Finalmente, declara que la publicidad reclamada vulnera la Norma 10 (principio de dignidad de la persona) del Código de Conducta Publicitaria e insta a Polo & Co. el cese de la publicidad reclamada”¹².

- “La reclamación se formula frente a una publicidad difundida en prensa en la que se promocionan los servicios de juegos y apuestas online ofrecidos por la reclamada a través de su página Web www.bet-at-home.com. Dicha publicidad se compone de una imagen en gran tamaño, de un primer plano de la cadera de una mujer con los pantalones bajados y mostrando su ropa interior, en la cual puede leerse lo siguiente: “*If you can read this it's your lucky day!*”.

El Jurado considera que la publicidad reclamada contraviene la Norma 10 del Código de Conducta Publicitaria ya que utiliza la imagen del cuerpo de la mujer de manera claramente instrumental, esto es como mero objeto, con la intención de atraer la atención del espectador sobre un anuncio publicitario que, por ninguno de sus elementos, guarda la más mínima relación con la imagen de la mujer tal y como se emplea. Insta a Bet-at-home.com el cese de la publicidad reclamada”¹³.

Para el Derecho, en este ámbito de la dignidad y en todos, la protección de la juventud y la infancia es una prioridad. Son sujetos del derecho merecedores de una especial protección y tutela.

El menor ha sido tenido en cuenta de modo muy especial por el legislador a la hora de reglar la publicidad por encontrarse en fase de desarrollo físico, intelectual y moral. Además ha tenido en cuenta, no sólo el artículo 20 de la Constitución, sino también los diversos compromisos internacionales sumidos en la materia.

Esta protección frente a la publicidad se realiza desde dos perspectivas distintas pero complementarias: proteger al menor como receptor o destinatario de la publicidad y evitar abusos en la utilización de la imagen de menores, cuya aparición es frecuente en los medios publicitarios.

¹² Resolución del Jurado de Autocontrol: Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Polo & Co., 23 de septiembre de 2010.

¹³ Resolución del Jurado de Autocontrol: Asociación de Usuarios de la Comunicación vs. Bet-at-home, 5 de octubre de 2010.

También debe tenerse en cuenta que cuando se habla de los menores como destinatarios de la publicidad se entiende que se les contempla como potenciales espectadores o receptores que perciben e interpretan esa publicidad porque no se ofertan productos que ellos pueden adquirir, bien por falta de capacidad o medios, bien por no ser adecuados a su edad, gustos o necesidades.

“Los menores deben ser protegidos:

- a) De la información no veraz acerca de los productos o servicios publicitarios, teniendo en cuenta su inexperiencia o credulidad. Artículo 16.1.d) de la Ley 25/1994.
- b) De la persuasión o incitación directamente ejercida sobre ellos o sobre sus padres o tutores para la adquisición de productos o la contratación de servicios. Artículo 16.1.a) de la Ley 25/1994.
- c) De la explotación de la confianza o la admiración que los menores dispensan a sus padres, tutores, profesores, otras personas con ascendiente y autoridad sobre ellos, y, en general, a los personajes ya sean reales o de ficción. Artículo 16.1.b) de la Ley 25/1994.
- d) De los productos o servicios que puedan resultar perjudiciales para su salud o para su pleno desarrollo físico, intelectual o emocional. Artículo 15 del Convenio Europeo de 5 de mayo de 1989 del Cine.
- e) De contenidos publicitarios que puedan incitarles a la violencia, a comportamientos antisociales o que puedan fomentar abusos, negligencias o conductas agresivas. Artículo 12.1 de la Ley 25/1994”¹⁴.

Respecto a la utilización de la imagen de menores en la publicidad, es un hecho notorio que cada vez resulta más frecuente porque los menores parecen haberse convertido en el nuevo reclamo publicitario, aunque no existe impedimento legal para ello.

Su presencia no siempre está justificada porque no tiene relación con el artículo o servicio publicitado, aunque es cierto que la intervención de niños puede resultar natural en los anuncios de productos que el menor va a consumir o los anuncios de otros productos en los que convivencia con menores puede resultar relevante; en otros casos, la presencia de los menores en la publicidad es totalmente accesorio, gratuita o innecesaria. Si se recurre a ellos es por carga emocional o estética.

Es difícil pronunciarse sobre esta cuestión porque el legislador no ofrece pautas o criterios de edad, ni se han elaborado recomendaciones al respecto (sobre vestimentas, actitudes, desnudo o semidesnudo infantil...), es uno de los vacíos legislativos más necesitado de respuesta.

¹⁴ LÁZARO SÁNCHEZ, E.: *Comentarios a la Ley General de Publicidad*. 1 Edición, Civitas, 2009, pág. 76.

Ejemplos visuales de campañas publicitarias que atentan contra la dignidad humana:





3.2. La publicidad discriminatoria

Íntimamente relacionado con la dignidad de la persona se encuentra el principio de igualdad. El art. 14 CE, que recoge el principio de igualdad, especifica la no prevalencia de discriminación alguna “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

En Europa ha sido tradicional la preocupación por la igualdad entre el hombre y la mujer, igual que en América el interés de los juristas se ha centrado en la cuestión racial. Por este motivo se ha considerado oportuno dedicar una mayor atención a la protección de la mujer en la publicidad.

- La especial protección de la mujer en la publicidad

La Ley Orgánica 1/2004 pretende cumplir una función educadora, en términos de igualdad y no de discriminación, en un sector de tan amplia difusión y repercusión social como es el de la publicidad, consciente de la importancia que en la lucha contra la violencia de género tienen ambas, educación y publicidad, teniendo en esta última una importancia fundamental la LGP. Dos líneas de actuación:

- Primera, combatir la imagen estereotipada de la mujer desde un punto de vista laboral, ligada al ámbito doméstico, y en situación de subordinación y dependencia del varón. Se quiere promover la visión actual: una mujer moderna, activa y dinámica, que tiene ahora la misma proyección profesional que el hombre, a la vez que éste está más implicado en las labores de atención y cuidado de niños y familia.

“Por ejemplo: el caso FEBER S.A., sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alicante, de 3 de marzo de 1992. Esta empresa de juguetes presentaba en su campaña publicitaria dos bloques diferenciados, uno dirigido a niñas, en la que se ofertaban muñecas y utensilios varios destinados a fines domésticos, mientras que el bloque destinado a niños comprendía una oferta más amplia, vinculada al mundo exterior y profesional. Se entendió que los anuncios eran sexistas y discriminatorios, ya que reflejaba diferencias entre las posibles preferencias de juguetes basadas sólo en el sexo, y que el principio de igualdad y no discriminación había sido vulnerado”¹⁵.

▪ Segunda línea de actuación, corregir el uso gratuito y excesivo que venía haciéndose del desnudo femenino, como objeto erótico de atracción, para pasar a la representación del cuerpo humano desnudo conforme al buen gusto social y las costumbres en cada momento y en términos de correspondencia con el desnudo masculino, siempre que el desnudo esté relacionado con el producto promocionado. Puede verse que en los últimos años está ocurriendo así, por ejemplo no resulta infrecuente la presencia del desnudo masculino. como ocurre en campañas como las de Lacoste o Ives Saint Laurent.

Hay que advertir que la presencia del sexo en la publicidad es distinto de la publicidad sexista y la LGP lo único que prohíbe es lo segundo.

“Por ejemplo: caso Dolce & Gabbana, resolución del Jurado de Autocontrol, de 2 de marzo de 2007. Una fotografía difundida en prensa y en la página web de la firma mostraba una mujer vestida con un body postrada en el suelo, boca arriba y con las rodillas flexionadas, mientras un hombre con el torso desnudo que se reclina sobre ella la sujeta en esa posición asida por las muñecas. Otros cuatro hombres, dos de ellos con la camisa desabrochada y uno con el torso también desnudo, contemplan impasibles la escena. Se estimó la reclamación por entender que el anuncio reclamado transmite un mensaje de sometimiento sexual de la mujer al hombre, el cual vendría a ocupar una posición de fuerza y dominio. Para el Jurado, el sometimiento sexual de la mujer contra su voluntad viene a constituir una manifestación más del fenómeno de la violencia de género. Se consideró contraria a la dignidad de la persona, por implicar un ataque a la libertad, sexual en este caso.)”¹⁶.

-La protección de otros posibles colectivos discriminados o denigrados

La causa de la discriminación o la denigración de un colectivo puede responder a circunstancias varias, no sólo como raza, religión u orientación sexual, sino que también puede tomarse como referente la procedencia geográfica, social o profesional.

Los medios de comunicación y la publicidad, por su capacidad de transmitir ideas y crear corrientes de opinión pueden ejercer una influencia positiva o negativa sobre el avance hacia la necesaria igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, por lo que pueden contribuir a reforzar caducos modelos estereotipados.

¹⁵ LÁZARO SÁNCHEZ, E.: *Comentarios a la Ley General de Publicidad*. 1 Edición, Civitas, 2009, pág. 71-72

¹⁶ LÁZARO SÁNCHEZ, E.: *Comentarios a la Ley General de Publicidad*. 1 Edición, Civitas, 2009, pág. 73.

