

El anuncio publicitario como ejercicio del derecho a la libre expresión. A propósito del *caso* *Mitsubishi*

Cristina Gil Membrado

Facultad de Derecho
Universitat de les Illes Balears

Abstract

El Tribunal Supremo, en el Caso Mitsubishi, ha considerado por vez primera que el anuncio publicitario está amparado por el derecho a la libre expresión. Los argumentos utilizados se pondrán en relación con la jurisprudencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de protección de las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión.

In the Mitsubishi Case, the Supreme Court has considered for the first time that advertising can be protected by freedom of expression. This paper links the arguments used by the Supreme Court with the European Court of Human Rights case law on the protection of commercial communications through freedom of expression.

Title: The advertisement like exercise of the right to the free expression. About the *Case Mitsubishi*

Palabras clave: libertad de expresión, publicidad, límites de los derechos fundamentales, jurisprudencia

Keywords: Freedom of expression, advertising, limits of the fundamental rights, case law

Sumario

- 1. Planteamiento de la cuestión**
- 2. La publicidad mercantil frente a otras actividades de propaganda, en especial la política**
- 3. Los límites de la libertad de expresión en la publicidad**
 - 3.1. Previsión por Ley**
 - 3.2. Restricción justificada: persecución de un fin legítimo**
 - 3.3. Restricción proporcionada**
- 4. A modo de conclusión**
- 5. Tabla de sentencias**
- 6. Bibliografía**

“En el campo de los Derechos humanos, las excepciones, y no los principios, se deben interpretar estrictamente”¹

1. Planteamiento de la cuestión

El objetivo principal de la publicidad de bienes y servicios es la creación de una demanda o el cambio de las tendencias de consumo. Como herramienta para motivar al consumidor y usuario a una determinada acción, en algunas ocasiones, se utilizan estereotipos sociales como vía para comunicar un determinado mensaje publicitario. Así, haciendo uso de la creatividad inherente al diseño de la publicidad se consigue la identificación de una determinada marca con un patrón presente en la sociedad, de modo que el consumidor se identifica con el producto, bien o servicio en cuestión.

En algunas ocasiones, el mensaje que se transmite linda o incluso traspasa determinados límites de modo que el propio consumidor lo percibe como ofensivo o irreverente. En estos casos, se ha apelado a la libertad de comunicación, que en su vertiente de libre expresión o de libre información, vendría a amparar, en su caso, estas manifestaciones publicitarias, las cuales, con todo, no estarían exentas de las limitaciones y restricciones que afectan a todo derecho fundamental.

Muestra de ello y motivo de controversia fue el anuncio publicitario de un vehículo automóvil, el cual, según el criterio de la Asociación de Consumidores recurrente, suponía un atentado a la dignidad de la persona, por incitar a la violencia a los destinatarios de la campaña publicitaria por promover comportamientos antisociales.

Los hechos, en concreto, versaban sobre una situación ficticia, en la cual, el personaje principal, un hombre vestido con un traje, se dirigía hacia un coche, marca Mitsubishi, estacionado en la plaza reservada para el Director General. “(...) En ese momento se oye la voz de una persona fuera de escena decir ‘¿Has visto el coche del nuevo director general? ¡Es impresionante el coche del nuevo director general! ¡Cómo me gustaría probar el coche del nuevo director general!’. Seguidamente, el protagonista de la película se acerca al citado vehículo, deposita en el suelo un maletín que lleva en la mano, extrae de él un objeto punzante y lo clava en las ruedas de aquel, que se desinflan inmediatamente. Finalmente, dicho individuo sale del garaje dentro de otro automóvil que se hallaba detenido en un lugar destinado, según otro cartel, al ‘presidente’, mientras la antes mencionada voz manifiesta que es ‘regla número uno de los negocios la consistente en que el director general nunca debe comprarse un coche mejor que el del presidente’(...)”².

La asociación actora, en su demanda, había aducido que el mensaje publicitario referido

¹ Opinión disidente común a los jueces señores Gölcüklü, Pettiti, Russo, Epielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo y Valticos. STEDH, Caso *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann contra Alemania*, de 20.11.1989 (TEDH\1989\20).

² STS, 1ª, de 15.1.2010 (RJ 2010\415).

respondía a la publicidad ilícita que proscriben las letras a) y e) del artículo 3 de la Ley 34/1988³, en relación con el derogado artículo 8.1 de la Ley 25/1994⁴.

La Sentencia recaída en la instancia calificó la publicidad como ilícita, al amparo del artículo 3.a de la Ley 34/1988, condenando a la empresa anunciante a abstenerse de emitir el anuncio en lo sucesivo.

“(…) resulta atentatorio a la dignidad humana la presentación de patrones compulsivos de conductas relativas a la tenencia o adquisición de bienes y productos que resultan ser merecedores de reproche penal (…)”⁵.

El resultado de la apelación confirmó la resolución del Juzgado. Consideraron ambas instancias que el anuncio litigioso era ilícito al atentar contra la dignidad humana por cuanto mostraba “(…) conductas relativas a la tenencia o adquisición de bienes y productos que resultan ser merecedores de reproche penal (…), no siendo el anuncio “(…) una forma ejemplarizante de transmitir nuestros valores a la sociedad (…)””. De este modo, la AP de Madrid consideró el mensaje publicitario como ilícito, con apoyatura en el artículo 3.a de la Ley 34/1988.

Frente a esta resolución fue interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, resultando estimado este último por STS de 15.1.2010⁶, la cual resolvió pronunciándose sobre las limitaciones al contenido de la publicidad que el mensaje contenido en el anuncio cuestionado no amenazaba ni lesionaba la dignidad de la persona y a colación de esta afirmación se pronunció sobre la extensión a la publicidad comercial de la protección que dispensa el artículo 20 de la CE. La argumentación esgrimida supuso la ruptura con una constante línea sostenida tanto por el TS como por el TC, que han afirmado que la publicidad no encuentra amparo en las libertades de información y de expresión⁷.

No obstante, conviene ser prudentes en la extensión de la postura mantenida por el TS en el *caso*

³ “(…) 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 (...). 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 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (...). Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (BOE núm. 274, de 15.11.1998).

⁴ Ley 25/1994, de 12 de julio, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Derogada por la Disposición Derogatoria 6ª de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (BOE núm. 79, de 1.4.2010).

⁵ STS, 1ª, de 15.1.2010 (RJ 2010\415).

⁶ STS, 1ª, de 15.1.2010 (RJ 2010\415).

⁷ STS, 3ª, de 18.2.1994 (RJ 1994\947).

Mitsubishi. El Alto Tribunal concluye con que no hay conflicto de bienes por no considerarse lesionada la dignidad humana, razón por la cual no procede la aplicación del artículo 3.a de la Ley 34/1988 ni del art. 8.1 de la derogada Ley 25/1994. GRIMALT SEREVA pone de manifiesto que el razonamiento sobre la protección del anuncio publicitario por el artículo 20 CE podría ser *obiter dictum*⁸ a tenor del razonamiento de carácter incidental seguido por el TS⁹.

Sí por el contrario, encontramos una constante y lineal doctrina del TEDH, en aplicación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁰ a la que nos vamos a referir en lo sucesivo, que sostiene, sin lugar a dudas, que las comunicaciones comerciales encuentran amparo en la libertad de expresión. De este modo, el principal objetivo del anuncio, que no es otro sino que el publicitario, es inseparable de otro de sus atributos: el de proporcionar información al consumidor. Teniendo la doctrina sentada por el TEDH valor hermenéutico, a tenor de lo dispuesto por el artículo 10.1 de la CE¹¹, ahondaremos en ella, puesto que al margen del mutismo del TC sobre este asunto, sus conclusiones en todo nos son aplicables.

Así las cosas, el objeto de este trabajo es el análisis de los argumentos esgrimidos para extender al mensaje publicitario el derecho a la libre comunicación que, en el sentido amplio que utiliza el

⁸ GRIMALT SEREVA (2010, pp. 1769-1784).

⁹ La consecuencia de la consideración como *obiter dictum* la exclusión en estos casos del recurso de casación, que sólo lo constituyen los fundamentos del fallo o los que conduzcan a él de manera inmediata. STS, 1ª, de 24.12.1994 (RJ 1994\9779).

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

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Convenio de 4.11.1950, de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Ratificado por Instrumento de 26.9.1979 (BOE núm. 243, de 10.10.1979).

