



Universidad de Valladolid

TRABAJO FIN DE GRADO:

**“PUBLICIDAD ILÍCITA: LA PUBLICIDAD LESIVA
DEL DERECHO AL HONOR, LA INTIMIDAD Y
LA PROPIA IMAGEN”**

(Convocatoria Ordinaria: Julio 2016)

Autor: Lucía Saldaña López

Tutor: Carmen Herrero Suárez

Grado en Derecho

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

Resumen

Hay varios supuestos de publicidad ilícita regulados en nuestro ordenamiento jurídico, pero en el presente trabajo vamos a analizar los que tienen que ver con los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

¿Prevalcen estos derechos frente a las libertades de expresión e información o, por el contrario prevalecen las libertades? En ambos casos, ¿qué criterios habrá que seguir y frente a qué órganos se puede acudir?

Palabras clave: publicidad ilícita, honor, intimidad, propia imagen, acciones, autorregulación, códigos de conducta

ABSTRACT AND KEY WORDS

Abstract

The object of this paper is the analysis of a concrete case of illegal publicity: publicity against right of honour, private life and self image.

Do these rights prevail over freedom of information and speech or, in the contrary, these freedoms are to prevail. In both cases, what criteria should be taken into account and which would be the competent authorities?

Key words: illegal publicity, honour, private life, self image, actions, autoregulation, Codes of conduct

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. PUBLICIDAD Y PUBLICIDAD ILÍCITA	6
2.1. Introducción.....	6
2.2. Ley General Publicitaria.....	6
2.3. Ley de Competencia Desleal.....	8
2.4. Publicidad contraria a valores o derechos constitucionales	10
3. DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y PROPIA IMAGEN	16
3.1. Introducción.....	16
3.2. Derechos al honor, intimidad personal y familiar como derechos de la personalidad.....	17
3.3. Colisión entre derechos fundamentales	19
3.3.1. Derecho al honor como límite del mensaje publicitario.....	21
3.3.2. Derecho a la intimidad y los medios de comunicación.....	24
3.3.3. Derecho a la propia imagen y libertades de expresión e información.....	26
3.4. El sujeto pasivo	28
3.4.1. Personas físicas	28
3.4.2. Personas jurídicas	28
3.4.3. La persona fallecida.....	30
4. TIPOS DE SOLUCIONES FRENTE A ACTOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA	32
4.1. Solución por medios judiciales: acciones frente a la publicidad ilícita	32
4.2. Solución por medios extrajudiciales: Autorregulación publicitaria	34
5. AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN ESPAÑA	35
5.1. Introducción.....	35
5.2. Autocontrol.....	36
5.3. Organización de Autocontrol.....	38
5.4. Ventajas y resultados de la autorregulación publicitaria.....	39
6. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y RESOLUCIONES DE AUTOCONTROL.....	40
6.1. Códigos de Conducta	40
6.2. Código de Conducta Publicitaria.....	41

6.3. Resoluciones de Autocontrol	43
6.3.1. <i>Referencia al Código de Conducta Publicitaria.....</i>	<i>43</i>
6.3.2. <i>Resoluciones destacables.....</i>	<i>43</i>
7. CONCLUSIONES	48
8. BIBLIOGRAFÍA	51

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, el objeto de estudio es la publicidad ilícita, haciendo especial mención a la publicidad que vulnera los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española, es decir, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Lo que se pretende es analizar si los supuestos estudiados infringen o no esos derechos y si lo hacen y se califica la publicidad como ilícita, las posibles soluciones que podrán darse.

En primer lugar, analizamos la Ley General Publicitaria, que en su artículo 3 recoge los supuestos en los que la publicidad se califica como ilícita, poniéndola en conexión con la Ley de Competencia Desleal y con la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que califican los actos de publicidad ilícita como actos de competencia desleal y regula las acciones que pueden interponerse frente a los mismos.

En cuanto a la regulación de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, el estudio de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, singularmente su artículo 7, que recoge las intromisiones calificadas como ilegítimas frente a los mismos y los supuestos en los que esas intromisiones pueden considerarse válidas. Al analizar cada uno de los derechos por separado nos encontramos con que el sujeto pasivo de los mismos puede ser distinto, y la posible colisión con las libertades de expresión y de información también, cediendo aquéllos en favor de éstas en algunos supuestos, pero teniendo prevalencia éstas en algunos otros.

En el caso de que un acto fuera considerado ilícito por vulnerarse el derecho al honor, la intimidad personal o familiar, o la propia imagen, el titular de los mismos podría hacer uso bien de una solución judicial interponiendo cualquiera de las acciones judiciales recogidas en la Ley de Competencia Desleal, o acudir a la vía extrajudicial, llevándose a cabo el procedimiento de autorregulación, destacando dentro de él la Asociación de Autocontrol.

Para finalizar el trabajo, nos ceñiremos al estudio de los Códigos de Conducta, haciendo especial referencia al Código de Conducta Publicitaria, así como a las resoluciones del Jurado de Autocontrol que se han llevado a cabo hasta el momento en relación a éste, es decir, las resoluciones de Autocontrol que han decidido acerca de la vulneración de la Norma 11 del Código de Conducta Publicitaria, relativa a los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, en cuanto objeto de este trabajo.

2. PUBLICIDAD Y PUBLICIDAD ILÍCITA

2.1. Introducción

El primer texto legal que reguló la publicidad comercial en España data de 1964¹, calificándola en su artículo 10 como “servicio dirigido a los consumidores”, constituyendo, a su vez, un “instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las Leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal”.

El transcurso del tiempo y la evolución del tema publicitario, sobre todo debido a la trasposición de una Directiva Comunitaria de 10 de septiembre de 1984, hicieron mella en el Estatuto de la Publicidad, que acabó siendo sustituido por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General Publicitaria (en adelante LGP).

2.2. Ley General Publicitaria

Esta Ley ha sido objeto de numerosas reformas, siendo la última de ellas la introducida por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

La LGP, recoge en su artículo 1 que la publicidad se regirá por esta ley, así como por la Ley de Competencia Desleal y las demás normas especiales que correspondan, y a su vez, la define como “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” (art. 2), de lo que se deduce, que esta ley, no es aplicable a la publicidad no comercial, destacando entre ella, la publicidad política, la electoral y la institucional, que aunque tienen en común aspectos con la publicidad comercial, carecen del principal, la contratación con el anunciante².

Haciendo referencia tanto a la publicidad política como a la electoral, hay que analizar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 142/2010, de 8 de junio, que argumenta que “... resulta patente que no toda actividad publicitaria queda sujeta al

¹ Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad. Publicado en BOE núm. 143, de 15 de junio de 1964.

² Vid. MARTINEZ ESCRIBANO: “Derecho de la Publicidad: Origen y Fuentes” en AA.VV: *Derecho de la Publicidad*, Navarra, 2015, p. 28.

régimen de la Ley General de Publicidad. Sólo la publicidad realizada en ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional y con la finalidad de promover directa o indirectamente la contratación de bienes, servicios, derechos u obligaciones, queda sometida a su régimen jurídico”.

Respecto a la publicidad institucional, hay que acudir a la también sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 169/2008, de 27 de junio, por la que “...queda excluida de la regulación de la publicidad ilícita, y de la posibilidad de ejercitar las acciones previstas en la LGP para reprimir la publicidad ilícita, la de naturaleza política...”³.

El artículo 3 de dicha Ley, recoge los supuestos en los que la publicidad es considerada como ilícita, haciendo especial referencia a lo que aquí nos interesa, al apartado a) del mismo, en que se considera ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4”.