Estos medios, junto con la publicidad, son poderosos agentes de socialización, es decir, potentes instrumentos de aprendizaje de conductas, y de creación de modelos y situaciones a imitar, que son, en muchos casos, aceptados o compartidos debido a la constante exposición a los mensajes, con lo que pueden llegar a convertirse en realidad la diferenciada de género, es decir, en modelos sociales interiorizados, en percepciones y conductas reales por las que se rigen hombres y mujeres y que adoptan como lógicas y naturales simplemente porque han sido observadas repetidamente. Desde este punto de vista, se puede decir que la publicidad refleja la sociedad a la que se dirige reforzando las pautas y modelos ya existentes y dificultando la inserción de otros nuevos.

Los elementos connotativos y denotativos del mensaje publicitario se encuentran en íntima asociación con las características y circunstancias políticas, culturales y sociales que vive un colectivo en un momento determinado. Es la razón por la que muchos anuncios son difícilmente comprendidos si no se comparte una cultura común.

Los mensajes publicitarios utilizan diversos medios que no siempre son tan ilícitos como las metas perseguidas. Diversas investigaciones han evidenciado la capacidad de las escenas de violencia y de sexo para llamar la atención y evitar el zapping televisivo, muy temido por anunciantes y cadenas. En relación a la publicidad, el uso del erotismo ha sido uno de los principales reclamos de los anuncios (a través de la utilización de modelos femeninos, pero cada vez más lo está siendo también de masculinos).

Otro de los recursos más habituales de la publicidad para lograr sus metas ha sido el uso de estereotipos, es decir, imágenes, mensajes y roles sociales, que se asocian al producto o servicio, que pertenecen al imaginario colectivo y que son simplificados para permitir su rápida y fácil recepción; esto ha hecho que la mujer quede encuadrada dentro de unos roles sociales que han recortado sus posibilidades de desarrollo personal y profesional. Aunque en el siglo XIX se apreció un cambio de actitud y mentalidad, no fue hasta finales del siglo pasado cuando los gobernantes fueron conscientes de que debían participar y ayudar a promover ese cambio social más justo. Este nuevo milenio no es aún el de la plena igualdad y ausencia de discriminación sexual. En este contexto, los medios de comunicación no son causantes de la situación de desigualdad existente, pero sí son responsables, pues en muchas ocasiones actúan dando voz a quienes la provocan o alientan.

Hay autores que afirman que algunos anuncios de televisión muestran imágenes de la mujer que no reflejan la realidad. Las mujeres en la publicidad aparecen representando roles muy definidos como ama de casa u ocupando puestos de trabajo inferiores a los hombres. Además existen estereotipos latentes como la voz en off, la voz del narrador no visible en el anuncio, que suele ser masculina, con la idea de dar más credibilidad y convencimiento. Sin embargo, en los últimos años es notable el aumento de voces en off femeninas. De ahí que los anuncios se hayan convertido, en buena medida, en testimonios de un modo de ver la sociedad que podría estar mejor organizada.

3.2.1. El desnudo femenino

Buena parte de las críticas a la publicidad se han centrado en el uso desconsiderado que se ha hecho de la figura femenina. Ella ha sido objeto empleado como reclamo para la venta, sin que guarde relación con el producto anunciado. Hay anuncios en los que parece que el comprador de un vehículo está adquiriendo también a una modelo de belleza

extrema; otros en los que se emplea el desnudo femenino para llamar la atención o incluso provocar un escándalo; y muchos presentan como a una persona con unas determinadas medidas y proporciones que no sólo pertenecen a un mínimo porcentaje de la población, sino que incluso acentúan unos rasgos enfermizos. Como ejemplo tenemos la polémica de estos últimos años al relacionarse la anorexia con lo que se puede contemplar en las pasarelas de moda.

Mucho se ha hablado de la influencia negativa que la representación de un cuerpo femenino que se considera perfecto tiene sobre la percepción personal que las receptoras tienen sobre sí mismas. Y es que uno de los problemas más apuntados sobre el tratamiento del cuerpo de la mujer en la publicidad es el grado de identificación de la audiencia y el consiguiente deseo de ser como la imagen representada; varios estudios han mostrado la idea de que la consumidora puede sentir un grado de insatisfacción cuando observa modelos estilizados. La bulimia o la anorexia son dos trastornos alimenticios que se achacan a la influencia en las jóvenes de la representación de cuerpos femeninos perfectos. Sin embargo, la identificación de las receptoras con la mujer representada puede ser también positiva; recientes estudios señalan que las identificaciones son más positivas cuanto más realista es la imagen representada.

3.2.2. *La belleza*

Otro aspecto importante es la representación de la belleza que ha tenido, históricamente, rostro de mujer. Las personas que crean la publicidad utilizan la belleza para cumplir su objetivo: posicionar una marca en la mente de la audiencia y venderla.

La belleza es la cualidad que hacía y sigue haciendo, aunque en menor medida, más valorable a una mujer, la que se sigue teniendo en cuenta en primer lugar, la que la sigue haciendo más deseable socialmente (no sólo sexualmente). Naturalmente, también los hombres guapos tienen ventaja sobre los que no son considerados tales, pero las tradiciones pesan y, en la nuestra, el hombre era y sigue siendo más valorado, fundamentalmente, por sus realizaciones.

Actualmente, la incitación a la belleza, tanto del rostro como del cuerpo, sigue dirigiéndose casi exclusivamente a las mujeres. Se evita aludir a gustar a un hombre como objetivo de los cuidados cosméticos. La propuesta es cuidarse, algo que nunca aparece como una carga sino como un placer, para gustarse, hacer del propio cuerpo el más bello objeto, cara a la propia satisfacción. Resulta, pues, una propuesta al narcisismo femenino, al placer de la autocontemplación.

Sólo algunos productos para adelgazar incluyen a los hombres entre sus destinatarios, pero en este caso se pone el énfasis en la salud y en el bienestar, más que en la belleza. Los productos contra la caída del cabello son los únicos dirigidos exclusivamente a los hombres. Pero ni siquiera la calvicie niega al hombre el atractivo, como hacen por ejemplo, las arrugas con el de la mujer, pues hombres mayores y calvos aparecen como seductores en la publicidad.

Respecto a la belleza del cuerpo, los modelos propuestos suelen ser mujeres muy delgadas, con la intención de fomentar el consumo de estos productos incluso en personas de peso normal, apenas aparecen gordas ni gordos en la publicidad. Aunque vamos observando en los anuncios un cambio en la representación de la belleza femenina. En la

actualidad, son más numerosos aquéllos en los que aparece una mujer con una belleza más natural y real.

Sin embargo, la representación de la belleza es más compleja cuando se trata de productos de cosmética, es decir, cuando lo que se vende es estética en estado puro. No se busca entonces la identificación de la consumidora con el producto sino que piense: “tengo que comprar ese producto para ser como ella”. Además, se observa cómo muchas de las estrategias publicitarias apuestan por un determinado concepto de mujer idealizado, es decir, una mujer de rasgos perfectos de acuerdo con los cánones de belleza actuales.

Pero aunque estos anuncios de cosméticos se valgan de la representación de una belleza fuera de lo común, no significa que traten a la mujer como mero objeto decorativo despersonalizado.

3.2.3. *Amas de casa*

La cocina es un lugar muy atractivo para la publicidad. Son muchos los anuncios que escogen ese escenario y, por desgracia, la mayoría están protagonizados por mujeres.

La mujer sigue siendo el mejor reclamo a la hora de anunciar productos de cocina y limpieza del hogar. Sin embargo, ya no está representada como un ama de casa dedicada exclusivamente a las tareas domésticas, sino que cuando aparece en la cocina o limpiando, esa representación es una de sus múltiples facetas: se encuentra en el hogar al igual que trabaja, o hace deporte, o comparte un tiempo con su pareja, o con sus hijos... El estereotipo del ama de casa, con las connotaciones degradantes está ya superado, salvo contadas excepciones.

La protagonista no se encierra en la cocina porque está obligada o porque sea algo propio de su sexo sino porque le gusta. Sin embargo, la mujer encargada casi exclusivamente de las tareas domésticas sigue estando ahí. Todavía existen anuncios en los que se muestra como un ama de casa de las de antes: continúa haciendo las cosas para su marido o ante la mirada de éste que no se molesta en ayudarla.

Ahora se recurre más bien a presentar al ama de casa en una entrevista exponiendo sus razones para elegir el producto anunciado. La entrevista permite la representación realista y positiva de esta mujer porque es cuando ella puede mostrar que tiene un criterio y que su criterio cuenta. También ante la imposibilidad de dignificar esta tarea, los spots de productos de limpieza intentan convencer al ama de casa de que van a libarla por fin de ella.

Cuando los hombres aparecen realizando tareas caseras son siempre torpes en ellas, pero su torpeza no intenta mostrar la habilidad o conocimiento que esos trabajos requieren, sino el desinterés de los hombres por ellos y su desapego respecto a esa función: lo hacen transitoriamente, pero esas no son cosas para ellos.

En las representaciones publicitarias de la familia es normal que la madre realice algún trabajo o atienda a su marido e hijos/as mientras éstos descansan, comen, juegan, estudian, etc. La presencia del padre o su compañía son a menudo acontecimientos extraordinarios y felices para los hijos, en contraste con la relación cotidiana que tienen con la madre. El padre tiene generalmente una relación democrática con sus hijos e hijas, que

juegan, discuten con él o le hacen objeto de burlas cariñosas. Las relaciones de la madre con los hijos/as casi nunca tienen esas características, y es muy raro que ella se incorpore a sus juegos.