¹¹ El Convenio de Roma forma parte del derecho interno teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 96.1 CE. Véase al respecto la STC, 2ª, de 23.11.1981 (RTC 1981\38), entre otras: “ (...) los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución. Los Convenios OIT, ratificados por España constituyen, sin duda, textos invocables al respecto, al igual que otros textos internacionales (así, el artículo 8.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (RCL 1977\894 y NDL 29530, bis nota); artículo 1.5 del Código Civil). Los Convenios se incorporan al ordenamiento interno, y de estas normas internas surgen los derechos individuales, que cuando se recogen en el capítulo de derechos o libertades para cuya protección se abre el recurso de amparo (como es el caso, del derecho sobre el que este proceso se cuestiona), adquieren un valor capital las reglas del Convenio o Tratado (...)”. STC, 2ª, de 23.11.1981 (RTC 1981\38).

Convenio, engloba el derecho a la libre expresión contenido en el artículo 20.1.a de nuestra Carta Magna y de libre información contemplado en el punto d) del mismo artículo. En estrecha e inevitable conexión, nos referiremos a los límites impuestos a la publicidad en aras de la libertad de comunicación.

2. La publicidad mercantil frente a otras actividades de propaganda, en especial la política

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley 34/1998, la publicidad es una forma de comunicación que se realiza con la finalidad de promover la celebración de contratos sobre bienes y servicios¹². En algunas ocasiones, el mensaje promocional, de modo inseparable al consustancial contenido persuasivo se integra de información, de opiniones, de ideas que son fundamentales para que el potencial consumidor y/o usuario tome decisiones en el escenario del mercado.

El propio TS se hace eco de esta postura en el *caso Mitsubishi*. En concreto, se refiere a la doctrina europea que reconoce sin ambages que el mensaje publicitario queda protegido por las normas constitucionales propias de las sociedades democráticas relativas a las libertades de información, opinión y creación artística, sin perjuicio de las medidas restrictivas que procedan necesarias para el interés público y en todo caso proporcionadas al legítimo fin que se persiga.

“(…) Propiamente, desde que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica cambió su doctrina sobre el ‘comercial speech’ - sentada en la decisión del caso *Valentine contra Chrestensen*- y declaró que la publicidad no era extraña al ámbito de protección ofrecido por la Primera Enmienda -caso *Bigelow contra Virginia* y los numerosos que, con matices, al mismo han seguido-, pues, pese a su contenido mercantil, proporciona información sobre productos y servicios de utilidad para el público y, al fin, para un correcto funcionamiento del mercado regido por las leyes de la oferta y la demanda, conforme a las que al consumidor corresponde emitir un voto económico; y que ello no significa que la publicidad no pueda soportar medidas restrictivas, siempre que sean necesarias para el interés público y razonablemente proporcionadas (...)”¹³.

Es por ello que, en refrendo de su argumentación, el TS alude a la doctrina constante fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que el artículo 10 del Convenio Europeo no resulta únicamente aplicable a las informaciones, ideas o expresiones de naturaleza política sino también a las informaciones de carácter comercial, y entre éstas, a los mensajes

¹² “A los efectos de esta Ley, se entenderá por: -Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones (...)”.

¹³ STS, 1ª, de 15.1.2010 (RJ 2010\415). En referencia a la Doctrina del *Commercial Speech* en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EEUU, véase RUBÍ PUIG (2005) y RUBÍ PUIG (2008).

publicitarios¹⁴.

Contraria a estas tesis, toma postura aquella parte de la doctrina que sostiene que la libertad de comunicación sólo garantiza los mensajes políticos. En esta línea se ha venido considerando por la jurisprudencia del TC de modo indubitado que el ejercicio de la crítica política por medio de la publicidad impulsada por un partido político se ajusta a la protección dispensada por la libertad de expresión, por estar destinada a formar opinión pública en relación a un asunto que es interesante para la ciudadanía.

“(…) considerando protegidas por la libertad de expresión la crítica política incluso en el caso, que no concurre en el supuesto de autos, de que en el contexto de la misma se utilicen expresiones despectivas para las autoridades (STC 20/1990, de 15.2.1990 [RTC 1990, 20]), la crítica a funcionarios y autoridades públicas aunque tales críticas carezcan de fundamento (STC 65/1991, de 22.3.1991 [RTC 1991, 65]) o la crítica política con una intencionalidad que tiende a un mejor funcionamiento de los servicios públicos (STC 136/1994, de 9.5.1994 [RTC 1994, 136]), considerando fuera del ámbito de protección de esta libertad constitucional solamente aquellos casos en los que en la crítica a los personajes públicos o altos cargos del gobierno se utilizan expresiones infamantes y desprovistas de fundamento dirigidas contra personas concretas (STC 190/1992, de 16.11.1992 [RTC 1992, 190]) (...)”¹⁵.

Con todo, la posición a adoptar en torno a la limitación en mayor o menor medida depende de la justificación que se otorgue a la libertad de expresión¹⁶. El *quid* de la cuestión sería, por lo tanto, si la libertad de comunicación o libertad de expresión en sentido amplio utilizada por el Convenio Europeo, a la que pertenece la libertad de expresión y de información reconocidos como derechos fundamentales por nuestra Carta Magna¹⁷, es un derecho público subjetivo, o más bien una garantía institucional imprescindible para el sistema democrático¹⁸. En opinión de GARCÍA GUERRERO¹⁹, los derechos a una libre comunicación no son una garantía institucional, sino un derecho libertad, tal y como se desprende con claridad del artículo 10.1 del Convenio²⁰. Con todo, parece más coherente sostener, tal y como propugna BAÑO LEÓN que los derechos

¹⁴ STEDH, caso *Casado Coca contra España*, de 24.2.1994 (TEDH\1994\1). En este caso, el supuesto se refiere a la limitación de la publicidad de determinados servicios, en concreto, a los propios del ejercicio de la profesión abogado.

¹⁵ SAP Madrid, Civil Secc. 28ª, de 27.6.2008 (AC 2008\1580).

¹⁶ Las teorías clásicas que han justificado la libertad de comunicación son: la teoría de la verdad de Stuart Mill, el libre desarrollo de la personalidad y la participación de los ciudadanos en la democracia. Al respecto, véase SALVADOR CODERCH (1990, pp. 26 y ss.).

¹⁷ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (1991, pp. 73-113).

¹⁸ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (1991, pp. 73-113).

¹⁹ GARCÍA GUERRERO (1997).

²⁰ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (1995).

fundamentales, en lo que nos ocupa la libertad de expresión, junto a los aspectos propios que garantizan la libertad individual, encontramos aspectos institucionales²¹. Así, la libertad de información posee una dimensión estructural que pone de relieve un entramado institucional garantizado por la Constitución, tal y como demuestra la Sentencia del TS objeto de este comentario. Así, afectando al consumidor la información comercial, es lógica la garantía institucional inherente a la libre información en el mercado, a proteger constitucionalmente. Es por ello que el TC ha puesto de manifiesto la dimensión institucional del artículo 20.1.a de la CE, por lo que su ejercicio no conlleva el derecho subjetivo a crear una emisora de televisión²².

Por su parte, la jurisprudencia que ha emanado del TEDH viene siendo constante en que la libertad de expresión es el derecho de recibir y de comunicar la información y las ideas, así como que el discurso comercial está directamente relacionado con esta libertad²³. En referencia a ello, el TEDH afirma que el artículo 10 del Convenio garantiza la libertad de expresión en estos casos.

“(…) El Tribunal subraya en primer lugar que el artículo 10 garantiza la libertad de expresión a ‘toda persona’; no distingue según la naturaleza, lucrativa o no, del fin perseguido (véase, mutatis mutandis, la Sentencia *Autronic AG contra Suiza*, de 22.5.1990 (TEDH\1990\12), serie A, núm. 178, p. 23 apartado 47); una diferencia de trato a este respecto podría, llegado el caso, entrar en el ámbito de aplicación del artículo 14.

En su Sentencia *Barthold contra Alemania*, de 25.3.1985 (TEDH\1985\3) (serie A, núm. 90, pp. 20-21, apartado 42), dejó abierta la cuestión de saber si la publicidad comercial como tal, se beneficia de las garantías del artículo 10, pero su jurisprudencia posterior proporciona indicaciones a este respecto. El artículo 10 no es aplicable solamente a ciertos tipos de informaciones, ideas o formas de expresión (Sentencia *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann contra Alemania*, de 20.11.1989 [TEDH\1989\20], serie A, núm. 165, p. 17, apartado 26), especialmente a las de naturaleza política; engloba también la

²¹ Para BAÑO LEÓN la distinción en los derechos fundamentales entre derechos y garantías institucionales carece de utilidad si con ésta se pretende construir dos regímenes diferenciados, sino que ambas facetas son complementarias. BAÑO LEÓN (1988).