El citado precepto se refiere tanto a la dignidad de la persona como a los valores y derechos constitucionales, conceptos ligados entre sí, debido sobre todo al artículo 10 de la Constitución Española (en adelante CE), que regula la dignidad personal dentro del Título I CE, dedicado a los derechos fundamentales. Respecto a esa dignidad, quedan fijados los derechos humanos, que son base y fundamento del orden constitucional, político y jurídico⁴, de donde nacen todos los derechos y libertades fundamentales.

El legislador español, al regular los supuestos de publicidad ilícita del artículo 3 a), pretende recoger todos los principios y derechos reconocidos en el Título I de la misma, y no solo los que son susceptibles de amparo constitucional, por lo que la infracción de cualquiera de ellos podría ocasionar un acto calificado como ilícito por la LGP⁵.

³ Vid. TATO PLAZA/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/HERRERA PETRUS: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, 2010, p. 256.

⁴ Vid. DE LA CUESTA RUTE: *Curso de Derecho de la Publicidad*, Pamplona, 2002, p. 129.

⁵ Vid. TATO PLAZA/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/HERRERA PETRUS: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, cit. p. 261.

2.3. Ley de Competencia Desleal⁶

Como consecuencia de la aprobación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre⁷, se produjo, entre otras cosas, la introducción del artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal (en adelante, LCD), por el cual “la publicidad considerada ilícita por la LGP, se reputará desleal”. Debido a la introducción de este artículo, pasan a regularse por esta Ley, determinados supuestos recogidos anteriormente en la LGP, por lo que desde ese momento, esos actos, tendrán la consideración de actos de competencia desleal además de actos de publicidad ilícita.

A pesar de esto, puede darse una situación complicada en la práctica puesto que el artículo 3 LGP califica de publicidad ilícita a los actos de competencia desleal, remitiéndose a la LCD, y el artículo 18 de esta última ley no hace una enumeración de los actos de competencia desleal, por lo que a su vez se produce una remisión a la LGP. Todo esto ocasiona una situación compleja debido a las referencias cruzadas entre ambas leyes⁸.

En primer lugar, para comenzar a abordar el tema de la ilicitud o deslealtad de un acto, hay que hacer referencia al artículo 4 LCD, que “reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Partiendo de esto, hay que tener en cuenta la valoración que haría del mensaje publicitario un consumidor medio debidamente informado, y no como sería interpretado por personas o colectivos especialmente sensibilizados. Estarían, además, excluidos del ámbito de la publicidad ilícita, los casos en los que ese consumidor medio aprecie las situaciones como meramente ficticias o irreales⁹.

⁶ Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, publicada en el BOE núm. 10, de 11 de Enero de 1991. Vigente desde el 1 de Febrero de 1991.

⁷ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Publicada en el BOE núm. 315, de 31 de diciembre de 2009. Esta Ley se lleva a cabo por la incorporación al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

⁸ Vid. TATO PLAZA/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/HERRERA PETRUS: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, cit. p. 255.

⁹ Vid. TATO PLAZA/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/HERRERA PETRUS: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, cit. p. 262.

En torno a esto, podemos hacer referencia a la Resolución de 1 de julio de 2008 de la Sección Quinta del Jurado de la Publicidad, que desestima la reclamación presentada por varios particulares y la Asociación Nacional Animales con Derechos y Libertad (ANADEL) frente a una publicidad de la que es responsable Campofrío Alimentación, S.A. En este anuncio difundido en televisión, aparece una familia con aspecto hippie hablando de las ventajas de ser vegetariano y preguntándose por qué al hijo no le gusta tanto serlo. Acuden al supermercado y se ve como el hijo se acerca a la sección de charcutería para coger un paquete de la estantería, cosa que la madre impide acercándole un paquete de “Finissimas” mientras le dice que si lo hace, lo haga bien. El anuncio finaliza con una voz en off que dice “Finissimas de Campofrío. Si las pruebas, te conviertes”. Esta reclamación se desestimó al entender que, “en el contexto desenfadado, ficticio y marcadamente irreal en el que permanentemente se desarrolla la publicidad, ... parece más probable que un consumidor medio perciba la publicidad como una mera parodia absolutamente irreal y ficticia que le sirve al anunciante de punto de partida para destacar los atractivos de su producto”.

También podemos citar la Resolución de 3 de julio de 2015 de la Sección Quinta del Jurado de la Publicidad, por la que se desestima la reclamación presentada por La Unió de Llauradors i Ramaders contra una publicidad de la que es responsable la Compañía de Servicios de Bebidas Refrescantes S.L. (Coca-Cola). La reclamación se formula frente a dos anuncios difundidos en televisión en los que se promociona “Fanta”. En ambos aparece un agricultor explicando que tiene una plaga de jóvenes y que no sabe que trampas ponerles para hacerles desaparecer, hasta que descubrió que el sabor a naranja les gustaba, haciendo una comparativa a los ratones y el queso. A pesar del cebo, no obtenía los resultados deseados. Se desestima al concluir que la citada publicidad no puede ser calificada como ilícita “puesto que la misma es desarrollada en clave de humor con cierta exageración, lo que haría improbable que un consumidor medio pudiera percibirla como una ofensa a la actividad llevada a cabo en el anuncio”.

Hay que tener en cuenta además que la percepción social de muchas de las conductas que se analizan en estos casos, no es una percepción estática, es decir, que

durante un periodo de tiempo, a su parecer, no existía una conducta ilícita, pero con el paso del mismo, esas conductas sí que serían reprochables y viceversa¹⁰.

2.4. Publicidad contraria a valores o derechos constitucionales

Haciendo referencia a los supuestos de publicidad ilícita del artículo 3 LGP, el primero de ellos, recogido en su apartado a) se refiere a aquella publicidad que resulte contraria a la dignidad de la persona o a los valores o derechos constitucionalmente reconocidos, haciendo especial hincapié en los derechos al honor, intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, así como al derecho de igualdad regulado en el artículo 14 CE. Es decir, la infracción de cualquiera de estos derechos, valores o principios en el contexto de un mensaje publicitario, podría ocasionar la calificación de ese mensaje como ilícito.

Lo más normal es que este mensaje publicitario, vulnerador de principios, valores y derechos constitucionales, no sea explícito, sino que se encuentre de manera implícita en situaciones y escenas que aparecen en la publicidad, por lo que habría que acudir a la interpretación que haría del mismo un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sin tener en cuenta la interpretación que pudiera hacerse por parte de algún colectivo especialmente sensibilizado. Respecto a esto, podemos acudir a la Resolución de 15 de diciembre de 2015, de la Sección Primera del Jurado, (Unión de Consumidores de la Comunitat Valenciana contra Volkswagen-Audi España, S.A). La reclamación se formuló frente a un anuncio difundido en internet del vehículo Volkswagen Golf Ed. TDI 2015, donde se mostraban imágenes del funcionamiento de su sistema de asistencia al aparcamiento, “Park Assist”, observando como el conductor retiraba las manos del volante y, en ese mismo momento, el volante pasaba a ser controlado por el sistema, completando la maniobra de aparcamiento. La Sección desestimó la reclamación al entender que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, no entendería que ese sistema de ayuda al aparcamiento sustituye por completo al resto de maniobras para llevarse a cabo.

¹⁰ Vid. HERRERO SUAREZ: “La Publicidad ilícita (I)” en AA.VV: Derecho de la Publicidad, Navarra, 2015, p. 95.

Hay que hacer referencia a que, dentro de este supuesto de publicidad ilícita, también se encuentra la vulneración de la dignidad personal del artículo 10 CE. Esta dignidad, se encuentra protegida por los derechos del artículo 18 de la misma, atendiendo a dos perspectivas:

- Perspectiva objetiva: hace referencia a la fama, a la idea que tengan los demás individuos, de un sujeto.
- Perspectiva subjetiva: se refiere a la conciencia que tiene una persona sobre sí misma.