3.2.4. Los valores atribuidos a hombres y mujeres

La publicidad ha transmitido una serie de valores y cualidades atribuidos a hombres y mujeres a lo largo de los años que poco han cambiado con el paso de éstos.

A los hombres se les ha atribuido tradicionalmente una serie de cualidades como la racionalidad, la capacidad de calcular, prevenir y controlar, el interés hacia el trabajo compartido con otros hombres o la orientación hacia el espacio de lo público, la independencia económica, el afán de promoción personal, la búsqueda de conocimientos teóricos y la eficacia, la energía y la agresividad. Todo ello integra la virilidad.

Además, las relaciones entre los hombres en publicidad son muy abundantes y se presentan como fuente de emociones positivas: en el trabajo colaboran, celebran calurosamente los éxitos de sus compañeros; forman equipos, sólo hombres, para practicar deportes, juegos, aficiones, etc. También se subraya la relación positiva entre varones de distintas generaciones dentro de una familia: de padres a hijos, apoyo, camaradería, discusiones o juegos en pie de igualdad; de hijos a padres mayores, comprensión, preocupación eficaz por su futuro, etc.

Las características que corresponden a las mujeres son las complementarias: la emocionalidad, la acción orientada hacia la familia y el espacio privado, la dependencia económica de los hombres, la preocupación por el bienestar de los demás, el déficit de inteligencia o aptitudes y el atractivo erótico.

Y las relaciones entre mujeres son negadas o banalizadas por la publicidad. En muy pocos anuncios se ven mujeres adultas conversando entre ellas, colaborando o apoyándose.

3.2.5. Los niños, las niñas y los juguetes

Los niños y niñas aparecen tanto en la publicidad dirigida a los adultos, en la que tienen un papel simbólico (representando el futuro, la humanidad, etc.) o sirven de reclamo lúdico-ternurista, como en la dirigida al público infantil.

La diferencia entre las representaciones de los sexos es mucho más radical en la infancia.

La infancia es vista como una etapa vital despreocupada, sin obligaciones ni responsabilidades. Esa es, al menos, la imagen que presentan los niños varones en la publicidad. Ellos aparecen como rebeldes, alborotadores, incluso sucios a veces, rebosantes de vitalidad y energía, lo que disculpa sus travesuras. Además, apenas colaboran en las tareas del hogar.

En los anuncios de golosinas, chucherías y alimentos de entrehoras aparecen a menudo grupos mixtos, pero el protagonista suele ser un chico; en este caso el argumento

publicitario es sobre todo la energía y vitalidad. Cuando el protagonismo es compartido por niñas y niños, la argumentación se centra, en cambio, en el placer y la diversión.

Las niñas no aparecen tan despreocupadas. En general son dóciles, aceptan las normas, colaboran con la madre en los trabajos caseros o, si están solas, los realizan ellas. Asumen incluso la responsabilidad de su propio cuidado y el de sus hermanos. Las niñas revoltosas constituyen una excepción y nunca están solas, sino en grupo con niños. La energía y vitalidad son también muy raramente atribuidas a las niñas, y sólo cuando están en grupos mixtos o en actividades tales como los deportes de competición o el atletismo en las que, afortunadamente, ahora se las incorpora. La actitud de las niñas es en la mayoría de los anuncios controlada, ordenada, obediente y responsable.

La infancia como etapa vital dependiente, necesitada del cuidado de los mayores, es representada básicamente por niños varones atendidos por sus madres, casi nunca las niñas solas. Cuando éstas aparecen es junto con niños y, además, es frecuente que ellas colaboren con la madre.

La publicidad de juguetes es donde se presenta de forma más tópica y clara la división de papeles en función del sexo. La mayoría de los juguetes se presentan como exclusivamente para niños o para niñas, sin considerarlos intercambiables.

Los juguetes para niñas son de tres tipos: para jugar a mamás, para jugar con muñecas-mujer y sus accesorios, y para jugar a ser mujer. Los muñecos que representan bebés o animalitos están claramente destinados a hacer que la niña se identifique con el papel de madre, lo que significa sobre todo cuidar y dar cariño. Estos anuncios están dominados por una estética pastel y los objetos, los colores, las músicas, las canciones, etc., configuran un ambiente idílico lleno de sensiblería, un espacio imaginario donde sólo aparecen los sentimientos amorosos, felices y tiernos.

En el extremo opuesto del tópico, los juguetes que se presentan como exclusivamente para niños son, básicamente, muñecos guerreros y sus artilugios, juegos de competición y vehículos. La aventura, sobre todo bélica, la velocidad, el riesgo y la competición son los tópicos en los que se basa la publicidad de estos juguetes. A menudo los juegos implican equipos, organización y distribución racional de papeles, a veces liderazgo. Suelen ser juegos abiertos a la imaginación e iniciativa de los jugadores, que pueden hacer que el mismo juego sea distinto cada vez. La presentación y la estética de estos spots es opuesta a la de los juguetes para niñas. Predominan los colores vivos, abunda el negro y el caqui de camuflaje. La música y el ritmo son también vivos, cuando no marciales.

3.2.6. Hacia unos nuevos estereotipos

Lo difícil está en saber elaborar una imagen de la mujer que integre los elementos de una personalidad tan rica. Ya ha habido muchos avisos de que el potencial comprador femenino es superior, ya que son ellas las que organizan la vida familiar y las que deciden acerca del 80% de los gastos que se realizan en los hogares, además de influir en el restante 20%. Hay que saber dirigirse a este sector de la población y no tratarlo mal. Para una marca determinada, ser tachada de sexista o acusada de discriminatoria para las mujeres no supone ninguna ventaja y más bien se convierte en un elemento contrario a sus intereses.

La mujer de la publicidad no es la misma hoy que hace cuarenta años. Si en los comienzos esta mujer se caracterizaba por ocupar siempre un lugar secundario en los anuncios, por aparecer a la sombra de un hombre o por dar una imagen de simpleza, ahora las cosas han cambiado y ha pasado a desempeñar funciones mucho más importantes. Es ella la que en numerosas ocasiones, “lleva los pantalones”. Además la mujer ha pasado de su tradicional papel secundario al de protagonista y al hombre le ha pasado lo contrario.

La mujer de la publicidad televisiva de comienzos de siglo XXI presenta unos rasgos de fortaleza que antes resultaban inimaginables. Ella es dueña de su vida y muestra seguridad en sí misma. Se permite soñar mundos en teoría inalcanzables, pero esa confianza en su valía personal le hace ponerlos en práctica y no cohibirse a la hora de demostrar quién es ella y de lo que es capaz.

La imagen ideal de la mujer para las propias mujeres es, no ya la de la mujer casada o emparejada, sino la de la que es autónoma, y respetada y valorada por su trabajo. Hace tiempo que la promesa de conquistar a un hombre prácticamente ha desaparecido, probablemente por entender que tal asociación podría ofender a algunas mujeres. La mujer trabajadora es una realidad en nuestro país hoy en día. Pero, además, resulta muy gratificante saber que cada vez son más las que ocupan puestos de responsabilidad en empresas, lo cual ha sido recogido por la publicidad. Por lo tanto, la mujer de la publicidad, al igual que en el mundo real, goza de cierto estatus en el mundo laboral y, en algunos casos, aparece realizando tareas arriesgadas.

Vemos, por tanto, cómo la nueva mujer puede con todo lo que se le pone por delante. Ni el mundo del espionaje ni el del ejército le resultan ajenos. Ha entrado en lugares que antes eran sólo propios de hombres. Y esto ha quedado reflejado en la publicidad, que intenta llegar a ese público objetivo emergente. No obstante, esta fortaleza sobre la que estamos hablando no sólo se pone de manifiesto en anuncios como los que acabamos de describir, en los que la mujer desempeña unas tareas no muy habituales de un día normal y corriente. Esa seguridad en sí misma es una característica que ella no duda en manifestar en las tareas o actos cotidianos de cada día.

Por ejemplo, la presencia de la mujer en los anuncios de coches ha avanzado hasta el punto de que ahora es ella la que empieza a prestar su voz para alabar las virtudes del producto anunciado. La voz en off en los anuncios de vehículos y accesorios ha sido, desde los orígenes de la publicidad televisiva, un coto exclusivo de los hombres. Sin embargo, la mujer en la publicidad actual es también voz en off en este tipo de spots. Se convierte en experta y habla de asuntos relacionados con tecnología y mecánica, porque también sabe de esas cosas, ya no es un asunto del que solo entiendan los hombres.

Ejemplos visuales de campañas publicitarias discriminatorias:





3.3. El derecho a la propia imagen

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tutelados por la CE, por el Código Penal y por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los mencionados derechos, son los más susceptibles de colisionar con la libertad de expresión.

La legislación es mucho más estricta en la protección de estos derechos frente a los mensajes publicitarios que frente a los mensajes informativos porque no podrán reproducir o difundir contenidos que afecten al honor, intimidad o imagen de terceros con fines comerciales sin consentimiento del interesado aunque aleguen que media el interés general o sean contenidos ya divulgados y conocidos previamente. También la captación de la imagen de personas con cargo público o una profesión de notoriedad pública sin su consentimiento cuando nos movíamos en el contexto del derecho a la información es ilícita si se utiliza con fines publicitarios o comerciales.