²² “(…) en nuestro ordenamiento jurídico se ha constitucionalizado el control parlamentario de la televisión pública estatal, y que la llamada ‘televisión privada’, en cuyo favor postula la sociedad Antena 3, Sociedad Anónima, no está necesariamente impuesta por el artículo 20 de la Constitución. No es una derivación necesaria del artículo 20, aunque, como es obvio, no está tampoco constitucionalmente impedida. Su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política, que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una ley orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el artículo 20 (art. 81 de la CE) y siempre que, al organizarla, se respeten los principios de libertad, igualdad y pluralismo como valores fundamentales del Estado, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución, sea como resultante de las relaciones del conjunto, sea como factores operantes dentro de cada uno de los establecimientos que actúen en el medio, ya que la preservación de la comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado modo de producirse de los medios de comunicación social, porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión (...)”. STC, Pleno, 31.3.1982 (RTC 1982\12).

²³ Opinión concordante del Juez Pettiti en la STEDH, Caso *Barthold contra Alemania*, de 25.3.1985 (TEDH\1985\3).

expresión artística (Sentencia Müller y otros contra Suiza, de 24.5.1988 [TEDH\1988\8], serie A núm. 133, p. 19, apartado 27), informaciones de carácter comercial (Sentencia *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann*, anteriormente citada), o incluso -la Comisión lo recuerda con mucha razón- la música ligera y los mensajes publicitarios difundidos por cable (Sentencia *Gropper Radio AG y otros contra Suiza*, de 28.3.1990 [TEDH\1990\9], serie A, núm. 173, p. 22, apartados 54-55) (...)”²⁴.

De este modo, dicha garantía no es un atributo de determinados tipos de informaciones, ideas o modos de expresión²⁵. También ampara la expresión artística²⁶, las informaciones de tipo comercial²⁷, la música ligera, así como los anuncios publicitarios por cable²⁸ y la publicación de fotografías²⁹, lo que da idea de la amplitud del ámbito de aplicación de la libertad de expresión, que excede en mucho los mensajes de naturaleza política.

Basándose en estos mismos argumentos, la resolución del *caso Mitsubishi* deja constancia de la posibilidad de que el mensaje publicitario se adscriba a la protección dispensada por las normas previstas en la Constitución sobre la libertad de información, opinión y creación artística. Que se dirija fundamentalmente a garantizar el ejercicio de la libre empresa³⁰, no significa la negación a la actividad publicitaria del amparo otorgado por el artículo 20 de la CE, maxime cuando éste no distingue entre ámbitos merecedores o no de la tutela del derecho fundamental, amén de la inseguridad que provocaría el tener que delimitar la protección en función del ámbito considerando además la gran zona de grises con la que nos encontraríamos³¹.

“(…) Por otro lado, discriminar en función de cuál sea la materia objeto de la comunicación impondría, con la consiguiente inseguridad, identificar múltiples categorías intermedias, difíciles de perfilar en una realidad tan multiforme - hay informaciones de contenido supuestamente trascendente que no tienen otro fin que el meramente publicitario, del mismo modo que hay mensajes comerciales con un alto interés informativo para el consumidor o, incluso, que, no obstante su escasa utilidad aparente,

²⁴ STEDH, Caso *Casado Coca* contra *España*, de 24.2.1994 (TEDH\1994\1).

²⁵ STEDH caso *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann* contra *Alemania*, de 20.11.1989 (TEDH\1989\20).

²⁶ STEDH caso *Müller y otros* contra *Suiza*, de 24.5.1988 (TEDH\1988\8).

²⁷ STEDH caso *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann* contra *Alemania*, de 20.11.1989 (TEDH\1989\20); STEDH caso *Casado Coca* contra *España*, de 24.2.1994 (TEDH\1994\1).

²⁸ STEDH caso *Gropper Radio AG y otros* contra *Suiza*, de 28.3.1990 (TEDH\1990\9).

²⁹ STJCE caso *Verlagsgruppe News GmbH* contra *Austria*, de 14.12.2006 (PROV\2006\283460).

³⁰ Sobre el significado de la libertad de empresa como derecho fundamental y sobre la relación de la libertad de empresa con otros derechos fundamentales, véase PAZ-ARES y ALFARO (2003, pp. 5971-6040).

³¹ En relación a los discursos híbridos o mixtos, en los que el discurso público y el elemento mercantil se confunde y su separación es difícil, los tribunales han utilizado criterios variados para determinar si una determinada expresión tiene carácter comercial o público. Para un exhaustivo análisis de estas cuestiones, véase RUBÍ PUIG (2008).

contribuyen a que el destinatario emita su voto económico en el mercado estando mejor informado, a causa del significado que tiene la mera participación del anunciante en la costosa actividad publicitaria (...)”³².

Respecto de la protección constitucional de la publicidad, como sostiene RUBÍ PUIG, la jurisprudencia española ha carecido de tratamiento sobre estas cuestiones. Si bien puede considerarse un buen punto de partida la doctrina del *Commercial Speech* elaborada por el TS de los Estados Unidos como precursora de la protección de las comunicaciones comerciales mediante la libertad de expresión, no la podemos aplicar automáticamente, ni tan siquiera la surgida en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si atendemos a los obstáculos que suponen tanto el carácter simbólico de la libertad de expresión en la cultura jurídica norteamericana como el carácter supranacional del TEDH³³.

3. *Los límites de la libertad de expresión en la publicidad*³⁴

Aceptado el presupuesto de que la publicidad se subsume en la órbita del artículo 20 de la CE, no podemos obviar la existencia de límites y restricciones que le afectan como a cualquier derecho fundamental. El TC se ha pronunciado, en innumerables ocasiones, sobre la procedencia de restricciones a los derechos fundamentales. Si bien, en atención a la naturaleza de los mismos, éstas deberán cumplir determinados presupuestos para que la afectación de estas garantías supremas sea legítima³⁵.

En el concreto ámbito de la publicidad, en ocasiones los límites nos vendrán impuestos por el conflicto con otros derechos. Así, el artículo 3.a de la Ley 34/1988 considera ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución (...)”. En otros casos los límites se impondrán por la necesidad de observar los principios rectores de la política social y económica. Así, el artículo 51.2 de la Carta Magna insta a la promoción de la información y a la educación de los consumidores, proscribiendo el artículo 3.b de la Ley 34/1988 la publicidad engañosa.

Por su parte, el TEDH sostiene que el principio de libertad de expresión, reconocido por el artículo 10 del Convenio es un fundamento esencial de la sociedad democrática, si bien, caben limitaciones justificadas por el interés general, en la medida de que dichos límites se prevean por Ley, de acuerdo a finalidades legítimas y sean necesarias para una sociedad democrática, o lo que es lo mismo, justificadas por una “necesidad social imperiosa, y, en particular, proporcionadas a

³² STS, 1ª, de 15.1.2010 (RJ 2010\415).

³³ RUBÍ PUIG (2008).

³⁴ Sobre estas cuestiones, véase RUBÍ PUIG (2008).

³⁵ STC, Pleno, de 8.4.1981 (RTC 1981\11).

la finalidad legítima perseguida”.

De este modo se pronuncia el Tribunal: “(...) Teniendo en cuenta la importancia de la protección de la salud pública, la necesidad de controlar la epidemia social que constituye, en nuestras sociedades, el tabaquismo, la necesidad social imperiosa de actuar en este ámbito y la existencia de un consenso europeo sobre la cuestión de la prohibición de la publicidad del tabaco, el Tribunal considera que la restricción en este caso de la libertad de expresión de los demandantes respondía a tal necesidad y era proporcional al fin legítimo perseguido (...)”³⁶.

En concreto, en relación a los límites de la libertad de expresión en las actuaciones mercantilistas del tipo de la publicidad, el justo equilibrio entre la libre expresión y los objetivos fijados, impone hilar fino en función de la naturaleza de las actividades en juego. El TJCE sostiene que, en estos casos, al no contribuir el ejercicio de la libertad a un debate de interés general –como sí sucede en el caso de la formación de la opinión pública por parte de los partidos políticos- y al tratarse de un contexto en el que los Estados Miembros poseen un margen de apreciación, el control se limitará “a un examen del carácter razonable y proporcionado de la injerencia” en el derecho fundamental en cuestión³⁷.