Es decir, el derecho al honor protege la dignidad personal en base a la idea que tengan otros sujetos o incluso el mismo sujeto sobre sí mismo y los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen intentan protegerla hacia el exterior, en su proyección frente a terceros¹¹.

Acudiendo a la norma suprema, se están reconociendo tres derechos distintos, pero hay algunas posiciones discrepantes que consideran que alguno de esos derechos no es un derecho autónomo, sino que forma parte de otro. Por tanto:

- Para un sector doctrinal, pese a reconocerse esos tres derechos, sólo hay dos bienes jurídicos protegidos, como son el derecho al honor por un lado, y la privacidad o intimidad por otro, al considerarse que el derecho a la propia imagen entraría a formar parte de este último.
- Para otro sector doctrinal, se concibe el derecho a la propia imagen como un derecho autónomo de los otros dos, y no formando parte del derecho a la intimidad, por lo que podríamos hablar de tres derechos independientes entre sí¹².

En relación con lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo¹³ (en adelante LO 1/82), debemos acudir a lo establecido en su artículo 1, en el que se señala que los

¹¹ Vid. HERRERO SUAREZ: “La Publicidad ilícita (I)” en AA.VV: *Derecho de la Publicidad*, cit. p. 102.

¹² Vid. GARCÍA GUERRERO: *La publicidad: fundamentos y límites constitucionales*. Valencia, 2014, pp. 240-241.

¹³ 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, publicada en el BOE núm. 115, de 14 de Mayo de 1982. Vigente desde el 3 de Junio de 1982.

derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, serán protegidos civilmente frente a cualquier intromisión ilegítima, considerando como tales en su artículo 7:

“1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.

6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas”.

Este artículo, debemos ponerlo a su vez, en relación con el artículo 2 de la LO 1/82, al hacer referencia a que esa protección civil “quedará delimitada por las leyes y usos sociales, atendiendo al ámbito que mantenga cada persona reservado para sí mismo o su

familia”. No se apreciará intromisión ilegítima sobre esos derechos cuando estuviera expresamente autorizada por Ley o cuando el propio titular haya prestado consentimiento expreso a la misma, consentimiento que podrá ser revocable en cualquier momento, con posible indemnización de los daños y perjuicios que hubieran podido ocasionarse. Tampoco podrán ser ilegítimas cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante (art. 8.1), o cuando se trate de los casos citados en el artículo 71 CE por el cual los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, y para seguirse un proceso contra ellos habrá de obtenerse la previa autorización de cualquiera de las Cámaras.

Haciendo referencia al consentimiento previo, se podrá revocar en cualquier momento, indemnizando los posibles daños y perjuicios que pudieran ocasionarse. Si ese consentimiento debiera ser prestado por menores o incapaces, podrán hacerlo siempre que tengan un grado de madurez acorde a lo dispuesto en la legislación civil y, en caso contrario, deberá realizarlo su representante legal por escrito.

Teniendo en cuenta lo relativo al predominio del interés histórico, científico o cultural, el Tribunal Supremo (en adelante TS) en su sentencia de 18 de noviembre del año 2008, mantiene que “no toda información tiene que ser necesariamente política, económica, científica o cultural, sino que también existe el género más frívolo de la información de espectáculo o de entretenimiento”, por lo que en la STS 388/2009, de 9 de junio, dice que “se admite también la licitud de la publicación de imágenes incontestadas de personajes cuya notoriedad o proyección pública deriva precisamente de su aparición en programas televisivos o revistas del género frívolo o de entretenimiento y no de su dedicación a la política ni de su reconocimiento científico, cultural o artístico”.

Respecto a esto, hay que hacer referencia al interés cultural, que es el que más problemas origina. En torno a esto, se puede hacer referencia a dos polémicas sentencias del TS, en las que dos modelos, eran fotografiadas en la playa mientras hacían top-less:

La primera de ellas, la STS 1050/2008, de 18 de noviembre de 2008, se trata de un recurso de casación contra una sentencia anterior que condenaba a la empresa “Interviú”, por una publicación que suponía una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la demandante, una conocida modelo española de fama internacional, al haberse publicado un reportaje fotográfico formado por varias fotografías de la modelo,

captadas sin su conocimiento, mientras se encontraba en una playa sin la pieza superior del bikini, por razones ajenas a su profesión.

La segunda de ellas, la STS 400/2009, de 12 de junio de 2009, se trata también de un recurso de casación que versa sobre la licitud o ilicitud civil de la publicación de unas fotografías de la demandante, miss España 1995, tomadas en una playa de Ibiza mientras la demandante disfrutaba de un día de playa sin la pieza superior del bikini.

En ambos casos, el TS procede a casar totalmente la sentencia recurrida al considerar que el torso desnudo de las modelos es de relevancia pública ya que su imagen es su medio de trabajo y la ausencia de la parte superior del bikini se adapta a los usos sociales actuales: “la licitud o ilicitud de unas imágenes como las aquí enjuiciadas, de una modelo de fama internacional en una playa de libre acceso normalmente concurrida, no puede depender, sea desde la perspectiva del derecho a la propia imagen, sea desde la del derecho a la intimidad, del solo detalle de que dicha persona conserve o no la pieza superior del biquini”.

Acudiendo a lo señalado anteriormente, recogido en el artículo 7.6 LO 1/82, se establece que “tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley... la utilización del nombre, de la voz, o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. De esta manera, parece claro, que el legislador español ha caracterizado el derecho de la publicidad relativo a la explotación de la propia imagen (*right of publicity*) como parte integrante de esos derechos, por lo que podría señalarse que la utilización in consentida de la imagen de un tercero, daría lugar a un supuesto de publicidad ilícita de los recogidos en el artículo 3 apartado a) LGP.

El “*right of publicity*” anglosajón o el derecho a la explotación de la propia imagen, es un derecho de todas las personas, pero siempre y cuando esa persona lo consienta y sea remunerado por ello. No será posible el uso de la imagen de ninguna persona en publicidad si no se ha obtenido su consentimiento previo, aun cuando se trate de una fotografía tomada en un sitio público.

Para que la utilización de una imagen en el ámbito de la publicidad sea calificada como publicidad ilícita, debe afectar a su dimensión personal y no patrimonial, puesto que si afecta sólo a su esfera patrimonial, podría darse el caso de que se produzca una infracción del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen,

pero la misma no sea considerada como publicidad ilícita. Esto se puede apreciar en la STC 231/1988 y, sobre todo en la STC 99/1994, por la cual “el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial inconsentida de la imagen de una persona, puede afectar a su propio derecho fundamental a la propia imagen”.

En la LO 1/82 se reconocen unos derechos relativos a la explotación de la imagen. Sin embargo, hay que diferenciarla de la esfera constitucional, encargada de la protección de la esfera moral de los mismos y relacionada con la dignidad humana del artículo 10 CE. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen, afecta a bienes jurídicos distintos de los reconocidos en un derecho de la personalidad, por lo que, aunque deban ser protegidos, no forman parte del contenido del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen reconocido en el artículo 18 CE. Dicho de otro modo, en palabras del TC en la STC 231/1988, “limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto factor imprescindible para su propio reconocimiento del individuo”¹⁴.