Desde 1998 se utiliza en España la doctrina norteamericana del *right of publicity*, en el que se asocia el aspecto económico con la intimidad y propia imagen, es decir, la posibilidad de cesión del uso de ciertos derechos de la personalidad para fines comerciales. El Tribunal Supremo español recurrió a esta doctrina que separa la doble vertiente de los derechos de la personalidad (personal y económico) en el “caso Emilio Aragón”. El demandante, Emilio Aragón, alegó la vulneración de su derecho a la propia imagen por el uso no autorizado de su identidad con fines comerciales llevado a cabo por la empresa Proborín S.L.:

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998 y Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo. “En la publicidad de un desodorante para pies aparecían unas piernas masculinas vestidas con smoking o pantalón negro y zapatos deportivos blancos, junto al slogan “la persona más popular de España está dejando de decir “te huelen los pies”. En esa época el presentador y artista había popularizado esa vestimenta popular e informal. También había lanzado con éxito, su disco “Te huelen los pies”. En el Tribunal Supremo la clave interpretativa vino de la reconocibilidad, ya que no podía afirmarse que el personaje fuera Emilio Aragón al no aparecer su nombre ni su rostro en el spot”.

El Tribunal, aunque rechazó la demanda porque negó la reconocibilidad del artista, marcó una nueva tendencia en la forma de ser entendida la protección de la propia imagen y de los derechos de la personalidad.

3.3.1. Delimitación caracteres jurisprudenciales de la propia imagen

La imagen se presenta como elemento esencial de la personalidad y representa, a diferencia del honor e intimidad, una capacidad comunicativa. A pesar de diferencias como esta, estos tres derechos que concurren en el art. 18.1 también tienen un nexo entre ellos, por ejemplo, el derecho a la propia imagen se trata con independencia del derecho a la intimidad porque a través de la imagen se viola más fácil y frecuentemente la esfera privada de la persona, pero el derecho a la misma no es más que un aspecto de la tutela de la intimidad. También se está en presencia de un derecho de la personalidad que se encuadra también dentro del derecho de libertad, entendido éste como el que faculta a toda persona a hacer todo lo que no esté prohibido por la ley y, en consecuencia, a exigir de los demás el

respeto de esa autonomía. En definitiva, es un derecho innato, de carácter privado y personal, transmisible mortis causa, irrenunciable, inalienable (valor del consentimiento) e imprescriptible.

A delimitar el concepto de propia imagen ha contribuido la jurisprudencia, tanto del TS como el TC, tras la Ley O. 1/1982. El TS, en sentencia 17-11-1992, acerca de la extensión del concepto, que abarca “no solo a la figura, representación, semejanza o apariencia de una persona equivalente a la representación gráfica de su figura mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, sino también a los rasgos o pautas de comportamiento que transmite una persona en el orden social de manera que la distorsión por medio de palabras de ese “retrato social” atenta contra la misma...”, que no es así por cuanto la “imagen social de una persona equivale a su reputación, o sea, a la conceptualización de sus cualidades y estado; en definitiva, a su fama que está protegida por el derecho al honor”.

El TC, por su parte, en sentencia 170/1987, de 30 de octubre concreta que los “derechos a la intimidad y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 CE, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la propiedad reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto”.

Más recientemente la TC 81/2001, de 26 marzo, señala que tal derecho “... se configura como un derecho a la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública”. Facultad subjetiva que, por tanto, precisa de consentimiento de la misma persona para ser obtenida, y sin que importe la finalidad. De ahí que concrete que se trata de “un derecho autónomo... aunque... guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad...”. “Lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su nombre ni dan a conocer su vida íntima...”. Aunque se otorgue el consentimiento en el entorno de una relación contractual deberá estarse a la casuística, a las posibilidades de revocación, que es posible en todo momento, siempre que se ejercite oportuna y adecuadamente.

También cabe señalar los diferentes supuestos que se pueden dar respecto al derecho a la propia imagen como el de ser una persona con o sin notoriedad pública como se ha visto anteriormente:

- Persona jurídica:

Anteriormente venía a decirse que la persona jurídica no tenía honor, intimidad, ni propia imagen.

STC 139/1995, de 20 de septiembre, “La Constitución, además, contiene un reconocimiento expreso y específico de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones o las asociaciones tienen reconocido el derecho de su propia existencia”.

Tal planteamiento sirve de justificación a lo que a continuación indica: “En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, solo en defensa del interés legítimo en el sentido del art. 162.1.b) de CE, sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de eficacia de las mismas, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social. Este pronunciamiento resulta esencial por cuanto supera aquella afirmación que presidía las resoluciones judiciales de que las personas jurídicas tienen prestigio pero no honor”. Por tanto, puede considerarse integrado en el ámbito de protección que reconoce el art. 18.1. CE, es decir, siempre que se atente al honor de persona colectiva incidiendo en el derecho de las personas que la conforman, surge el derecho de aquélla para instar su protección. Ahora bien; el TC se ocupa de aclarar que “... esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental”.

Por tanto, concluye la Sentencia, “la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer de la consideración ajena” (Art. 7.7, L.O. 1/1982).

También puede utilizarse el nombre o la descripción de una persona jurídica a fin de aumentar los beneficios comerciales de otro con su fama. En el caso de las sociedades mercantiles el problema se resuelve aplicando la normativa de marcas y patentes. Además puede existir derecho a la imagen de un conjunto de personas, cuando éstos tienen una personalidad conjunta, como puede ser el caso de un grupo musical. Los animales pueden ser también titulares del derecho a su imagen, que corresponderá a sus amos, mientras que en ningún caso pueden tener derecho a la intimidad. Lo mismo puede defenderse para los objetos inanimados, como puede ser un coche con características especiales.

- Captación colectiva de la imagen:

La Ley O. 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad guarda relación inevitable con la norma sobre Protección de Datos de carácter personal por cuanto aquélla supone captación de imágenes y sonidos y su guarda y custodia, aunque fuere por tiempo determinado.

La Exposición de Motivos de la Ley de 1997 muestra la preocupación del legislador por salvaguardar el equilibrio entre el “uso de los medios de grabación” y las “garantías precisas para que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución sea máximo y no pueda verse perturbado con un exceso de celo en la defensa de la seguridad pública”.

Los criterios que han de tenerse en cuenta para la autorización tienen exclusiva relación con la seguridad ciudadana (protección de edificios e instalaciones, constatar infracciones y prevenir los daños a las personas y bienes, según art. 4), y tales actos se llevan a efecto observando de las prescripciones legales, no constituirían intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a los efectos de lo establecido en el art. 2.2 de Ley O. 1/1982, de 5 de mayo.

- Menores:

En este apartado ha de reseñarse la especial consideración que el menor de edad merece. La Ley de Protección Jurídica del Menor sanciona en el art. 4 el derecho del menor al honor, intimidad y propia imagen.

El TEDH tiene dicho “que cuando se trata de problemas de la infancia y de su proyección en el ámbito del Derecho, suele decirse que lo importante es el propio niño. Por tanto si se produce una oposición de intereses, el que ha de prevalecer es el del niño”. La Ley O. 1/1996, 15 enero, subraya que “... la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal...”. En este sentido podría citarse como antecedente la STC 36/1991, que indica que “... no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse... en los mismo términos. Tal es el caso del principio de publicidad, en donde razones tendentes a preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones, podría justificar su restricción”.

En cuanto al derecho a la propia imagen se refiere, prevalece, el denominado interés superior del menor hasta el extremo de que la Ley O. 5/2000, de 12 de enero, en el art. 35.2 determina que “El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y “en ningún caso” se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación”. Los criterios siguen siendo restrictivos en cualquier circunstancia.

Un ejemplo es la STS 1838/2012, de 26 de marzo de 2012, en la que Antena 3 Televisión y D. Roque y la entidad Cuarzo Producciones y D. Pedro Miguel, presentador del programa “A Tres Bandas”, mostró sin tapar el rostro de los hijos menores de D. Hermenegildo y Dña. Sara sin consentimiento de éstos, siendo plenamente reconocible, lo que vulneró el derecho a la imagen de los menores. Respecto al presentador se declaró que “no participó en el proceso de elaboración ni selección de contenidos y que nada pudo hacer para cortar las imágenes, sin que se le pudiera atribuir responsabilidad por el artículo 62.5 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 por no tener intervención causal en el hecho”.

- Actor:

Se han utilizado intervenciones de actores para ambientar otros programas pero sin indicación de que las escenas (sin consentimiento) correspondían a determinada obra, película, etc. Tal es el caso que contempla la STS 9484/1993. Se consideró la existencia de intromisión ilegítima porque “extraer de un mundo de ficción, como es normalmente el de una película, escenas escabrosas que exhiben conductas que no favorecen la fama o buen nombre de “quien en la vida real las ejercitara”... sin hacer referencia a la procedencia... quieren los productores de películas que... tienen derechos conferidos por la Ley de Propiedad Intelectual, pero derechos que no se ejercen conforme a ley cuando se extraen imágenes, se mutila la película y se da ocasión a lesionar la reputación”.