Con todo, podemos rescatar algunas opiniones disidentes en lo que viene siendo esta línea del “margen de apreciación” de los Estados Miembros, preocupadas por el riesgo de reducir “casi a nada la libertad de expresión en materia comercial”³⁸. Estos pareceres muestran su recelo, ya que si el Tribunal no examina nuevamente los hechos y las circunstancias del cada litigio, de hecho renuncia a la “fiscalización europea” impuesta por el Convenio en aras de asegurar la conformidad de las medidas litigiosas con sus exigencias³⁹.

Vamos en lo sucesivo a referirnos a los presupuestos que una injerencia en el derecho fundamental debe cumplir para ser considerada legítima.

³⁶ STEDH, Caso *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia*, de 5.3.2009 (TEDH\2009\31). En este caso la resolución dirime la limitación a la publicidad de determinados productos, en concreto del tabaco. Este supuesto no responde estrictamente al ámbito de la publicidad, sino más bien al de comunicaciones comerciales. Sobre un tratamiento en extenso de las comunicaciones comerciales y la libertad de expresión, véase RUBÍ PUIG (2008).

³⁷ STJCE, Caso *Ferbert Karner Industrie-Auktionen GmbH contra Troostwijk GMBH*, de 25.3.2002 (TJCE\2004\78); STJCE, Caso *Proceso Penal contra Frede Damgaard*, de 2.4.2009 (TJCE\2009\80); STEDH, Caso *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia*, de 5.3.2009 (TEDH\2009\31).

³⁸ Opinión disidente común a los jueces señores Gölcüklü, Pettiti, Russo, Epielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo y Valticos. STEDH, Caso *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann contra Alemania*, de 20.11.1989 (TEDH\1989\20).

³⁹ STEDH, *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann contra Alemania*, de 20.11.1989 (TEDH\1989\20).

3.1. Previsión por Ley

El TEDH considera la previsibilidad como exigencia del artículo 10.2 cuando se refiere a “previstas por la ley”. Así viene siendo su doctrina consolidada en el sentido de que sólo puede calificarse como ley la normativa que sea suficientemente precisa para que el ciudadano pueda prever las consecuencias de un acto⁴⁰.

No obstante, el TEDH ha reconocido que frecuentemente las leyes no son precisas ni claras⁴¹, y con frecuencia, ha señalado la imposibilidad de llegar a una precisión absoluta en su redacción. Esto es más acusado en aquellos escenarios cambiantes según la evolución de las concepciones de la sociedad⁴². Son éstos los casos en los que la ley, con el propósito de adaptarse a los cambios de situación, adopta términos vagos⁴³.

Así sucedió, a modo de ejemplo, con el adjetivo “obsceno” y en lo que nos atañe, con la publicación de objetos obscenos⁴⁴, a colación de la exposición de unos lienzos que “(...) presentan una orgía de actos sexuales contra natura (sodomía, bestialidad, etc...) representados de manera grosera y en formato grande; y pueden herir brutalmente la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal (...)”⁴⁵. En este caso el TEDH acude para precisar el concepto jurídico indeterminado a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Federal sobre la publicación de objetos obscenos⁴⁶, resoluciones que completaban los términos literales de la norma aplicable⁴⁷,

⁴⁰ En este sentido STEDH, Caso *Olsson contra Suecia*, de 24.3.1988 (TEDH\1988\2).

⁴¹ “(...) Así sucede en materias, como la competencia, en las que la situación varía constantemente de acuerdo con la evolución del mercado y de los medios de comunicación (TEDH *Barthold*, de 25.3.1985 (TEDH\1985\3), serie A, núm. 90, p. 22, ap.47 y STEDH, *Müller y otros*, de 24.5.1988 (TEDH\1988\8), previamente citada, serie A, núm. 133, p.20, ap. 29). La interpretación y la aplicación de tales textos legales dependen necesariamente de la práctica (STEDH *Sunday Times*, de 26.4.1979 (TEDH\1979\1), serie A, núm. 30, p.31, ap.49). En este caso, había una jurisprudencia constante del Tribunal Federal de Justicia (véanse, entre otras, BGHZ, 14, pp. 163 y 170 a 172; *Constanze II*; BGHZ, 31, pp. 308, 318 y 319; *Alte Herren* BGH GRUR, 1962, pp. 45 y 48; *Betonzusatzmittel* BGH NJW, 1966, pp. 647 y 649, *Reichstagsbrand*). Esta jurisprudencia, clara, abundante y ampliamente comentada, permitía a los sectores comerciales y a sus asesores regular su conducta en esta materia (...)”. STEDH, Caso *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann contra Alemania*, de 20.11.1989 (TEDH\1989\20).

⁴² STEDH, Caso *Barthold contra Alemania*, de 25.3.1985 (TEDH\1985\3).

⁴³ STEDH, Caso *Olsson contra Suecia*, de 24.3.1988 (TEDH\1988\2).

⁴⁴ STEDH, Caso *Müller y otros contra Suiza*, de 24.5.1988 (TEDH\1988\8).

⁴⁵ En palabras de la Sección de Casación Penal del Tribunal Federal Suizo ratificando la decisión del Tribunal Cantonal.

⁴⁶ “(...) Según reiterada jurisprudencia del Tribunal federal, son obscenos los objetos u obras que hieren de manera difícilmente admisible la decencia sexual; sus efectos pueden ser una excitación de los instintos sexuales de una persona de reacciones normales o un sentimiento de desagrado o rechazo (Sentencias del Tribunal federal suizo, ATF, Vol. 83, 1957, VI parte, pp. 19 a 23; Vol. 86, 1960, IV parte, pp. 19 a 25; Vol. 87, 1961, IV parte, pp. 73 a

concluyendo con que en este caso pese a la indeterminación del concepto, la restricción a la libertad de expresión estaba prevista por la ley en el sentido expuesto por el artículo 10.2 del Convenio.

En el caso *Mitsubishi* la previsibilidad legal pretende justificarse en lo dispuesto sobre la publicidad ilícita por las normas reguladoras de la misma⁴⁸, argumento que resulta estimado en las instancias y decae en casación a consecuencia de que no se entiende producido el supuesto de hecho previsto en las normas sobre publicidad ilícita en tanto en cuanto no se considera que se haya producido lesión alguna a la dignidad humana⁴⁹.

3.2. Restricción justificada: persecución de un fin legítimo

En el caso *Barthold* contra *Alemania*, el TEDH dilucida un supuesto en el que el Dr. Barthold aprovechando unas declaraciones sobre la necesidad de un servicio veterinario nocturno en Hamburgo, facilita ciertos datos y declaraciones sobre su persona y el funcionamiento de su clínica. La injerencia encuentra su justificación en la conveniencia de impedir una ventaja comercial sobre sus colegas, obligados al cumplimiento de la regla deontológica que obliga a los veterinarios a abstenerse de publicitar sus servicios. Es por ello, que la injerencia persigue un fin legítimo de acuerdo con el artículo 10.2 del Convenio⁵⁰.

En otros casos, la justificación de la injerencia viene dada por la pretendida protección de otros valores y derechos, muestra de ello es el contenido del artículo 5.1 de la Ley 34/1988⁵¹, que impone límites en relación a autorizaciones administrativas que difícilmente casan con el artículo

85): la "publicación" de dichos objetos consiste en que estén al alcance de un número determinado de personas (...). STEDH, Caso *Müller y otros* contra *Suiza*, de 24.5.1988 (TEDH\1988\8).

⁴⁷ El artículo 204 del Código Penal suizo dispone: "1. El que fabricare o tuviere en su poder escritos, imágenes, películas u otros objetos obscenos para comerciar con ellos, distribuirlos o exponerlos en público (...)". STEDH, Caso *Müller y otros* contra *Suiza*, de 24.5.1988 (TEDH\1988\8).

⁴⁸ Artículo 3.a y 3.e de la Ley 34/1988, en relación con el ahora derogado artículo 8.1 de la Ley 25/1994.

⁴⁹ GRIMALT SERVERA (2010, pp. 1769-1784).

⁵⁰ STEDH, caso *Barthold* contra *Alemania*, de 25.3.1985 (TEDH\1985\3). Este supuesto no responde estrictamente al ámbito de la publicidad, sino más bien al de comunicaciones comerciales. Sobre un tratamiento en extenso de las comunicaciones comerciales y la libertad de expresión, véase RUBÍ PUIG (2008).

⁵¹ "La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran".

20.2 CE⁵². Quizá deba admitirse como excepción los límites existentes en la publicidad de productos y servicios en el ámbito de la salud, en conexión con lo dispuesto por el artículo 43.2 CE. A propósito de éstos últimos se consideró por el TEDH que la injerencia en la libertad de expresión consistente en presentar borrosa la foto –difuminando las marcas de tabaco- del mono del campeón de Fórmula 1 persigue un fin legítimo, que no es otro sino que la protección de la salud pública⁵³.