En resumidas cuentas, no parece que quepa afirmarse de manera concluyente que cualquier utilización publicitaria de la imagen de un tercero de manera no consentida dé lugar a un supuesto de publicidad ilícita recogido en el artículo 3 LGP, sino que, para ello, habrá de valorar, entre otros factores:

- La popularidad de la persona cuya imagen se emplea: si se trata de personas que de manera usual aparecen en los medios de comunicación es más posible que se vea vulnerada más su dimensión patrimonial que la personal.
- La previa participación de la persona en campañas publicitarias: constituye un punto determinante a la hora de negar la posible intromisión en el ámbito personal del derecho a la propia imagen.
- La existencia de un contrato previo de cesión de derechos de imagen.
- El tipo de imagen empleada: en la STC 81/2001, de 26 de marzo, se dice que no nos encontramos ante la reproducción del rostro o los rasgos físicos de la persona del recurrente, sino ante la representación imaginaria de características

¹⁴ Vid. TATO PLAZA/FERNANDEZ CARBALLO-CALERO/HERRERA PETRUS: *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, cit. pp. 267-268.

externas de un personaje televisivo, por lo que la imagen del recurrente que se representa en el anuncio, se trata de una representación ajena al espacio de privacidad de su creador, a su propia imagen como individualidad y como persona y a su dignidad personal.

- Los propios términos en los que el afectado plantee su demanda: en la STC 81/2001, también se niega una vulneración del derecho a la propia imagen en su dimensión personal al plantear la demanda como una intromisión en la dimensión patrimonial del mismo¹⁵.

Tras la valoración de estas circunstancias se podrá afirmar si se vulnera el derecho a la propia imagen en la dimensión personal, originando un supuesto de publicidad ilícita de los regulados en el artículo 3 LGP o si, por el contrario, se vulnera en la dimensión patrimonial, lo que no daría lugar a un supuesto de publicidad ilícita recogido en la LGP pero sí se podrá hacer uso del procedimiento previsto en la LO 1/82¹⁶.

3. DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y PROPIA IMAGEN

3.1. Introducción

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se encuentran recogidos en el artículo 18.1 CE, y desarrollados por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En base al artículo 1.3 de la citada ley, se consideran derechos irrenunciables, inalienables e imprescriptibles:

- Irrenunciables: “la renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 de la misma” (art. 1.3).
- Inalienables: estos derechos no se puede enajenar, transmitir, ceder ni vender legalmente. Se les está excluyendo del comercio al hacer referencia a que no se les

¹⁵ Vid. TATO PLAZA/FERNANDEZ CARBALLO-CALERO/HERRERA PETRUS: *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, cit. p. 268.

¹⁶ Art. 9 LO 1/82

puede vender, como es también el caso de los derechos fundamentales y de los seres humanos, que al tratar de hacerlo inmediatamente se estaría cometiendo un delito.

- Imprescriptibles: los derechos citados anteriormente no pueden perder vigencia o validez, no caducan aun cuando pase el tiempo, ya que se van a poder seguir ostentando como tal indefinidamente.

Estos derechos son calificados de derechos fundamentales y gozan de una protección reforzada frente a los demás derechos. El artículo 1.1 de la LO 1/82 dice que, “serán protegidos civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con la presente Ley Orgánica”, sin perjuicio de su protección penal, recogida en el Libro II, Títulos X y XI del vigente Código Penal. El carácter delictivo de la intromisión, no impedirá la posibilidad de interposición del recurso previsto en el artículo 53.2 CE frente al procedimiento de tutela judicial derivado de las intromisiones legítimas, recogido en el artículo 9 de la LO 1/82. Aun así, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito (art. 2).

3.2. Derechos al honor, intimidad personal y familiar como derechos de la personalidad

Los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, además de ser calificados como derechos fundamentales, son calificados también de derechos de la personalidad, íntimamente vinculados con la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE. Esta dignidad personal puede ser configurada como un límite a la libertad de expresión y, por ende, a la publicidad, de lo que se puede derivar que si una publicidad no respeta esta dignidad personal, será calificada como publicidad ilícita.

La importancia de los derechos de la personalidad puede basarse en el análisis de sus notas definitorias, entre las que destacan:

- Son derechos originarios o innatos, inherentes al ser humano, por lo que todas las personas gozan de ellos, con independencia de cualquier factor particular, tales como la nacionalidad, la religión y la raza, entre otros. Estos derechos no tienen nada que ver con la legislación vigente, sino que están vinculados a la condición humana.

- Son derechos absolutos, oponibles frente a todos. Estos derechos pertenecen al individuo y deben ser respetados por todos los demás, sin ninguna particularidad.
- Se trata de derechos extra patrimoniales, que no pueden ser considerados parte del patrimonio. No tienen valor económico, y no son susceptibles de ser valorados en dinero.
- Son indisponibles e irrenunciables: el titular del derecho no puede disponer del mismo por completo, puesto que no puede transmitirlo ni renunciar a él, al estar este derecho ligado a la persona. Aquí podemos encontrar una disponibilidad parcial, al poder renunciarse a una parcela concreta de la intimidad, pero no vender íntegramente ese derecho¹⁷.

Respecto a la titularidad de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se ha cuestionado por la doctrina y la jurisprudencia si las personas jurídicas también pueden ser titulares de los mismos, puesto que al ser derechos de la personalidad se presumen inherentes a la persona física. A pesar de esto, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), manifestó en varias de sus sentencias¹⁸, que el derecho al honor no es exclusivo de las personas físicas, y que si se divulgan hechos relativos a esa persona jurídica que la difamen o la hagan desmerecer, podría considerarse que se ha producido una intromisión en su derecho al honor, siempre teniendo en cuenta que esa intromisión será de un rango inferior a la intromisión en el derecho al honor de las personas físicas.

Es ya reiterada la jurisprudencia del Alto Tribunal que manifiesta que “las personas jurídicas también son titulares del derecho al honor, en la vertiente de buen nombre comercial de la empresa o de prestigio de la misma, que suponen una proyección pública del buen nombre y consideración ajenas, con trascendencia en el mercado” y, además, que

¹⁷ Vid. MARTINEZ ESCRIBANO: “Derecho de la Publicidad...” en AA.VV: *Derecho de la Publicidad*, cit. p. 60.

¹⁸ Destacar STC 139/1995, de 26 de Septiembre de 1995, en la que se manifiesta que “...en consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 CE, pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 CE”.

“las personas jurídicas pueden ser titulares, así, de un reconocimiento que los demás hacen de su dignidad, seriedad, probidad, solvencia, etc., por lo que también son susceptibles de sufrir un ataque o infracción de su honor o prestigio”.

Respecto a los derechos a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, el TC considera que, en este caso, sí que son derechos exclusivos de la persona física, y por tanto no cabe su intromisión respecto de las personas jurídicas. En este punto, cabe citar la STC 369/2009, de 21 de mayo, en la que el TC considera que, por su propia naturaleza, el derecho a la propia imagen sólo tiene sentido en relación con la persona física, y que los signos asociados a la imagen de las personas jurídicas, como parte de su activo cultural, están protegidos mediante la regulación de la propiedad intelectual e industrial, cuya vulneración no comporta por sí misma la infracción de un derecho fundamental.

En resumen, en cuanto a la titularidad del derecho al honor, podrá ser propia de las personas jurídicas pero, por el contrario, en lo relativo a los derechos a la intimidad personal y familiar, solo podrán ser titulares de los mismos las personas físicas, quedando al margen de la misma las personas jurídicas.

3.3. Colisión entre derechos fundamentales

Como se ha expuesto con anterioridad, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen podrán verse afectados, de manera independiente, pero también, con frecuencia, de forma conjunta, dada su evidente proximidad. El riesgo más evidente de colisión puede plantearse en relación al ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que llevará a que la ponderación de intereses y bienes jurídicos protegidos entre los derechos del artículo 18 y 20 constituya un supuesto habitual por parte de los operadores del derecho.

Haciendo referencia a los derechos al honor, intimidad personal y familiar, y la propia imagen como límites del mensaje publicitario, podemos citar que el derecho al honor protege la dignidad de la persona desde una doble perspectiva, el derecho a la intimidad personal y familiar se orienta a la protección de agresiones externas en el ámbito de la vida tanto personal como familiar de un sujeto y, por último, el derecho a la propia imagen tiene la facultad de excluir la captación o reproducción de su imagen, permitiéndose esto en algunos supuestos de los que hablaremos más adelante.