- Persona fallecida:

Por último, hay que ver cuál es la protección de la imagen de la persona fallecida. Ya la Exposición de Motivos de Ley 1/1982, junto con el art. 4 de esta Ley¹⁷, decía que para el supuesto de fallecimiento del titular del derecho lesionado hay que atender al “momento en el que la lesión se produjo y, aunque la muerte extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho”.

Finalmente, la publicación de la imagen de una persona puede suponer la violación de uno de los siguientes derivados del derecho de la propia imagen o incluso los tres al mismo tiempo:

- Imagen e intimidad:

“Derecho a preservar la propia imagen como una vertiente del derecho a la intimidad de la persona”. Dicho derecho impide que se divulgue nuestra imagen, salvaguardando un espacio de intimidad personal y familiar que queda fuera del conocimiento de terceros. El artículo 7.5 de la Ley española 1/82 de 14 de mayo, de protección al honor, regula esta faceta del derecho a la propia imagen.

- Imagen y falsa apariencia:

“Derecho a evitar que nuestra imagen se asocie ante los demás a unas ideas, productos o situaciones que consideramos rebajan el concepto que de nosotros tiene la sociedad o que distorsionan nuestra manera de pensar”. Semejante a la difamación.

El interés protegido es la reputación, ya que supone atribuirnos unas actuaciones que nosotros no hemos hecho, ni deseamos hacer. Se crea una falsa apariencia y que la doctrina anglosajona conoce como *false light*. Cuando se utiliza una imagen para promoción publicitaria, el público asocia instintivamente la imagen de la persona que aparece en el anuncio con el objeto anunciado y esta asociación puede no ser querida por el titular de la imagen por considerar que distorsiona su manera de ser ante el público.

- Imagen y valor comercial:

“Derecho a controlar el uso comercial de la propia identidad y a obtener provecho de los valores publicitarios que hemos creado u obtenido sobre nuestra imagen”, artículo 7.6 de la ley citada. Se trata del derecho que los anglosajones denominan *publicity right* y que

¹⁷ El art. 4 de la Ley O. 1/1982 declara:

- “El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.
- No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.
- A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a la instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento”.

podría denominarse en castellano derecho al valor publicitario de la imagen. Podría definirse como el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios o comerciales.

Ante el supuesto de violación de los tres derechos a la vez, el perjudicado puede escoger cualquiera de las tres acciones, según considere perjudicados sus sentimientos o sus intereses económicos, teniendo en cuenta que aquel que reclama por violación de su intimidad no desea que su imagen se divulgue de ninguna manera, mientras que el que reclama por false light podría aceptar la divulgación en otro contexto y el que reclama porque desea participar en los beneficios generados no puede al mismo tiempo reclamar por violación de la intimidad, porque lo que pretende no es evitar la divulgación sino aprovecharse de ella.

Pero para que pueda hablarse de violación de este derecho deben darse los siguientes requisitos:

- Utilización in consentida por su titular.
 - De la identidad de una persona.
 - Con fines comerciales o análogos.
 - Siempre que se produzca un daño.
-
- Utilización in consentida por su titular:

En el caso del derecho a la imagen el consentimiento del titular para su utilización no es una mera autorización, como sucedería en el caso de la intimidad, sino un consentimiento contractual que supone un acuerdo para la cesión de la imagen con o sin exclusiva, consentimiento que debe ser prestado por persona con capacidad para contratar. Pero la revocación del consentimiento puede producirse en cualquier momento, convirtiéndose retroactivamente en ilegítimas intromisiones que antes eran consentidas.

Un ejemplo claro es la STS 7892/2011, 30 de noviembre de 2011, en la que Dña. Julia interpuso una demanda a José Sánchez Peñate, S.A. y Atlantis Publicidad, identificada como Juan José Fuentes Tabares, S.L. Dña Julia accedió a realizar un pequeño spot, junto con su recién nacida, en las instalaciones de Atlantis Publicidad, aunque la prueba fue desechada. Dña. Julia había comprobado que José Sánchez Peñate, S.A. utilizaba, desde hacía al menos dos años, su imagen y la de su hija menor, para promocionar los productos Millac-Lactantes”. Pero José Sánchez Peñate, S.A. había registrado la marca española número 2.556.601 con la imagen de la actora y su hija, sin que se hubiera formulado oposición por parte de ella ni de nadie, razón por la que tenía derecho a continuar en el uso de su signo; además, la demandante había posado voluntariamente con el fin de que su imagen fuera captada para ser publicada, percibiendo a cambio sumas de dinero. Por tanto se declaró que no hubo intromisión ilegítima.

Por otra parte, el art. 8.2 de la Ley O. 1/1982 considera justificada la intromisión cuando “su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público”.

Evidentemente excluye a “aquellas autoridades o personas que desempeñan funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

Por ejemplo es la STS 5723/2012, 28 de junio de 2012, en la que Palmira y Moisés denuncian a Epifanio y Multiediciones Universales SL. “por un artículo publicado en la revista ¡Qué me dices! que consiste en un texto en el que dice que el matrimonio de Palmira y Moisés se desplazó al aeropuerto de Barajas para coger un avión. Se publican al tiempo cuatro fotografías, dos de Moisés en solitario, una grande y una pequeña de Palmira en solitario y otra de los dos juntos sentados en una cafetería. Finalmente, se considera que: “a) se ha efectuado una ponderación incorrecta entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la libertad de información, debiendo declararse la prevalencia de este último con base en la condición de personaje público de la demandante, en el interés general de la información y en el carácter público del lugar en que se tomaron las fotografías publicadas por la revista, b) resulta aplicable al caso de exclusión contemplada en el artículo 8.2.a) LPDH¹⁸ c) las fotografías no reflejan situación o actitud que pudiera afectar a su ámbito íntimo sino que simplemente constatan su presencia en los lugares públicos indicados”.

Y es que las personas famosas tienen un derecho a la intimidad limitado, ya que al aceptar la fama renuncian tácitamente a parte de su intimidad, cualquiera de ellas puede protestar si se utiliza su identidad con fines comerciales, ya que ésta acostumbra a tener gran valor en el mercado. No obstante, muchas personas no famosas tienen características que alguien puede encontrar valiosas con fines publicitarios y que por ellos tienen un valor de mercado, por lo que también gozan de protección constitucional. Lo que ocurre es que en el caso de personas famosas el valor comercial de la imagen es mayor, y la violación de sus derechos más frecuente.

Finalmente, puede verse que en todo caso se precisa:

- 1) “La concurrencia de relevancia pública y social de los hechos.
- 2) La participación o involucración de la persona en los mismos de forma que sea procedente analizar competencia, aptitud y actuación profesional de la misma.
- 3) No acudir innecesariamente al descrédito, desprestigio o descalificación global del afectado.
- 4) La concurrencia de veracidad, si bien ha de entenderse, primero con alcance diferente según se trate de honor o intimidad y, segundo, que se trata de requisito que ha de ponderarse en relación con la diligencia y no interpretarse como valor absoluto”¹⁹.

Ahora bien; se producen otros muchos supuestos en que, además de los criterios generales indicados, deben valorarse otras circunstancias, tales como relación familiar de la persona, popularidad de la misma considerando que ello conlleva necesariamente licencia para la intromisión, etc. O bien concurrencia de tales derechos fundamentales con otras normas del ordenamiento jurídico, sean de carácter tributario, disciplinario, de seguridad, relaciones en el trabajo, que obligan a tener en cuenta otros factores concurrentes.

¹⁸ LPDH 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.

¹⁹ ALEGRE MANTÍNEZ, M. ÁNGEL: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. Universidad de León, 1996, pág. 166.

- De la identidad de una persona:

Se protege el nombre, la voz, la imagen, pero sobre todo se protege la identidad. En algunos casos lo que se utiliza no es la imagen de una persona sino la de un doble o imitador suyo, explotando de esta manera la fama de otro. Si no es posible identificar al demandante no hay violación del derecho, pues es fundamental reconocerlo. En determinados casos puede identificarse al titular a través de su coche, de su perro, de su estilo de moverse, de una frase, de su biografía, de su apodo.

- Con fines comerciales o análogos:

La imagen se puede utilizar como parte de un anuncio para a promocionar las ventas, realzar un artículo que desea venderse, añadir prestigio a una empresa, etc. en algunos el beneficio económico es claro: casos en que se utiliza la imagen para promocionar las ventas de un producto o que se comercializa la misma imagen incorporada a diferentes objetos, como camisetas, pósters o productos análogos. En otros casos el beneficio económico se produce de forma más indirecta, como cuando se utiliza la imagen en obras informativas o de entretenimiento; no obstante los autores de estas obras no actúan con fines filantrópicos.

La protección del derecho de todo ciudadano a obtener beneficios de su esfuerzo debe valorarse en relación al imperativo constitucional de protección del derecho a la información y a la libre circulación de ideas.

- Siempre que exista daño:

La existencia de daño se exige de manera general en temas de responsabilidad y que en cambio no se exige en materia de intimidad donde el daño se presupone.

Cuando se trata de una violación de la intimidad, el daño producido es sólo moral; cuando se trata de apropiación comercial de la imagen se producen daños morales y daños patrimoniales.