El TS en el *caso Mitsubishi* analiza el argumento de la defensa de la dignidad de la persona como justificación de la injerencia en el derecho a la libre expresión. En este caso, concluye con que el anuncio controvertido proporcionaba una información útil a los destinatarios, a propósito de una escena que haciendo uso de la creatividad, planteaba una situación en la que se producía una reacción, sancionada penalmente, a causa de la codicia despertada por el objeto del anuncio. No obstante, adoptando la línea argumentativa de la recurrente, es cierto que la naturaleza de la recreación ficticia es ridícula y se presenta en tono jocoso. El contraste producido por la imagen circunspecta del personaje principal y su reacción absurda no persigue sino llamar la atención del destinatario. La escena en sí resulta inocua y no vulnera derecho alguno de la persona por lo que, como concluye el TS, resulta una injerencia innecesaria en defensa de la dignidad de la persona.

En otro orden de cosas, la restricción en algunas ocasiones puede venir motivada por la protección de determinados sectores considerados débiles frente al influjo de la publicidad⁵⁴. En este sentido consideramos relevante el razonamiento seguido a propósito de la reclamación presentada contra una campaña publicitaria que lleva por título “Échale una mano al medio ambiente” y que contiene la imagen de un hombre con una bolsa de plástico en la cabeza con el mensaje “Con menos bolsas de plástico todos podremos respirar más tranquilos”⁵⁵.

Según la reclamación presentada por la Asociación de Consumidores, la fotografía que se inserta en el anuncio muestra una conducta –un hombre con una bolsa de plástico en la cabeza- que puede ser imitada por los menores, con el peligro que ello conlleva el considerar una bolsa de plástico como un juguete o un objeto para disfrazarse por el riesgo de asfixia que presenta.

⁵² “El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”.

⁵³ STEDH, Caso *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia*, de 5.3.2009 (TEDH\2009\31).

⁵⁴ La defensa de determinados grupos especialmente vulnerables fue objeto de regulación por la Directiva 2005\29\CE sobre Prácticas Comerciales Desleales, en concreto, por su artículo 5.3. La transposición al derecho español se produce por la modificación de la Ley de Competencia Desleal por Ley 29/2009, de 30 de diciembre. En concreto, en lo que se refiere a esta materia considera como desleales conductas que afectan a la capacidad de decisión de consumidores y usuarios. Remite al consumidor medio para tomarlo como referente, bien de modo aislado o en consideración a un grupo de consumidores considerando su especial vulnerabilidad.

⁵⁵ Resolución de 24.9.2009 de la Sección Cuarta del Jurado por la que se estima la reclamación presentada por la Asociación Valenciana de Consumidores y Usuarios (AVACU) frente a una publicidad difundida mediante folleto publicitario y cartel situado en el punto de venta, de la que es responsable la compañía Centros Comerciales Carrefour, S.A. <http://www.autocontrol.es> (Última consulta 10.1.2011).

Por su parte, el anunciante entiende que el anuncio es lícito en tanto en cuanto la imagen no se ha difundido en medios de comunicación masivos, ni en horario o programación infantil, sino que se ha plasmado en folletos publicitarios distribuidos entre los clientes, siendo éstos un público adulto capaz de comprender el mensaje. Por otro lado, funda su defensa, en el carácter irreal y exagerado del mensaje –lo cual nos hace enlazar con el *caso Mitsubishi-*, sin que se invite a los destinatarios, y mucho menos al público infantil, a reproducir la conducta.

Al respecto, la Sección del Jurado a la vista del Código de Conducta de aplicación⁵⁶, considera que “a la hora de valorar la aptitud de una publicidad para incitar al público a reproducir la conducta (...) deberá atenerse no sólo al contenido del mensaje publicitario, sino también, al público receptor del mismo (...)”. Al hilo de esta argumentación y enlazando con lo que el Tribunal Supremo arguye en el mensaje publicitario del *caso Mitsubishi*, el Jurado considera que “[...] no existe incitación a la realización de una conducta imprudente cuando esta conducta se enmarca en un anuncio claramente exagerado, ficticio, irónico e irreal, y la publicidad se dirige a un público adulto que puede percibir el carácter ficticio e irónico del mensaje sin dificultad (...)”.

No obstante, en atención al supuesto concreto, pese a no dirigirse el mensaje al público menor, sí puede alcanzarle.

“(...) Ahora bien, entiende este Jurado que esta consolidada doctrina no es plenamente aplicable al caso que nos ocupa. En este sentido, tiene razón el reclamado cuando afirma que el medio empleado para la difusión de la publicidad no se dirige específicamente al público menor. Sin embargo, no cabe adulto como al público menor que visite el centro comercial), y cuyas posibilidades de difusión ignorar que nos encontramos ante un medio de difusión (folleto publicitario) de alcance general (que puede alcanzar tanto al público posterior tampoco excluyen por completo que pueda alcanzar a menores (por ejemplo, porque el folleto es llevado por el receptor del mismo a su domicilio) (...)”⁵⁷.

Por ello, en conclusión, mientras el destinatario adulto percibirá el carácter metafórico del anuncio, no así el menor al que eventualmente pudiera llegar el mensaje de una conducta, por otro lado, fácilmente reproducible por este segmento de público, tributario, en estos casos, de una

⁵⁶ “(...) corresponde pues a esta Sección el análisis de la concreta publicidad reclamada a la luz de la Norma 9 (Prácticas peligrosas y seguridad) del Código de Conducta Publicitaria, el cual dispone que ‘la publicidad no deberá alentar prácticas peligrosas salvo cuando lo haga en un contexto en que precisamente pueda deducirse que fomenta la seguridad’, con el fin de dilucidar si el anuncio objeto de controversia es susceptible de fomentar conductas peligrosas o imprudentes entre los menores de edad (...)”. Resolución de 24.9.2009 de la Sección Cuarta del Jurado por la que se estima la reclamación presentada por la Asociación Valenciana de Consumidores y Usuarios (AVACU) frente a una publicidad difundida mediante folleto publicitario y cartel situado en el punto de venta, de la que es responsable la compañía Centros Comerciales Carrefour, S.A. <http://www.autocontrol.es> (Última consulta 10.1.2011).

⁵⁷ Resolución de 24.9.2009 de la Sección Cuarta del Jurado por la que se estima la reclamación presentada por la Asociación Valenciana de Consumidores y Usuarios (AVACU) frente a una publicidad difundida mediante folleto publicitario y cartel situado en el punto de venta, de la que es responsable la compañía Centros Comerciales Carrefour, S.A. <http://www.autocontrol.es> (Última consulta 10.1.2011).

mayor protección y justificando por ello el cese de la publicidad.

“(…) Así las cosas y partiendo del hecho de que el mensaje publicitario objeto de análisis puede alcanzar también a los menores, debe tenerse presente que el tono exagerado y ficticio que lo preside puede no ser fácilmente perceptible por éstos. Debe tenerse presente también, en segundo lugar, que la conducta que se representa en la publicidad es una conducta fácilmente reproducible por aquéllos. Y, en estas circunstancias, existe el riesgo de que el mensaje publicitario objeto de análisis sea apto para provocar una reproducción de la conducta que en él se refleja, circunstancia ésta que podría quedar completamente descartada si para la difusión de la publicidad se hubiese optado por medios o soportes que minimizasen en mayor medida el riesgo de que aquélla alcanzase a los menores.

Dicho con otras palabras, esta Sección considera que mientras que los consumidores adultos apreciarán sin dificultad el tono irreal y metafórico del anuncio publicitario, también parece probable que pudiera ser susceptible de provocar la imitación de la conducta que allí se representa entre los destinatarios más pequeños a los que eventualmente pudiese alcanzar la publicidad. En estas circunstancias y tras un controvertido debate, este Jurado concluye que el anuncio objeto de análisis supone una vulneración de la citada Norma 9 del Código de conducta Publicitaria (…).”

Con todo, merece mencionar la cautela a observar en estos casos, referidos a conductas en las que participan adultos en exclusiva, por el riesgo de concebir instrumentalmente la protección de menores como pretexto para su prohibición. Por ejemplo, no tendría sentido alegar la protección de los menores como única justificación para restringir la libertad de expresión en un supuesto de publicidad dirigida exclusivamente a adultos, incluso con contenidos que puedan resultar ofensivos para una parte de la población, emitido fuera del horario infantil.