Son derechos fundamentales, como también lo son el de libertad de expresión e información del artículo 20 CE, por lo que puede darse la posibilidad de que entren en colisión los unos con los otros.

La libertad de expresión es el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, las ideas y las opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, mientras que la libertad de información es el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. En principio, se tiene derecho a ambos, pero hay determinadas situaciones en las que su ejercicio puede dar origen a una vulneración del honor, de la intimidad personal y familiar y de la propia imagen, cediendo los primeros en favor de estos últimos en caso de confrontación entre ellos, pues de lo contrario estaríamos ante un supuesto de los calificados como publicidad ilícita por el artículo 3 LGP¹⁹. En al ámbito de la publicidad comercial, esta situación es diferente, invirtiéndose la situación y dándose una mayor protección a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, todo ello debido a que las posiciones enfrentadas son en ámbitos privados y no se tratan de valores de interés general²⁰.

Las libertades de información y de expresión tienen reconocidos los límites a su ejercicio en relación con la protección de los derechos al honor, intimidad personal y propia imagen en el artículo 20.4 CE, de lo que se presupone que cuanto mayor es el ámbito de protección de los mismos, menor será el espacio para ejercer las citadas libertades²¹, aunque esto no siempre es así. De hecho, el Tribunal Constitucional ha considerado en el Fundamento Jurídico 5 de la STC 104/86, de 17 de julio, que “...no necesariamente y en todo caso, tal aceptación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades ni tampoco siempre que estas hayan de ser consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria casuística ponderación entre uno y otras”.

¹⁹ Para que la publicidad no sea considerada como publicidad ilícita, tiene que ser veraz, leal y explícita, y no debe ser considerada lesiva.

²⁰ Vid. HERRERO SUAREZ: “Derecho de la Publicidad...” en AA.VV: *Derecho de la Publicidad*, cit. pp. 102-103.

²¹ Vid. LÓPEZ DÍAZ: *El derecho al honor y el derecho a la intimidad: jurisprudencia y doctrina*, Madrid, 1996, p. 155.

Por lo que, teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la CE, se podrá afirmar que las libertades de expresión e información tienen como límite total los derechos fundamentales, y especialmente, los derechos al honor, intimidad personal y familiar, y la propia imagen. A pesar de ello, para Muñoz Machado, la doctrina del TC justifica la preferencia de la libertad de expresión frente a los demás derechos y, especialmente, respecto del derecho al honor²².

En un sentido similar, López Guerra señala que el TC ha recogido de manera reiterada, que estas libertades no son libertades como pueden serlo las demás, puesto que afectan a toda la comunidad y no a un sujeto en particular, y que deben garantizarse los derechos de cada ciudadano, incluyendo entre ellos los derechos de la personalidad²³.

Ambos autores señalan que la configuración de la relación entre las libertades y los derechos, se lleva a cabo de manera lenta a través de la jurisprudencia, tanto del TC como del TS, concluyendo de manera similar a lo que expone el texto constitucional, es decir, que el límite a las libertades de expresión e información se encuentra en que no pueden dañar los derechos fundamentales, especialmente los derechos al honor, intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

En resumen, atendiendo a la perspectiva constitucional, estos derechos al honor, intimidad personal y familiar, ceden ante los derechos de la información, pero acudiendo al ámbito de la publicidad comercial la situación se invierte, pasando a tener los derechos un valor superior al de las libertades.

3.3.1. Derecho al honor como límite del mensaje publicitario

A pesar de lo expuesto anteriormente relativo a la limitación de la libertad de expresión e información por los tres derechos anteriores, la mayor parte de la doctrina del TC se centra en el derecho al honor.

El honor se encuentra ligado a la propia dignidad de la persona, así como a su reputación y la fama, por lo que puede presentar una vertiente objetiva, la consideración que los demás tienen de una persona, y una vertiente subjetiva, que será la propia consideración que uno tiene de sí mismo.

²² Vid. O'CALLAGHAN: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, p. 9

²³ Vid. O'CALLAGHAN: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, cit. p. 9

Para comprender si se da una lesión en el honor, es preciso distinguir tres nociones: expresión, opinión e información. La expresión es el término empleado para referirse a una persona, que en el caso de ser injuriosa, vulneraría el honor; la opinión es un juicio de valor que, en principio, si es desfavorable atentará contra el derecho al honor si se utilizan hechos falsos o difamaciones; por último, la información serán datos o hechos objetivos, que si son falsos vulneran el derecho al honor²⁴.

Para valorar la posible colisión entre los derechos personalísimos y las libertades fundamentales, el TC los analizará por separado, e intentará que ambos se puedan desarrollar sin que ninguno de ellos desaparezca. El TC, para llevar a cabo la ponderación del derecho al honor frente a las libertades de expresión e información, tiene que tener en cuenta tres cosas: la libertad ejercitada, si existe interés público o directo y si la persona tiene la condición de persona pública.

El Tribunal debe distinguir, en primer lugar, entre si ejercita la libertad de expresión o si ejercita la libertad de información, es decir, si con la publicidad se emiten, a su vez, opiniones, o si sólo se manifiestan los hechos, siendo el límite en este último caso menor. Tenemos que tener en cuenta respecto a esto el Fundamento Jurídico 2 de la STC 76/1995, de 22 de mayo, que dice que “...por una parte se configura la libertad de pensamiento o ideológica, libertad de expresión o de opinión, mientras por otra parte se construye el derecho de información en una doble dirección, comunicarla y recibirla”. Aquí pues, apreciamos las dos libertades, indicando además los titulares de cada una de ellas, que es donde se marca la diferencia²⁵.

En relación a la primera de ellas, la libertad de expresión, hay que tener en cuenta la STC 214/1991, de 11 de noviembre, el llamado “Caso Violeta Friedman”, que en su Fundamento Jurídico 6 apartado a), recoge que, “en relación con la libertad de expresión, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas que se expongan y resulten innecesarias para la exposición de las mismas...En este sentido, los pensamientos,

²⁴ Vid. MARTINEZ ESCRIBANO: “Los sujetos de la publicidad” en AA.VV: *Derecho de la Publicidad*, cit. pp. 64-65.

²⁵ Los titulares de la libertad de expresión son todo individuo o persona, en cambio los de la libertad de información, se añade que también lo serán las personas que profesionalmente se dedican a la información, es decir, los periodistas.

ideas, opiniones o juicios de valor, a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación., y por tanto, respecto del ejercicio de la libertad de expresión, no opera el límite interno de veracidad”. Además, recoge lo relativo a la libertad de información, señalando que “cuando se trate de comunicación informativa de hechos, no de opiniones, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz...”.

Por lo que, teniendo en cuenta esta sentencia, habría que decir que la veracidad es esencial en este contexto y que, por tanto, se persigue y castiga la falta de adecuación entre el bien o servicio que se muestra en el mensaje y la realidad. En palabras del TC, veracidad sería “el deber del informador de búsqueda diligente de la verdad” y ese “concreto deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas o noticias gratuitas o infundadas”, y su precisión será la del nivel de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados²⁶. En resumen, la veracidad no se refiere tanto a que la información sea exacta, sino a que se lleve a cabo con la diligencia debida por parte del profesional encargado de la misma. La comprobación de los hechos ha de ser razonable, contrastándose con otros datos objetivos y demás fuentes.

En lo relativo al interés público se dice que es el concepto básico para averiguar si una información merece o no la protección legal. Para el TC se puede considerar que las personas públicas generan un interés del público y de los medios de comunicación, pero si ese interés equivale a curiosidad ajena o cotilleo, aunque a veces se pueda defender como útil para determinados fines sociales, no puede servir para legitimar la invasión en los derechos a la vida privada de las personas.