- a) El daño económico:

Algunos autores defienden que el uso de la imagen de los famosos por los medios de comunicación supone una propaganda gratuita para los mismos, por lo que más que de daño debería hablarse de beneficio, o como mínimo ambos se compensarían. No obstante parece claro que cuando se trata de personas famosas existe un daño patrimonial que se basa:

- o En una disminución de los ingresos que pueden obtenerse por esta vía.
- o En el hecho de que ningún otro comerciante de un producto similar va a solicitar sus servicios.
- o En el enriquecimiento injusto del infractor, que ha obtenido beneficios a costa de la identidad de otra persona sin compensarle por ello. Cuando se trata de personas desconocidas este aspecto tiene especial importancia, pues el valor en mercado de la imagen de una persona corriente es poco.

El uso de la imagen de una persona en publicidad produce además casi siempre daños para el consumidor, tanto si el titular ha consentido el uso como si no lo ha consentido. En ambos casos el usuario tiende a pensar que la persona que presta su imagen avala la calidad del producto, lo que no es cierto, en el primer caso, ni en aquel en que el titular haya autorizado el uso, ya que ello no quiere decir que avale el producto.

En caso de utilización comercial el daño económico siempre existe, aunque puede ser que el titular no quiera reclamar por este motivo. Por ello, puede ser errónea la posición del Tribunal Supremo en algunas de las sentencias que sobre esta materia se han dictado en España.

El daño siempre es difícil de medir ya sea patrimonial o moral. La demanda puede basarse en la existencia de un enriquecimiento injusto por parte del demandado; se valoraría así el beneficio obtenido por éste y ésta sería la cantidad a abonar al demandante. La posibilidad de reclamar basándose en la existencia de un enriquecimiento injusto permite obtener una indemnización tanto a las personas famosas como a las desconocidas. La valoración del daño puede basarse en el valor comercial de la imagen utilizada en el mercado y consideran posible obtener indemnización aunque el demandado no haya obtenido ningún o poco beneficio con la utilización, ya que si el infractor ha obtenido mucho beneficio ello se debe también a su habilidad, aunque este hecho pueda llevar a aumentar o disminuir la indemnización fijada. El valor en el mercado de la imagen puede establecerse teniendo en cuenta el nivel de fama alcanzado por el titular, las ganancias que haya obtenido en contrato previo de cesión de su imagen o las ganancias que obtienen otras personas famosas.

La solución más correcta sería que el perjudicado pudiera elegir entre valorar el enriquecimiento injusto que ha obtenido el infractor o valorar el precio de su imagen en el mercado. Es posible también considerar que lo que debe hacerse es conceder una indemnización mayor o menor teniendo en cuenta si la utilización ha disminuido las oportunidades de futuros contratos para el titular o si ha existido o no un enriquecimiento por parte del infractor.

Además de poder exigir compensación, o paralización de la actividad, el perjudicado debe poder controlar el uso que se hace de su imagen; hay tipos de explotación que perjudican más que benefician o que impiden beneficios en el futuro aunque de momento no sean perjudiciales. También sería posible que el titular exigiera que se publicara que su imagen se utilizó sin su consentimiento, a fin de reparar los daños morales que esta distorsión le puede haber producido.

b) El daño moral:

Como en el derecho de autor, el derecho a ser indemnizado por los daños morales sufridos es igual para todo el mundo. La única diferencia tanto en imagen como en el derecho de autor es que si la persona es famosa, la estimación del daño económico causado por la infracción será superior.

Todo uso comercial no consentido es ultrajante, pero puede serlo más si además apoyamos un determinado producto con mala fama o determinadas ideas que no compartimos. Además puede provocar un daño a la reputación o a los sentimientos y entonces la indemnización es mayor, pero el daño patrimonial siempre ha de existir.

3.3.2. Límites a la propia imagen: propósitos de uso

La utilización de la imagen puede pretender informar, entretener o únicamente vender con más facilidad un producto. Cuando la utilización de la imagen se da en un marco de carácter comercial, en la mayoría de los casos no llega a existir un conflicto constitucional, pero el problema surge cuando esa finalidad comercial coexiste con la informativa o la cultural y se necesita fijar de la manera más clara posible en qué casos el principio de libertad de expresión limita el derecho a la imagen. Los Tribunales pronto se dieron cuenta de que los diarios y las revistas, aunque pretenden también informar al público y por ello cumplen una función social, no son instituciones filantrópicas.

a) La utilización de la imagen con finalidad informativa:

La utilización realizada por diarios, revistas, radio o televisión, al tener una finalidad informativa, excluye, en muchos casos, la responsabilidad por uso inconsciente de la imagen. No obstante:

- El uso no es permitido en el caso de que la imagen de la persona no tenga relación con la noticia en sí. En este caso la utilización o es errónea o pretende explotar la imagen utilizada.
- Cuando se ofrece una información real pero irrelevante, se trata también de explotar la imagen para aumentar ventas y no para informar, divulgando informaciones que de otra manera no serían conocidas por la gente.
- También es posible probar que la utilización de la imagen del demandante era excesiva para conseguir la finalidad informativa que se proponía. No está justificado utilizar la imagen de una persona más allá de lo estrictamente necesario para informar al público, de lo contrario se perjudican sus intereses económicos sin justificación.

b) La utilización de la imagen con finalidad de entretener:

Cuando se incluye la historia de una persona en una obra, ésta debe ser verdadera, si se pretende que esté protegida como obra informativa; en el caso de que sea ficción deberá quedar claro para el espectador que los hechos relatados son ficción y en este caso también puede estar protegida como obra de entretenimiento.

Para que la utilización de la imagen no comporte responsabilidad es necesario que la obra en que se incluye suponga una aportación creativa, no es suficiente que sea una obra protegida por la ley de propiedad intelectual.

c) La utilización de la imagen con fines publicitarios:

Se trata de un uso claramente comercial que no tiene protección constitucional, aunque la protección del comercio sea también de interés público.

La infracción puede producirse por uso publicitario de la imagen o por la utilización de ésta para promocionar la venta de otro producto, o puede ser la misma imagen la que se comercializa, como en el caso de venta de posters o estatuas de una persona. De manera excepcional sería posible que no existiera responsabilidad cuando el uso de la imagen fuera claramente incidental.

3.3.3. Diferencias y similitudes con otros derechos

Es un derecho difícil de delimitar porque la distinción entre el derecho a la intimidad y derecho al valor comercial de la imagen es un foco de confusión: el derecho al valor comercial de la imagen se trata de un derecho que combina consideraciones de intimidad y de uso comercial. Por ello, este derecho no puede regularse a base de reunir algunas normas personales y otras patrimoniales procedentes de leyes diferentes, sino que debe tener un tratamiento coherente y uniforme, como sucede con el derecho de autor, por lo que debería regularse de forma autónoma como un apartado dentro de una ley que contemplara otros derechos regidos por iguales principios.

El derecho a la intimidad es un derecho de la personalidad con todas las características que ello conlleva, principalmente en relación a la transmisión inter vivos o mortis causa del derecho. El derecho al valor publicitario de la propia imagen, en cambio, es un derecho de propiedad, por ello es cedible inter vivos o mortis causa como cualquier otro derecho de esta naturaleza.

La finalidad que persigue el titular del derecho a la intimidad es que no se divulgue su imagen. La finalidad del titular del derecho al uso comercial de la imagen, por el contrario, es compartir los beneficios de la difusión y controlarla. Así, el ejercicio del derecho a la intimidad exige que con anterioridad su titular haya preservado su intimidad de la curiosidad del público, mientras que para el ejercicio del derecho al valor publicitario de la imagen no es necesaria una previa actuación.

Además, la violación de la intimidad hay que probarla y ver el ámbito de protección que merece cada persona; la violación del derecho al valor publicitario también hay que probarla, pero el valor comercial de la imagen se presume desde el momento que ha sido utilizada por el infractor y sólo es necesario medir la intensidad del daño para establecer la compensación que deberá pagar el infractor.

La violación del primer derecho afecta fundamentalmente a los sentimientos, aunque puede afectar también al bolsillo (por desprestigio), mientras que la violación del segundo afecta primordialmente al bolsillo de su titular, pero puede afectar también a sus sentimientos, si se da, por ejemplo, una falsa imagen de la persona. El importe de la compensación económica depende, en el primer caso, de los daños causados a los sentimientos mientras que en el segundo se basa en la valoración del beneficio obtenido por el infractor.

Las consecuencias de la violación del derecho a la intimidad son que el perjudicado intentará proteger de manera más efectiva todo aquello que desee preservar de la curiosidad pública; y, en el caso del derecho al uso comercial, el perjudicado continuará promocionando su propia imagen.

A pesar de todo, la infracción del derecho a la propia imagen va, más frecuentemente, asociada a la doctrina anglosajona denominada *false light* que a la intimidad. Es decir, al derecho antes descrito a evitar la asociación de nuestra imagen con situaciones que rebajan o distorsionan el concepto que de nosotros tiene la sociedad. Cuando se utiliza la imagen de una persona para anunciar un producto el público tiende a pensar que dicha persona avala la calidad del mismo. Por ello la publicación incontestada de la imagen puede producir no sólo daños patrimoniales, sino también daños morales.

Por otro lado, si consideramos el derecho al valor publicitario de la imagen como un derecho de propiedad intelectual supone afirmar que los atributos personales, a diferencia de los sentimientos, pueden separarse de su titular y ser objeto del derecho de propiedad. Las consecuencias de esto son que el derecho es transmisible inter vivos, es decir, el cesionario es titular del derecho y puede defenderlo frente a terceros, y el derecho es transmisible mortis causa. Además, el derecho es hipotecable y ha de ser tenido en cuenta en caso de disolución del régimen de gananciales.