No se alcanza, empero, la misma conclusión, en el caso del procedimiento seguido frente a “Cerveceros de España”⁵⁸ por la publicidad de un Certamen bajo el eslogan “Un dedo de espuma, dos dedos de frente”.

“(…) El procedimiento se dirige frente a un texto difundido en la publicación ON MADRID de 18.7.2010 [suplemento de ocio y cultura entregado con la edición madrileña del diario El País los viernes]. El texto publicado dice así: ‘Certamen creativo sobre consumo de cerveza (con moderación, se entiende). Bajo el lema Un dedo de espuma, dos dedos de frente, Cerveceros de España ha convocado un concurso destinado a jóvenes de entre 18 y 30 años para potenciar el consumo responsable de nuestra bebida más popular. Con tres categorías: audiovisual (un spot de hasta 20 segundos), gráfica (una ilustración tamaño postal) y narrativa (un microrrelato de máximo 205 caracteres) los que se atrevan podrán enviar sus trabajos hasta el 15 de julio a www.undedodeespuma.es y optarán a un premio de 6.000€. Único requisito: reflejar lo refrescante e importante que es la caña en nuestra vida social. Fácil’ (…).”⁵⁹

En este supuesto, la entidad anunciante esgrime su argumentación en torno a la negación del

⁵⁸ Resolución de la Sección Primera del Jurado de 8.7.2010 por la que se desestima un incumplimiento del apartado 3 del Código de Cerveceros (consumo de cerveza asociado al éxito social). Autocontrol. Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial: <http://www.autocontrol.es> (Última consulta 10.1.2011).

⁵⁹ Autocontrol. Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial: <http://www.autocontrol.es> (Última consulta 10.1.2011).

carácter publicitario del texto controvertido y, por el contrario, destaca su carácter informativo para dar a conocer el certamen creativo dirigido a concienciar a los jóvenes sobre el consumo responsable de cerveza. Sin embargo, el Jurado no entra a debatir sobre la naturaleza informativa o publicitaria del mensaje, puesto que no aprecia la existencia de una asociación entre el consumo de cerveza y el éxito social en este caso. El contenido del mensaje invita en este caso a los jóvenes al consumo moderado y responsable de cerveza.

“(…) esta Sección del Jurado entiende que de ellos no se infiere una vinculación entre el consumo de cerveza y la consecución del éxito social. Es cierto que los materiales analizados aluden –tal y como recoge la publicación en Madrid- a la importancia de la caña en nuestra sociedad, pero también lo es que esta alusión a un elemento característico de nuestro entorno, no se formula en términos tales que asocien el consumo de cerveza al éxito social. No en vano hemos de diferenciar una alusión a un elemento característico de nuestra sociedad (la caña de cerveza), de la idea de que ese elemento implique éxito social. En definitiva, debe trazarse una nítida distinción entre aquellos mensajes en los que se presenta la cerveza y su consumo responsable como un elemento característico de nuestro entorno social, y aquellos otros en los que de forma explícita o implícita se sugiere que aquel consumo puede facilitar el éxito en las relaciones sociales. A nuestro juicio, este último aspecto no está presente en el concurso. Dicho con otras palabras, no hay elemento alguno en los materiales analizados que pueda llevar a un consumidor medio a concluir que en el mismo se sugiere (aunque sea de forma muy implícita) que el consumo de cerveza facilita el éxito social. Por el contrario, en una visión de conjunto del material publicado, no podemos desconocer que en él se hace referencia a la moderación y que el eslogan del concurso es ‘Un dedo de espuma, dos dedos de frente’ (...)”⁶⁰.

Para dar un paso más en los presupuestos que la injerencia en el derecho debe cumplir para ser considerada legítima es necesario determinar si ésta se presenta como “necesaria en una sociedad democrática”⁶¹, cuestión a la que nos referiremos en lo sucesivo.

3.3. Restricción proporcionada

En relación a los límites en la libertad de expresión en el ámbito de la publicidad, o lo que es lo mismo, en el uso mercantil de la libertad de expresión, teniendo en cuenta el carácter fluctuante y complejo de la actividad publicitaria y la existencia en este escenario de cierto margen de apreciación por parte de los Estados, es doctrina consolidada del TEDH que el control se limita a un examen del carácter razonable y proporcionado de la injerencia⁶². Según su constante

⁶⁰ Autocontrol. Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial: <http://www.autocontrol.es> (Última consulta).

⁶¹ STEDH, caso *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia*, de 5.3.2009 (TEDH\2009\31). Sobre los principios generales en esta materia, véase entre otras la STEDH, caso *Handyside contra Reino Unido*, de 7.12.1976 (TEDH\1976\6); STEDH, caso *Goodwin contra Reino Unido*, de 27.3.1996 (TEDH\1996\21); STEDH, caso *Bladet Tromso y Stensaas contra Noruega*, de 20.5.1999 (TEDH\1999\22), y en lo que respecta concretamente a la publicidad, véase también STEDH, caso *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann contra Alemania*, de 20.11.1989 (TEDH\1989\20) y STEDH, caso *Casado Coca contra España*, de 24.2.1994 (TEDH\1994\1).

⁶² STJCE, caso *Herbert Karner Industrie-Auktionem GmbH contra Troostwijk GmbH*, de 25.3.2002 (TJCE\2004\78); STEDH, caso *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia*, de 5.3.2009 (TEDH\2009\31); STJCE, caso *Alemania contra Consejo de la Unión Europea y otros*, de 12.12.2006 (TJCE\2006\356).

jurisprudencia, los Estados Contratantes poseen un cierto margen de apreciación para decidir sobre la necesidad de una injerencia, no obstante, esta facultad se sujeta a un control europeo⁶³.

Al ejercitar la función de fiscalización el TEDH no examina de modo aislado las resoluciones judiciales objeto de impugnación sino que se impone el análisis del conjunto del asunto y de sus circunstancias para determinar si la injerencia es “proporcionada a la legítima finalidad perseguida”, y si las razones esgrimidas son “pertinentes y suficientes”⁶⁴. Este principio de proporcionalidad, como principio general del derecho comunitario, exige que los medios que aplica una disposición comunitaria sean idóneos para la consecución del objetivo y no superen lo necesario para alcanzar éste⁶⁵.

El TEDH tuvo la ocasión de fallar acerca de la proporcionalidad de la injerencia a consecuencia del caso ya analizado de la publicación de una fotografía de un piloto de Fórmula 1, celebrando su victoria, en cuyo mono aparecía visible la marca de tabaco patrocinadora de la escudería.

En este sentido se pronuncia el TEDH, en el Caso *Hachette Filipacchi Automobile y Dupuy contra Francia*. Conviene recordar el supuesto de hecho que da lugar al conflicto: “(...) se publicaba una fotografía del piloto de Fórmula 1, Michael Schumacher, celebrando su victoria en el pódium del Gran Premio de Australia. El nombre de la marca de tabaco M., patrocinadora de su escudería, aparecía en la manga de su mono. En la manga derecha del mono de otro piloto aparecía la marca de cigarrillos W. Los logotipos de las dos marcas de tabaco medían cada uno aproximadamente un centímetro en una página de formato A4. Uno de los dos logotipos, situado en el extremo derecho de la página, era poco visible. Presentes en los monos de los pilotos, los logotipos se encuadraban en una fotografía de colores particularmente vivos y entre otras insignias y logotipos de otras marcas, de tamaño equivalente. Los logotipos de marcas de alcohol, de gran tamaño, se situaban en segundo plano y eran visibles alrededor del piloto (...)”⁶⁶.

Se consideró por el Tribunal del Estado Miembro que el nombre de la marca de tabaco aparecía “de forma insidiosa en un entorno deportivo, de competición, de campeones que seducen al gran público y en particular a los jóvenes”, de modo que dicha publicidad se consideró como indirecta de los productos del tabaco, siendo como estaba prohibida por el derecho interno.

⁶³ STEDH, caso *Barfod contra Dinamarca*, de 22.2.1989 (TEDH\1989\3).

⁶⁴ STEDH, caso *Lingens contra Austria*, de 8.7.1986 (TEDH\1986\8); STEDH, caso *Müller y otros contra Suiza*, de 24.5.1988 (TEDH\1988\8).

⁶⁵ STJCE, caso *Maizena Gesellschaft mbH y otros contra Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung (BALM)*, de 18.11.1987 (TJCE\1988\40); STJCE, caso *ADM Ölmühlen GmbH y otros contra Bundesanstalt für landwirtschaftliche KMarktordnung (BALM)*, de 7.12.1993 (TJCE\1993\194); STJCE, caso *Käserer Champignon Hofmeister GmbH and Co. KG contra Jonas*, de 11.7.2002 (TJCE\2002\226); STJCE, caso *Alemania contra Consejo de la Unión Europea y otros*, de 12.12.2006 (TJCE\2006\356).