Por último, haciendo referencia a la condición de personaje público del titular del derecho al honor, decir que no pierde su derecho al mismo al mismo frente a la libertad de información, sino que goza de una protección menor respecto a la protección de la que pueda gozar una persona privada, por lo que si la información carece de interés público,

²⁶ Vid Antecedente 8 y FJ 3 de la STC 28/1996, de 26 de febrero de 1996.

prevalece el derecho al honor frente a esa libertad informativa²⁷. En torno a esto hay que hacer una matización, reflejada en la STC 78/1995, de 22 de mayo, que afirma que “admitiendo la condición de personajes públicos de los recurrentes y el interés público existente en torno a su actividad profesional, no por ello su derecho al honor dejaba de estar protegido en relación con todas aquellas manifestaciones peyorativas o claramente vejatorias”.

En cualquier caso, para que se considere que se ha atentado contra el derecho al honor, se requiere que la expresión realizada o el hecho manifestado que atente contra el mismo, resulte divulgado de manera pública²⁸, con independencia de que se trate de una persona con relevancia pública o de una persona privada, aunque al margen de esto quedarán las opiniones intencionalmente vejatorias, que siempre se protegerán.

3.3.2. *Derecho a la intimidad y los medios de comunicación*

La intimidad se refiere a la esfera de la vida privada de una persona, que los demás no pueden conocer, ni mucho menos invadir, salvo que se preste consentimiento, sin hacer distinción entre el ámbito de la intimidad personal o el de la intimidad familiar²⁹. Acudiendo al artículo 18 CE se protege no solo la intimidad personal sino también la familiar, por lo que quedan fuera del ámbito de protección las esferas laboral, profesional y comercial³⁰, y acudiendo al artículo 7 LO 1/82, esta intimidad se verá protegida por los supuestos recogidos en sus cuatro primeros apartados. Junto al emplazamiento y la utilización de aparatos de escucha o cualquier otro que sirvan para conocer la vida íntima de las personas, se encuentran también la divulgación, revelación y registro de actividades de la vida íntima que deben considerarse intromisiones en la intimidad de las personas³¹.

Como ya se ha dicho anteriormente, el derecho a la intimidad personal y familiar, también supone, al igual que el derecho al honor y el derecho a la propia imagen, un límite

²⁷ Vid. ORTEGA GUTIERREZ: *Derecho a la información versus Derecho al honor*, Madrid, 1999, pp.106-115.

²⁸ Vid. ALBADALEJO: *Derecho Civil I: Introducción y Parte General*, Madrid, 2009, p. 463.

²⁹ Vid. MARTINEZ ESCRIBANO: “Los sujetos de la publicidad” en AA.VV: *Derecho de la Publicidad*, cit. p. 65.

³⁰ Vid. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ: *Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*, Barcelona, 1996, p. 44.

³¹ Vid. HERRERO-TEJEDOR: *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid, 1990, pp. 180-182.

a las libertades de expresión e información del artículo 20 CE, aunque atendiendo a la doctrina establecida por el TC, hay una prevalencia de las libertades frente a los derechos. Para ello hay que tener en cuenta, sobre todo, que lo informado sea de interés público, quedando al margen la simple curiosidad ajena. Esto no quiere decir que los personajes públicos no tengan derecho a la intimidad, sino que se protegerá únicamente en la esfera de su vida privada y no en lo relativo a actos que se consideren relevantes para el interés público³².

En lo relativo a esto, la Sentencia que inició la base jurisprudencial y cómo debía interpretarse la LO 1/82, fue la STC 231/1988, que resolvió el recurso de amparo relativo a la comercialización del video que recogía, entre otras cosas, las escenas de la cogida, agonía y posterior muerte del torero Francisco Rivera “Paquirri”³³. Esta sentencia estimó el recurso interpuesto por su viuda, por considerar que “el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a los aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar”, y asimismo afirma que “el derecho propia a la intimidad de la demandante, queda reconocido”. Por lo que en este caso, queda evidenciada la vulneración del derecho a la intimidad establecido en el artículo 18.1 CE, y el límite impuesto por el mismo respecto de las libertades de expresión e información.

A diferencia del supuesto de intromisión en el derecho al honor, en el caso de la intimidad personal y familiar no tiene que analizarse la veracidad de la información manifestada, sino que es necesaria la relevancia del hecho divulgado, es decir, que además de ser verdadera la información que se comunica, es necesaria en base al interés público del asunto del que se está informando. En lo relativo a esto, una sentencia bastante importante es la STC 115/2000, de 10 de mayo (“Caso Preysler”), en la que el TC indica que para resolver sobre la colisión del derecho a la intimidad y la libertad de información, “hay que tener en cuenta los parámetros establecidos, como son:

a) Que no puede haber, como ya se ha dicho, una posición apriorística de preponderancia para delimitar el alcance del derecho a informar y el derecho a la intimidad, en otras palabras que para trazar la línea divisoria entre las zonas de influencia de dichos derechos constitucionales, casi siempre...habrá de estarse al examen del caso concreto, y

³² Cabe destacar la STC 115/2000 en la que se señala que “para cualquier persona, sea pública o privada, existe un ámbito especialmente protegido de su intimidad”.

³³ Vid. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ: *Honor, intimidad e imagen...* cit. pp. 47-49.

b) La ponderación adecuada que ha de realizar el órgano judicial de la gravedad e importancia del ataque a la intimidad y del interés y consecuencias de la información, en conflicto”.

3.3.3. *Derecho a la propia imagen y libertades de expresión e información*

La imagen es la representación gráfica de la figura humana, que se protegerá cuando sea visible y reconocible. La doctrina le encuadra dentro de los llamados derechos innatos de la persona, o derechos de la personalidad, y se encuentra protegida por la LO 1/82, según la cual, no está permitida “la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos”, ni tampoco “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga” (art. 7 LO 1/82). Los supuestos contenidos en este artículo 7 no son los únicos, al no tratarse de una lista cerrada, por lo que podría considerarse que cualquier otro motivo, debidamente justificado, lesione también el derecho a la propia imagen.

Este derecho a la propia imagen actúa como un derecho que limita el ejercicio de la libertad de expresión. A su vez, el derecho a la propia imagen no puede concebirse como un derecho absoluto, sino más bien como un derecho perteneciente a la esfera del derecho al honor o a la esfera de la intimidad personal y familiar, pudiendo quedar limitado por otros intereses públicos relevantes³⁴, así como por la voluntad del titular del derecho, que es, en principio, a quien le corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero, sin perjuicio de los casos de salvedades a los que se ha hecho referencia con anterioridad.

Según el artículo 8 LO 1/82, “el derecho a la propia imagen no impedirá:

- 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.
- La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

³⁴ Vid. AGUILERA FERNÁNDEZ: *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información. (Posibilidades y límites constitucionales)*. Granada, 1990, p. 52.

- La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria”.

Respecto a los dos primeros apartados, no serán de aplicación en el caso de que se trate de personas o autoridades públicas, pero que por la naturaleza de las funciones que desempeñen necesiten el anonimato de las personas que las ejerzan. En cuanto al último apartado, podemos acudir a la STC 152/2009, de 26 de febrero, por la que se interpone recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que apela a su vez, una sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 del Prat de Llobregat, en la que los demandantes alegan que se ha producido una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen al difundirse unas imágenes, para un spot publicitario, de un partido de fútbol de Primera División en el que aparecen, y que como consecuencia de ello sufren daños morales y económicos en su imagen. El TC, alega que “la difusión de las imágenes en las que se sitúa la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, ha podido afectar al ámbito patrimonial de dicho derecho, pero no a su esfera constitucional amparada por el artículo 18.1 de la Constitución y por la Ley Orgánica 1/1982, pues, en punto a la tutela que ésta dispensa, no cabe apreciar la afectación a la dignidad de las personas y el subsiguiente perjuicio en la esfera moral que, en último término, constituye el fundamento de la protección que otorga”. Es decir, en este caso, la imagen de los demandantes aparece como meramente accesoria al spot publicitario, y ni la CE ni la LO 1/82 contemplan su protección.