Algunos autores defienden que el derecho ha de ser transmisible inter vivos y mortis causa abarcan tanto el interés del propio titular, y que pueda controlar quién va a utilizar su imagen después de muerto y vea más valorada su imagen mientras viva, como el interés de los cesionarios, porque no van a realizar gastos de promoción de la imagen si no pueden defender sus derechos frente a terceros, como la prioridad de los herederos ante los extraños, y el interés de la sociedad en general, ya que los titulares tendrán un incentivo más para invertir en su imagen. Por ejemplo una cesión en exclusiva del derecho tendría un precio superior, ya que la naturaleza del derecho exige la protección de los cesionarios, de esta manera podrán invertir en la promoción de su imagen sin el riesgo de perder lo invertido. Pero además el titular podrá cobrar más en vida porque el cesionario va a poder seguir explotando la imagen después de muerto el titular. También defienden que el derecho debe transmitirse a los herederos porque así se recompensan los esfuerzos del titular. Cabe presumir que éste prefiera que se aprovechen de su imagen sus herederos antes que los comerciantes en general.

Esta posición supondría tener que enfrentarse con dos problemas: evitar que los herederos de personas que fallecieron muchos años atrás pudieran negarse a que se divulgara la imagen de una persona famosa, lo que comportaría una limitación indefinida a la libre circulación de ideas. También comportaría un problema grave de identificación de herederos, que dificultarían la obtención de consentimientos y repercutirían también en perjuicio de la libertad de expresión.

Otros autores piensan que el derecho finaliza con la muerte del titular, como sucede en el caso del derecho a la intimidad. Argumentan que si no podría suponer un peligro para la libertad de expresión y libre circulación de ideas porque, ya que toda la sociedad ha participado en la creación de la fama, también después debería poder beneficiarse de ésta, así la libre utilización de la imagen llevaría a precios más baratos y mayor variedad de productos en el mercado.

La mayoría de los autores piensa que el derecho de los herederos debe estar limitado en el tiempo. Con el paso de los años disminuye el valor de la imagen del fallecido porque el público deja de recordarlo; si posteriormente resurge su valor es que otras personas han revitalizado su memoria y, por tanto, ya no es justo que sean los herederos los beneficiados.

Otros piensan que el derecho debe durar mientras sea ejercitado o mientras el recuerdo del titular esté vivo entre la sociedad. También se defiende que el derecho perviva mientras viva el cónyuge, como las patentes, o cualquiera de los hijos, pero no después. Otros autores proponen que se estudie caso por caso la extinción del derecho según el parentesco, el valor de la imagen y el tiempo pasado, pero esta teoría, además de complicada, es peligrosa, ya que conlleva una gran inseguridad jurídica.

Desde otro punto de vista, algunos tribunales americanos admiten la transmisibilidad mortis causa, pero exigen para ello que el titular haya ejercitado el derecho

durante su vida. Podría decirse que la opción de utilizar la imagen es una opción personalísima y que sus herederos no pueden hacerla actuando en nombre de su titular. Lo único que podrán hacer sus herederos es mantener la misma actitud de no divulgación que mantuvo el causante e impedir que otros utilicen la imagen del fallecido en cualquier concepto, utilizando para ello la vía de defensa de la intimidad para la que sí están legitimados.

3.3.4. Reconocimiento del derecho

Al contrario que en España, este derecho no está reconocido en Gran Bretaña (allí tampoco se reconoce el derecho a la privacidad), en cambio, se protege indirectamente a través del *British Code of Advertising Practice*. El concepto es muy limitado y sólo afecta a personas vivas, se puede resolver también a través del “*passing off*” *false advertising* o libelo.

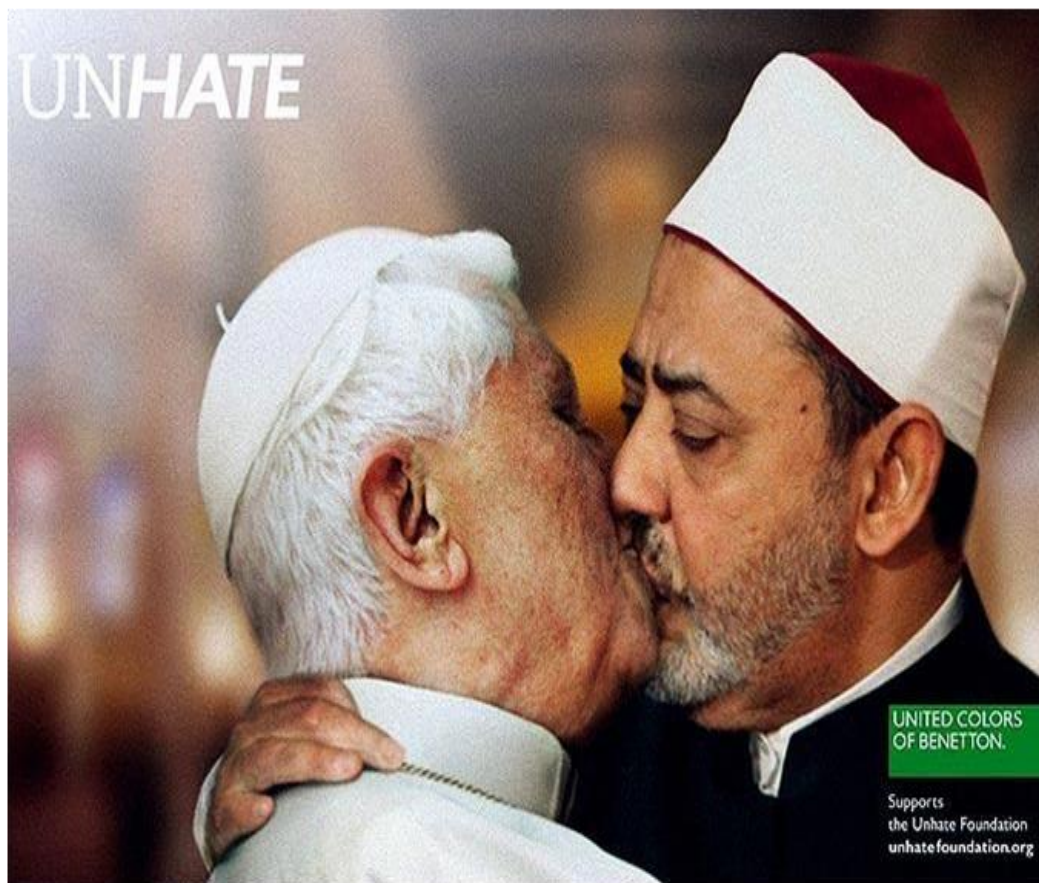
En Australia no se reconoce tampoco el derecho y hay que recurrir al *passing off* para proteger a sus titulares; esta acción tiene una amplitud mayor que en Gran Bretaña.

En Canadá los tribunales reconocen un derecho de propiedad sobre la imagen. En Japón, Alemania, Francia e Italia también se reconoce este derecho.

En Noruega regula el derecho la *Act on Copyright in Photographs* de 1960. En el mismo año se recoge en las *Copyrights Acts in Photographs* de Finlandia y Suecia.

Ejemplos visuales de campañas publicitarias que atentan contra la propia imagen:





4. CONCLUSIONES

1. El **derecho a la libertad de expresión** implica la libre expresión de ideas, pensamientos, opiniones, sobre cualquier materia o persona salvo en los casos en los que carezca de interés público, sea ofensiva o vejatorio, o atente contra los límites del art. 3 LGP, como la dignidad, excepto en los casos del derecho al honor, a la intimidad y al propia imagen en los que debe prevalecer la libertad de expresión para garantizar valores propios de una democracia como el pluralismo, tolerancia, etc.

La publicidad representa una manifestación de la libertad de expresión. Tanto el derecho norteamericano como el derecho europeo reconocen la manifestación mixta del discurso publicitario: la dimensión comunicativa, expresiva e informativa y la dimensión económica o comercial, al igual que reconocen su protección. El derecho norteamericano emplea el *Central Hudson Test* para distinguir la regulación de la comunicación comercial de la regulación que de otras formas de discurso. El derecho europeo se basa en la jurisprudencia del TEDH y el TJCE pero no comparten la misma visión de los derechos humanos fundamentales lo que provoca diferencias y la falta de una relación formal y estable entre estas instituciones.

El establecimiento de la frontera entre discurso público y discurso comercial es uno de los principales problemas de la doctrina del *Commercial Speech* y, por lo tanto, el grado de protección que se ofrece al discurso comercial, pues transmite valores como la libertad, la igualdad, la salud, la ecología y el desarrollo sostenible, etc. La publicidad ha dejado de ser una actividad estrictamente comercial para pasar a desarrollar, al mismo tiempo, una labor educativa o de concienciación.

En general, es difícil ofrecer una única regla que cubra todos los aspectos conflictivos en este ámbito del *Commercial Speech* porque existen diferentes conceptos de discurso comercial, que se incluyen en diferentes prácticas sociales, y hay considerar una multiplicidad de contextos, evaluar las consecuencias de una determinada limitación, etc. Por todo esto, al igual que el derecho norteamericano, se debería reconocer cierta autonomía a los jueces para pronunciarse.