⁶⁶ STEDH, caso *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia*, de 5.3.2009 (TEDH\2009\31).

“(…) Puntualizó que poco importaba que el divulgador no hubiese sido remunerado por los fabricantes de tabaco o no hubiese percibido ninguna remuneración por tal difusión. En su opinión, la reglamentación de la publicidad del tabaco, incluida en el capítulo del Código de Salud Pública dedicado a las ‘epidemias sociales’, constituye una medida necesaria para la protección de la salud que justifica una restricción de la libertad de expresión. Señaló que la técnica del *floutage* (difuminado), ampliamente utilizada para preservar, entre otros, el derecho a la imagen, alteraría muy poco los documentos, permitiendo así ofrecer al público una información lo más completa posible (…)”⁶⁷.

En este caso el desacuerdo en cuanto a la necesidad y la proporcionalidad de la restricción viene fundada en que el derecho a la información y a la libertad de expresión exige que la foto del piloto de Fórmula 1 aparezca tal y como se presentaba en el pódium. Según el parecer de los demandantes, si se hubieran difuminado los logotipos de la marca de tabaco, se hubiera privado al público de la imagen real y exacta del acontecimiento de actualidad.

En este supuesto, como en general, se impone realizar un juicio de proporcionalidad de las medidas en litigio respecto de la finalidad perseguida, para en el caso concreto, determinar si la medida es proporcional al fin perseguido. En el supuesto de autos, se impone la ponderación de la salud pública y la libertad de expresión.

El Tribunal acude a las leyes de derecho interno protectoras de la salud pública y que se constituyen como eje de la estrategia de la lucha contra el tabaco, “epidemia social” que “suscita en la opinión pública y los poderes públicos un interés constante”, en sus propias palabras. En atención a estas consideraciones, el Tribunal estima que la salud pública puede primar sobre ciertos derechos fundamentales como la libertad de expresión.

La publicidad indirecta de los productos del tabaco, por la argumentación precedente, como incitadora del consumo, es motivo suficiente, según el Tribunal para justificar la injerencia. Una vez concebido este motivo como “pertinente” y “suficiente” para justificar la injerencia, no considera el Tribunal que el hecho de no aparecer el logotipo de la marca de tabaco reste valor a la información del acontecimiento.

“(…) la imagen en litigio no constituye el testimonio de un momento particular, sino más bien la reproducción de la puesta en escena, por unos patrocinadores, de un deportista con fines publicitarios. En efecto, no hay duda de que la fotografía tiene por objeto asegurar, entre otras, la publicidad de marcas de tabaco. Aun cuando los logotipos puestos en tela de juicio solo ocupan en la fotografía un espacio mínimo, sí son fácilmente identificables y se asocian directamente al éxito de un deportista. En efecto, los demandantes deberían haber difuminado tales logotipos, siendo este procedimiento técnico muy fácil de aplicar, sin que tal modificación altere la propia esencia, de la fotografía, ni afecte a la retransmisión exacta de la información. Este matiz en la expresión estaba al alcance de los demandantes, profesionales de la prensa (…)”⁶⁸.

⁶⁷ STEDH, Caso *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia*, de 5.3.2009 (TEDH\2009\31).

⁶⁸ STEDH, Caso *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia*, de 5.3.2009 (TEDH\2009\31). Véase STEDH, caso *Lindon y otros contra Francia*, de 22.10.2007 (TEDH\2007\71).

En el supuesto que hemos utilizado para introducir estas cuestiones, Mitsubishi consideró lesionado su derecho a la libertad de expresión a consecuencia de una resolución judicial no fundamentada, innecesaria, y en consecuencia, desproporcionada. El TS en la resolución recaída en litigio estimó que era necesario, para valorar si la restricción, en concreto, es proporcionada, utilizar como criterio rector el establecido por el artículo 53.1 CE, que se constituye como "límite de los propios límites"⁶⁹. Así, "(...) para comprobar si la restricción resulta proporcionada, en el caso concreto, procederá determinar la relación de prioridad relativa entre los bienes, derechos e intereses en conflicto, lo que implica valorar los argumentos a favor y en contra de la efectividad de la tutela judicial pretendida (...)"⁷⁰. De todos modos, como ya hemos apuntado, al no darse el supuesto de hecho contemplado en la norma que se presumió infringida, el TS no dilucidó sobre la proporcionalidad o no de la injerencia en este caso en concreto.

Confrontando ambos supuestos de hecho, en el caso de la publicidad indirecta del tabaco, a consecuencia de la necesidad de controlar la epidemia social del tabaquismo se considera que existe una necesidad social imperiosa que justifica la limitación a la libertad de expresión al responder la restricción a esta necesidad y ser proporcional al fin legítimo perseguido⁷¹. Por el contrario, en el caso Mitsubishi, el TS no considera superado el requisito de la previsión legal por lo que se trata "de una injerencia innecesaria en defensa de un bien -la dignidad de la persona- que no había sido lesionado ni amenazado"⁷².

Una vez nos hemos referido al requisito de la necesaria proporción en la restricción, en cuanto al juicio de la misma, más complejo resulta el debate sobre el margen de apreciación en manos de los Estados Contratantes. Según constante jurisprudencia esto es indispensable en un terreno tan complejo y cambiante, ya que de lo contrario, el TEDH tendría que examinar de nuevo los hechos y las circunstancias de cada asunto, cuando en realidad sus funciones son las de fallar sobre si las medidas tomadas en la esfera nacional están justificadas y son proporcionadas⁷³.

Retomando el caso *Barthold*, en relación a la necesidad de la restricción en una sociedad democrática, y el juicio de proporcionalidad de la misma, el Tribunal considera que la injerencia supera las exigencias del fin legítimo perseguido. En definitiva, el Dr. Barthold ostentaba el derecho de expresar su libre opinión sobre el problema del servicio nocturno de los veterinarios en Hamburgo, aun divulgando su nombre, su fotografía, su calidad de profesional. A juicio del Tribunal Europeo, cualquier efecto publicitario derivado de estas declaraciones es algo secundario. Si se adopta, a su modo de ver, tan rígido criterio sobre la publicidad de las

⁶⁹ STS, 1ª, de 15.1.2010 (RJ 2010\415).

⁷⁰ STS, 1ª, de 15.1.2010 (RJ 2010\415).

⁷¹ STEDH, caso *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia*, de 5.3.2009 (TEDH\2009\31).

⁷² STS, 1ª, de 15.1.2010 (RJ 2010\415).

⁷³ STEDH, caso *Barthold contra Alemania*, de 25.3.1985 (TEDH\1985\3).

profesiones liberales, se atenta contra la libertad de expresión, y se actúa en detrimento de animar a los miembros de dichas profesiones a contribuir a la discusión pública de cuestiones de interés social. Es por este motivo que el Tribunal concluye en este caso que la prohibición no es proporcionada al fin legítimo perseguido y por lo tanto no es necesaria en una sociedad democrática, infringiendo en consecuencia, el artículo 10 del Convenio⁷⁴.

No obstante, se plantea una opinión disidente al fallo de la Sentencia⁷⁵, en defensa de la postura de que en este caso la injerencia producida en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión era necesaria en una sociedad democrática. Para ello, se acude a los principios que sobre esta cuestión se han sentado por resoluciones precedentes⁷⁶. Los jueces disidentes afirman que los Estados contratantes gozan de cierto margen de apreciación de la necesidad cuyo control debe versar sobre si la decisión de los tribunales fue proporcional al fin legítimo perseguido. Lleva a disentir del fallo el hecho de que aun cuando el artículo no tuviera un fin publicitario, ello no obsta a que la repercusión no sea de este tipo. Por este motivo, los jueces disidentes consideraron que no existía infracción del artículo 10 del Convenio puesto que el principio de proporcionalidad no fue trasgredido.

4. A modo de conclusión

En el ámbito de la publicidad “(...) Es tan importante garantizar la libertad de expresión en relación con las prácticas de una empresa como con la conducta de un Jefe de Gobierno, según se planteó en el asunto *Lingens*. De la misma manera este derecho puede ejercitarse tanto en interés de los compradores de productos de belleza como en el de los propietarios de animales enfermos, asunto *Barthold*. La verdad es que la libertad de expresión está, sobre todo, al servicio del interés general (...)”⁷⁷.