Asimismo, teniendo en cuenta la STC 12/2012, de 30 de enero, denegatoria de los recursos de amparos solicitados por Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. y por Televisión Autonómica Valenciana, S.A., relativos a unos reportajes grabados con cámara oculta, el Tribunal afirma que a pesar de que la información hubiera sido calificada como una información de relevancia pública, al obtenerse y registrarse a través de una cámara oculta, hacen que “constituya en todo caso una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen”, y que, además, la información fue captada “en un ámbito indudablemente privado, sin consentimiento expreso, válido y eficaz prestado por el titular del derecho afectado...”, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 2.2 LO 1/82 que pone de manifiesto la falta de existencia de intromisión ilegítima, en este caso del derecho a la propia imagen, cuando el titular hubiere manifestado expresamente su consentimiento.

3.4. El sujeto pasivo

En cualquier acto de publicidad podemos distinguir dos partes: el sujeto activo, que es quien realiza la publicidad y el sujeto pasivo, que es quien, en este caso, ve vulnerado cualquiera de los derechos objeto de este trabajo. Este sujeto pasivo puede ser:

3.4.1. *Personas físicas*

El sujeto pasivo de las intromisiones en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, será por lo general, una persona física, que podrá ser sujeto de estos derechos, y además, podrá ser perjudicado por su violación³⁵. Será indiferente que se trate de una persona menor o mayor de edad, al quedar regulado en el artículo 3 LO 1/82 los supuestos para los menores.

En el caso de que la persona fuera extranjera, también estaría protegida por el artículo 18 CE, y por tanto, sería sujeto pasivo de las intromisiones realizadas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen³⁶. El artículo 13 CE recoge que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título (Título I), en los términos que establezcan los Tratados y la ley”, por lo que atendiendo a este artículo así como a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los derechos fundamentales objeto de protección les corresponderán a todas las personas, con independencia de su nacionalidad³⁷.

3.4.2. *Personas jurídicas*

Si acudimos a la LO 1/82, observamos que en ningún momento cita a las personas jurídicas como sujetos pasivos de las intromisiones ilegítimas del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por lo que habrá que acudir a la doctrina

³⁵ Vid. HERRERO-TEJEDOR: *Honor, intimidad y propia imagen...*cit. p. 249.

³⁶ Vid. FJ 6 de la STS 8499/1992, que recoge que “la recurrente (una ciudadana argentina) ha experimentado lesión en su derecho al honor que a los españoles garantiza el artículo 18 de la vigente Constitución, pero que se extiende a los extranjeros conforme el artículo 13 de la carta fundamental, según, además resulta de interpretación coordinada con el artículo 10.2 del referido texto que remite a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 cuyo artículo 12 estatuye que nadie será objeto de ataque a su honra o a su reputación por lo que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques...”.

³⁷ Vid. REBOLLO DELGADO: *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid, 2005, pp. 206-207.

y la jurisprudencia, que se encuentran muy divididas en este punto, para averiguar si las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de las citadas intromisiones. Para llegar a una conclusión clara hay que diferenciar entre el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen, puesto que para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, en alguno de estos derechos, la persona jurídica puede ser sujeto pasivo de las intromisiones, pero en otros no podrá serlo.

Citando la Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 17 de Madrid, de 2 de julio de 1986, el caso Sociedad Anónima Construcción e Industrias Auxiliares (Saconia) contra Manuela Carmena, en la que la Juez manifestó que la Sociedad había podido alterar fraudulentamente su domicilio social para evitar que su juzgado conociera sobre la quiebra de esta empresa, se puede decir que “no hay falta de legitimación en la demandante (Saconia, S.A.) porque no puede admitirse que la LO 1/82 no sea de aplicación a las personas jurídicas...”. También señala que “no hay obstáculo para que se aplique a toda persona, a todo sujeto de derecho, capaz de derechos y obligaciones cuando éstos puedan ser afectados por la difamación o desmerecimiento que un tercero puede hacerle”, por lo que podemos apreciar que esta sentencia sí que se aprecia la titularidad pasiva de las personas jurídicas, en este caso, Saconia.

La sentencia más importante respecto a esto es la STC 214/1991, de 11 de noviembre³⁸ (el “Caso Violeta Friedman”), en la que el TC afirma que “el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución Española, no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental hayan de estar necesaria, perfecta y debidamente individualizados ad personam pues de ser así, supondría excluir de la protección del honor a la totalidad de las personas jurídicas...”.

También hay que hacer mención a los pronunciamientos en contrario, siendo la sentencia más radical en cuanto al tema la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 19 de Madrid, de 4 de julio de 1986, que señala que “la persona jurídica no tiene honor, intimidad ni propia imagen”.

³⁸ Este recurso de amparo contra la STS de 5 de diciembre de 1989, se funda en los hechos de que el reportaje publicado en una revista con los comentarios de un ex general nazi negando el genocidio del pueblo judío, vulneran el derecho al honor de la demandante (Violeta Friedman) y de toda la comunidad judía.

Para Vidal Marín, habría que hacer una distinción entre personas jurídico-privadas y personas jurídico-públicas, considerando que, éstas últimas, no pueden ser titulares de derechos fundamentales y, más concretamente, del derecho fundamental al honor³⁹. Siguiendo esa idea, hay que acudir a la STC 107/1988, de 8 de junio, en la que en su FJ 2 expresa que “...el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental,...”.

En lo relativo al derecho a la propia imagen, Concepción Rodríguez⁴⁰ indica que, acudiendo a la definición de imagen como representación gráfica de la figura humana, sería imposible que pudiera predicarse la intromisión por una persona jurídica o moral. En cuanto a lo relativo al derecho a la intimidad personal y familiar, las posiciones doctrinales y jurisprudenciales son bastantes semejantes a este respecto, considerando que la persona jurídica carecerá del derecho a la intimidad.

3.4.3. *La persona fallecida*

Como se ha visto anteriormente, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son derechos personalísimos, por lo que quedarían extinguidos con la muerte de la persona física, pero hay que atender a las disposiciones contenidas en la LO 1/82, que recoge en sus artículos 4 a 6 las posibilidades para el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen, en el caso de que la persona ofendida o perjudicada hubiera fallecido.

El artículo 4 señala que “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”, salvo que no haya designación o haya fallecido la persona designada, en cuyo caso “estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los

³⁹ Vid. VIDAL MARÍN: “Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional”. *Indret*, núm.1, 2007.

⁴⁰ Vid. CONCEPCIÓN RODRIGUEZ: *Honor, intimidad e imagen...*cit. p. 151.

descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento”. El apartado 3 del mismo artículo dice que “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 80 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”.

La lesión de estos derechos puede producirse en varios momentos, por eso hay que diferenciar entre la lesión que se produce con posterioridad al fallecimiento y la que se produce antes de que se produzca la muerte de la persona.

- Si se produce con posterioridad, la acción podrá ser ejercitada por la persona designada en el procedimiento del artículo 4 LO 1/82.
- Si es producido con anterioridad al fallecimiento, se debe distinguir si el ofendido no ha querido ejercitar la acción o si, por el contrario, no ha podido interponerla. Si no ha querido, nadie podrá interponer la acción por el fallecido puesto que este, en vida, no había considerado que había tal lesión. En cambio, si no ha podido, hay que acudir al artículo 6 en su apartado 1, que otorga legitimidad a las mismas personas que ya han sido citadas en el artículo 4⁴¹.