2. La **dignidad** es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo ser humano. Es independiente de la edad, inteligencia y salud mental. No admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias, o que la persona sea considerada un instrumento o medio para otro fin.

En todos y cada uno de los derechos fundamentales se proyecta la dignidad, como en el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la protección de la salud y a la seguridad social, a la libertad personal y, el derecho al honor, intimidad personal y familiar. La dignidad humana se constituye en una barrera o límite a toda reforma constitucional que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla.

La dignidad humana es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el ordenamiento jurídico. En tal sentido, se destaca ante todo la Declaración Universal de Derechos Humanos que afirma que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos» (artículo 1º).

Con posterioridad, el concepto de dignidad humana fue retomado por los dos Pactos internacionales de derechos humanos de 1966 y por los instrumentos condenatorios de una serie de prácticas contrarias al valor de la persona, tales como la tortura, la esclavitud, las penas degradantes, las condiciones inhumanas de trabajo, las discriminaciones de todo tipo, etc. En la actualidad, la noción de dignidad humana tiene particular relevancia en las cuestiones de bioética.

En términos de dignidad, el derecho confiere al menor una protección especial por encontrarse en pleno desarrollo físico, intelectual y moral, es decir, aún no tienen el suficiente criterio para poder protegerse ellos mismos como receptores de la publicidad. Además esta protección es muy importante por el uso excesivo que se está haciendo actualmente de su imagen, siendo en muchos casos innecesaria y sin relación con el producto o servicio promocionado.

3. Relacionado con la dignidad de la persona, está el **principio de igualdad** recogido en la Ley Orgánica 1/2004, que pretende combatir la **discriminación** en la publicidad, con especial atención a la mujer, a través de dos líneas de actuación: desterrar la imagen estereotipada de la mujer como en el ámbito doméstico, subordinada al varón, y corregir el uso excesivo de la mujer como objeto erótico para conseguir la total igualdad entre hombres y mujeres a nivel laboral, personal y publicitario.

Un defecto que tiene la publicidad es que ha utilizado a la mujer como objeto para conseguir vender productos o servicios. Se utilizan sus cuerpos como reclamo porque los hombres desean poseerlos y, a su vez, las mujeres desean ser como ellas. El problema es que esos cuerpos fomentan insatisfacción en las mujeres porque no pueden alcanzar ese objetivo y, por tanto, desembocan en enfermedades como la anorexia o la bulimia.

Cuando el objeto de la publicidad es vender productos destinados a solucionar alguna disfunción de la salud como el estreñimiento, las hemorroides o la incontinencia se utiliza la imagen de una mujer entrada en años y no muy agraciada, pero ambos sexos comparten esos mismos problemas a cierta edad; y si se trata de problemas como la calvicie, que es mayormente un problema masculino, se utiliza a hombres que, a pesar de todo, son atractivos.

Se sigue utilizando a la mujer para anunciar productos del hogar, en cambio, ya no solo como ama de casa sino como mujer trabajadora que además tiene que ocuparse del hogar. A veces, también aparecen los hombres realizando tareas domésticas pero como ayudas ocasionales a la mujer.

Este trato distintivo entre hombres y mujeres se empieza a fomentar desde la infancia a través de los anuncios. Fomentan en las niñas los roles de madre y ama de casa (cocinitas y muñecas) y en los niños la competitividad y el afán de lucha (juegos de competición, coches y muñecos guerreros).

Es importante la actitud que los medios de comunicación y la publicidad toman ante la imagen de la mujer por su capacidad de influir en la sociedad y crear estereotipos. Éstos refuerzan pautas y modelos ya existentes impidiendo ofrecer una imagen real de la mujer. A pesar de todo, se están configurando nuevos estereotipos aplicables a las mujeres en los que hay una visión más positiva y no degradante.

En definitiva, los anunciantes deben saber dirigirse al sector femenino y tratarlo bien porque son ellas quienes organizan la vida familiar y sus respectivos gastos.

4. Debido al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión, la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se produce muy a menudo, por ello, es muy importante saber que no se podrá hacer uso de esos contenidos con fines comerciales sin consentimiento del titular de esos derechos, aunque aleguen que media el interés general.

El **derecho a la propia imagen** y la intimidad forman parte de los bienes de la personalidad pero es a través de la imagen como más fácilmente se viola la esfera privada. Y, a diferencia de los derechos al honor y a la intimidad, la propia imagen es una capacidad comunicativa, de ahí su aspecto económico, es decir, la posibilidad de cesión del uso de ciertos derechos de la personalidad para fines comerciales.

Para que pueda hablarse de violación de este derecho debe darse:

- La utilización in consentida por su titular. Solo está justificada la intromisión cuando se realiza la captación de personas con cargo público o de notoriedad pública en un acto o lugar público. Y es que las personas famosas tienen un derecho a la intimidad limitado, el valor comercial de su imagen es mayor y la violación de sus derechos más frecuente.
- De la identidad de una persona. Si no es posible identificar al demandante a través de su nombre, voz o imagen no hay violación del derecho, es fundamental reconocerlo.
- Con fines comerciales o análogos. La imagen se puede utilizar por el beneficio económico directo a través anuncios o el beneficio económico indirecto a través de obras informativas o de entretenimiento.
- Siempre que se produzca daño. Daño económico: apropiación comercial de la imagen de una persona; el valor en el mercado de la imagen puede establecerse teniendo en cuenta el nivel de fama alcanzado por el titular, las ganancias que haya obtenido en contrato previo o las ganancias de otras personas famosas. Daño moral: daño a la reputación o a los sentimientos.

Los derechos de imagen, al igual que el derecho de la propiedad intelectual, son transmisibles mortis causa a la persona designada en testamento, y a falta de éste, cónyuge, hermanos,... En principio la Ley establece que este derecho es imprescriptible, por lo que no existiría límite de tiempo dentro del cual los herederos pudieran ejercitar los derechos de la persona fallecida; a pesar de la existencia de una legislación, sigue siendo un tema de controversia por la diversidad de opiniones al respecto.

Otro aspecto controvertido es la captación colectiva de la imagen sobre el que existen distintas opiniones. Para algunas personas queda justificada porque así se garantiza la seguridad ciudadana pero, para otros, es un abuso porque se desconoce el uso que se hace o se puede llegar a hacer de esas imágenes captadas. Por ejemplo, se han detenido a muchos delincuentes gracias a esa captación de la imagen pero, por otra parte, un uso indebido puede ser muy perjudicial.

Igual que anteriormente en el derecho a la dignidad, ahora en el derecho a la propia imagen, el menor requiere de una protección especial. El menor podrá prestar su

consentimiento para la obtención, reproducción o publicación de su imagen si sus condiciones de madurez lo permiten; pero, en los casos en que se requiera autorización de los padres o tutor, hay que tener cuidado porque algunos comercializan la imagen de los menores sin pensar en el interés de éstos, como por ejemplo, horarios abusivos, escolarización deficiente, etc.

El derecho a la imagen no escapa a la tendencia actual de expansión de protección de los derechos humanos. El desarrollo global de internet y, más concretamente, el surgimiento masivo de las redes sociales pueden llevar a una nueva fuente de reclamaciones con base en el derecho a la imagen. Lo cual, en última instancia, es consecuencia de la falta de intimidad, y de la dudosa eficacia de los mecanismos de protección de ciertos derechos fundamentales en estos sitios. Por lo cual, debemos adaptarnos a las últimas tendencias en materia regulatoria de este derecho.

En definitiva, el derecho a la propia imagen es muy complejo: tiene similitudes con otros derechos (la intimidad, la libertad, la propiedad intelectual...), una amplia jurisprudencia, hay que tener en cuenta las circunstancias que se den en cada caso, combina aspectos de la personalidad y de la propiedad, por lo que necesitaría regularse de forma autónoma, no puede regularse con algunas normas personales y otras patrimoniales.

5. ABREVIATURAS

LGP: Ley General de Publicidad.

LPDH: Ley Orgánica 1/1982m de 5 de mayo, de Protección Civil de Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

TC: Tribunal Constitucional.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TS: Tribunal Supremo.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL (1996): *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León, Universidad de León.

ARMAT LLARI, EULALIA (1992): *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. Madrid.

GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ (2007): *Los procesos civiles de protección al honor, intimidad y la propia imagen: frente a la libertad de expresión y el derecho a la información: doctrina, jurisprudencia, formularios generales y casos prácticos*. 1 Edición, Barcelona, Bosch.

GARCÍA GARCÍA, CLEMENTE (2003): *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. 1 Edición, Murcia: Universidad de Murcia.

LÁZARO SÁNCHEZ, EMILIO J. (2009): *Comentarios a la ley general de publicidad*. 1 Edición, Civitas.

PEÑA MARÍN, CRISTINA y FRABETTI, CARLO (1994): *La mujer en la publicidad*. Madrid: Instituto de la mujer.

RUBÍ PUIG, ANTONI (2008): *Publicidad y libertad de expresión*. Salvador Coderch, P. (pról.), 1 Edición, Madrid, Thomson & Civitas.

SÁNCHEZ ARANDA, JOSÉ J. (2002): *El espejo mágico. La nueva imagen de la mujer en la publicidad actual*. Navarra: Instituto navarro de la mujer.