Así, la libertad de expresión como fundamento principal de una sociedad democrática y como condición de su progreso y del desarrollo de la persona no sólo es aplicable a informaciones o ideas que se consideren inofensivas o indiferentes, sino también a las que perturban al Estado o al pueblo.

⁷⁴ STEDH, caso *Barthold* contra *Alemania*, de 25.3.1985 (TEDH\1985\3).

⁷⁵ De los jueces Thor Vilhjalmsson y Bindschedler-Robert.

⁷⁶ “(...) En sentencias anteriores, el Tribunal ha expuesto los principios que deben observarse para abordar esta cuestión (ver en particular la STEDH, caso *Handyside*, de 7.12.1976 (TEDH\1976\6), serie A, núm. 24, pp. 22-24, apartados 48-50, y la STEDH, caso *Sunday Times*, de 24.4.1979 (TEDH\1979\1), serie A, núm. 30, pp. 35-38, apartados 58-62). Nos tomamos la libertad de referirnos también a la opinión disidente que un grupo de nueve jueces -al que pertenecemos- emitió en este último caso (apartados 7-9) (...)”.

⁷⁷ Opinión disidente común a los jueces señores Gölcüklü, Pettiti, Russo, Epielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo y Valticos. STEDH, caso *Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann* contra *Alemania*, de 20.11.1989 (TEDH\1989\20).

Lo exigen el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto sin los que nos hay sociedad democrática⁷⁸.

No obstante, las restricciones al derecho no se oponen al Convenio por el hecho de afectar a la libertad de expresión, ya que el ejercicio de ésta puede limitarse si están previstas por la ley, persiguen una finalidad legítima y son necesarias para alcanzar ésta en una sociedad democrática.

Así, en el caso *Müller*: "(...) después de examinar los cuadros objeto del litigio, cree que no les faltaron razones a los tribunales competentes para considerarlos "de naturaleza susceptible de herir brutalmente", por el realce dado a la sexualidad en alguna de sus formas más crudas, "la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal" (apartado 18 *supra*). Los tribunales suizos, teniendo en cuenta las circunstancias y el margen de apreciación que les dejaba el artículo 10.2, tenían derecho a considerar "necesaria" para la protección de la moral la imposición a los Demandantes de una multa por la publicación de objetos obscenos (...) "⁷⁹.

En este sentido, la facultad de apreciación para determinar el justo equilibrio entre la libertad de expresión y los objetivos de interés general contemplados en el artículo 10.2 del Convenio oscila según las finalidades que permiten la limitación del derecho y según los intereses en juego. En el asunto que nos ha ocupado, al existir en el uso mercantil de la libertad de expresión, y en concreto, en un ámbito tan fluctuante como el de la publicidad cierto margen de apreciación, el control por el Tribunal europeo se limitará al examen del carácter razonable y proporcionado de la injerencia⁸⁰. La aplicación de la doctrina del "margen de apreciación" a las comunicaciones comerciales concede a los tribunales internos una oportunidad para adecuar a su contexto específico la necesidad y la proporcionalidad.

A tenor de lo expuesto⁸¹, el discurso comercial se incluye en la protección dispensada por el derecho a la libre expresión. Los tribunales españoles nunca, antes del *caso Mitsubishi*, se habían pronunciado claramente sobre la protección del anuncio publicitario por la libertad de expresión.

⁷⁸ STEDH, *Handyside contra Reino Unido*, de 7.12.1976 (TEDH\1976\6).

⁷⁹ STEDH, caso *Müller y otros contra Suiza*, de 24.5.1988 (TEDH\1988\8). No obstante, haremos mención a la opinión disidente discrepante del Juez Señor Spielmann que considera en este caso la violación del artículo 10 del Convenio por no ser la medida necesaria en una sociedad democrática.

⁸⁰ STJCE, caso *Herbert Karner Industrie-Auktionem GmbH contra Troostwijk GmbH*, de 25.3.2002 (TJCE\2002\226); STJCE, caso *Alemania contra Consejo de la Unión Europea y otros*, de 12.12.2006 (TJCE\2006\356).

⁸¹ Seguimos a RUBÍ PUIG (2008).

5. *Tabla de sentencias**Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

<i>Fecha</i>	<i>Número de Recurso</i>	<i>Partes</i>
7.12.1976	5493/72	<i>Handyside c. Reino Unido</i>
25.3.1985	8734/79	<i>Barthold c. Alemania</i>
8.7.1986	9815/82	<i>Lingens c. Austria</i>
24.3.1988	10465/83	<i>Olsson c. Suecia</i>
24.5.1988	10737/84	<i>Müller y otros c. Suiza</i>
22.2.1989	11508/85	<i>Barfod c. Dinamarca</i>
20.11.1989	10572/83	<i>Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beermann c. Alemania</i>
28.3.1990	10890/84	<i>Groppera Radio AG y otros c. Suiza</i>
24.2.1994	15450/89	<i>Casado Coca c. España</i>
27.3.1996	17488/90	<i>Goodwin c. Reino Unido</i>
20.5.1999	21980/93	<i>Bladet Tromso y Stensaas c. Noruega</i>
5.3.2009	13353/05	<i>Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy c. Francia</i>

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

<i>Fecha</i>	<i>Número de recurso</i>	<i>Partes</i>
18.11.1987	C-137/85	<i>Maizena Gesellschaft mbH y otros c. Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung</i>
7.12.1993	C-109/92	<i>ADM Ölmühlen GmbH y otros c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche KMarktordnung</i>
25.3.2002	C-71/02	<i>Herbert Karner Industrie Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH</i>
11.7.2002	C-210/00	<i>Käserei Champignon Hofmeister GmbH and Co. KG c. Jonas</i>
12.12.2006	C-380/03	<i>Alemania c. Consejo de la Unión Europea y otros</i>
14.12.2006	C-257/05	<i>Verlagsgruppe News GmbH c. Austria</i>
2.4.2009	C-421/07	<i>Proceso Penal c. Frede Damgaard</i>

Sentencias del Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC, Pleno, 8.4.1981	RTC 11	Luis Díez Picazo y Ponce de León	<i>Recurso de inconstitucionalidad promovido por don Nicolás R. U. y cincuenta y un Diputados más, contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo</i>
STC, 2ª, 23.11.1981	RTC 38	Jerónimo Arozamena Sierra	<i>XYZ c. empresa XYZ</i>
STC, Pleno, 31.3.1982	RTC 12	Luis Díez-Picazo y Ponce de León	<i>Sociedad Mercantil Antena 3 S.A. en amparo.</i>

Sentencias del Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 3ª, 18.2.1994	RJ 947	Juan Manuel Sanz Bayón	<i>José Luis L. S. c. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.</i>
STS, 1ª, 24.12.1994	RJ 9779	Alfonso Villagómez Rodil	<i>Alumna arrendadora c. Directora Academia</i>
STS, 1ª, 15.1.2010	RJ 415	José Ramón Ferrándiz Gabriel	<i>Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España, SA c. Asociación de Usuarios de la Comunicación</i>

Sentencias de la Audiencia Provincial

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
SAP Madrid, Civil, Secc. 28ª, 27.6.2008	AC 1580	Rafael Saraza Jimena	<i>Comunidad de Madrid c. Partido Socialista Obrero Español</i>

6. Bibliografía

José María BAÑO LEÓN (1988), "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 24, septiembre-diciembre, pp. 155-179.

José Luis GARCÍA GUERRERO (1997), "La publicidad como vertiente de la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 17, núm. 50, pp. 77-101.

Pedro GRIMALT SERVERA (2010), "Sentencia de 15 de enero de 2010: protección de los contenidos publicitarios a través de la libertad de información y de la libertad de expresión. Límites a la libertad de información y a la libertad de expresión. Aplicación del art. 217 LEC y valoración de la prueba. Art. 24 CE e inadmisión de pruebas", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, pp. 1769-1784.

Cándido PAZ-ARES y Jesús ALFARO (2003), "Ensayo sobre la libertad de empresa", en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Coord.) (2003), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. IV, Thomson-Civitas, Cizur Menor, pp. 5971-6040.

Antoni RUBÍ PUIG (2005), "Publicidad y libertad de expresión: La doctrina del Commercial Speech en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EE.UU", *InDret*, núm. 4 (www.indret.com).

Antoni RUBÍ PUIG (2008), *Publicidad y libertad de expresión*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.

Pablo SALVADOR CODERCH (1990), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA (1995), "Dignidad de la persona", en Alfredo MONTOYA MELGAR (Dir.) (1995), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid.

-- (1991), "La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, pp. 73-113.