Además habrá que observar si se puede comerciar con los derechos de imagen de una persona fallecida. Nuestro ordenamiento no regula esto de manera clara al no recogerse en la ley ni existir una posición clara acerca de esto ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, pero se puede decir que el contenido patrimonial que puede tener el derecho, sí que podría llegar a plantearse una transmisión del mismo a los herederos de la persona fallecida y titular del mismo⁴².

⁴¹ Vid. CONCEPCIÓN RODRIGUEZ: *Honor, intimidad e imagen...* cit. pp. 156-157.

⁴² Vid. MARTINEZ ESCRIBANO: “Derecho de la Publicidad...” en AA.VV: *Derecho de la Publicidad*, cit. p. 71.

4. TIPOS DE SOLUCIONES FRENTE A ACTOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA

Si un acto es considerado ilícito por vulnerar el derecho al honor, la intimidad personal o familiar, o a la propia imagen, su titular podrá hacer uso de alguna de las siguientes vías para que su derecho le sea reconocido.

4.1. Solución por medios judiciales: acciones frente a la publicidad ilícita

Como ya hemos citado con anterioridad, surge el problema de coexistencia de la LGP y la LCD, lo que desaparece con la Ley 29/2009, cuya exposición de motivos indica que “se modifica el capítulo de la LCD dedicado a normas de carácter procesal, para incorporar las reglas sobre la carga de la prueba en relación con la veracidad y exactitud de las afirmaciones de hecho realizadas por los empresarios o profesionales y para incorporar las acciones de cesación frente a las prácticas desleales que perjudican los intereses económicos de los consumidores...”.

Esta Ley también ocasiona la unificación de la regulación de las posibles acciones que pueden interponerse contra los actos de competencia desleal, incluidos los actos de publicidad ilícita⁴³, con la consiguiente derogación del Título IV de la LGP. De esto se puede derivar que, a pesar de la reforma, el legislador mantiene la vía judicial para sancionar los actos calificados como publicidad ilícita⁴⁴, aunque sean eliminadas las acciones por publicidad ilícita y tengan que entablarse por competencia desleal⁴⁵.

Esto se extrae del artículo 6.1 de la LGP, por el cual “las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el Capítulo IV de la LCD”. Las acciones recogidas en el citado capítulo son las siguientes: a) acción declarativa de deslealtad; b) acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica; c) acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; d) acción de rectificación de

⁴³ Art. 32. 1 LCD: “Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones...”

⁴⁴ Vid. VILAJOANA ALEJANDRE: *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*, Barcelona, 2011, p. 118.

⁴⁵ Vid. TATO PLAZA/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/HERRERA PETRUS: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, cit. p. 254.

las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; e) acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente, y f) acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico (art. 32 LCD).

Atendiendo a las reglas de jurisdicción y procedimiento previstas tanto en la LGP (arts. 25 y siguientes) como en la LCD (arts. 18 y siguientes), se puede concluir:

- Tanto la acción de publicidad ilícita como la de competencia desleal son compatibles puesto que los propósitos recogidos en la LGP, también lo están en la LCD, de manera implícita o expresa.
- Que ambos procesos, atendiendo a lo dispuesto en el art. 86 bis, apartado 2 LOPJ, se llevarán a cabo ante el Juzgado de lo Mercantil, que será el competente para conocer tanto las acciones de publicidad ilícita como las de competencia desleal⁴⁶.

Cabe aclarar que la regulación del régimen de acciones en las distintas leyes carece de sentido, puesto que las acciones que se pueden interponer frente a los casos de publicidad ilícita, son las mismas que se encuentran reguladas en la LCD para los actos de competencia desleal. A pesar de esto, se aprecian diferencias entre la regulación del artículo 33 LCD y la del derogado artículo 29 LGP, sustituido por el actual artículo 6 de la misma, sobre todo en lo referente a la legitimación activa⁴⁷. Hay que tener en cuenta el artículo 6 LGP, que en su apartado 2, recoge una legitimación activa especial para ejercer las acciones de los números 1 a 4 del artículo 32 LCD, frente a la publicidad calificada como ilícita, por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer. Se dice que, “estarán también legitimados:

- a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.
- b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.

c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.

⁴⁶ Vid. FONT GALÁN/PINO ABAD: *Estudios de Derecho de la competencia*, Madrid, 2005, p. 233.

⁴⁷ Vid. TATO PLAZA/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/HERRERA PETRUS: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, cit. pp. 416-417.

d) El Ministerio Fiscal”.

El artículo 33 LCD establece que está legitimada activamente para el ejercicio de las acciones previstas frente a la publicidad ilícita “cualquier persona física o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo”, exceptuando la acción de enriquecimiento injusto, que sólo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

En cuanto a la legitimación pasiva no se aprecia diferencia alguna, y el artículo 34 LCD señala que “las acciones previstas en el artículo 32 podrán ejercitarse contra cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización. No obstante, la acción de enriquecimiento injusto sólo podrá dirigirse contra el beneficiario del enriquecimiento”.

Según García Guerrero⁴⁸, la protección otorgada por el legislador a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, es gradual y alternativa, lo que quiere decir que se otorga en primer lugar un derecho de rectificación en la vía civil, seguido de la protección civil indemnizatoria recogida en la LO 1/82, finalizando con la protección penal, siendo excluyentes entre ellas.

Esto queda recogido en la STC 241/1991, cuando afirmó que los cargos públicos que vieran lesionados estos derechos por actuaciones constitutivas de delitos perseguibles de oficio, no estaban en la obligación de seguir la vía criminal, pudiendo escoger cualquiera de las vías expuestas anteriormente para hacer valer la preferencia de los derechos recogidos en el artículo 18 CE frente a la publicidad considerada ilícita, siempre que se respete el principio de proporcionalidad entre el hecho cometido y la sanción solicitada.

4.2. Solución por medios extrajudiciales: Autorregulación publicitaria

La publicidad ilícita, además del control jurisdiccional que tiene a través de las acciones reguladas en el artículo 32 de la LCD, es objeto de control a través de un sistema de autodisciplina. Se puede hablar de ese sistema cuando se adoptan normas de conducta

⁴⁸ Vid. GARCÍA GUERRERO: *La publicidad...*cit. pp. 249-250.

de carácter deontológico o ético, en el marco de una empresa o una organización, para regular la actividad publicitaria de dichos organismos y velar por su cumplimiento⁴⁹.

La autorregulación publicitaria, por tanto, tiene como finalidad más destacable, la promoción de una serie de valores morales o principios éticos que tienen lugar para llevar a cabo la protección de la publicidad en el ámbito empresarial. Estos valores se recogerán en los llamados Códigos de Conducta (CDC), que se encuentran regulados en el Capítulo V LCD (artículos 37 y siguientes) y que persiguen, a su vez, evitar que se produzcan ciertas conductas que puedan acarrear un perjuicio a la actividad empresarial en general⁵⁰.

El término autorregulación se refiere a la capacidad que tienen los sujetos privados de crear un conjunto de normas que tengan carácter vinculante para los que se adhieran a esas normas, para que así puedan ser aplicadas al ejercicio de su actividad.

5. AUTORREGULACIÓN PUBLICITARIA EN ESPAÑA

5.1. Introducción

En el caso de Reino Unido y EEUU, el sistema de autorregulación surge por la propia iniciativa del sector privado, lo que no ocurre, como norma general, en el caso de Europa, donde no es promovido por una iniciativa privada, sino que vienen impulsados por la normativa comunitaria o, como es el caso de España, por la propia normativa nacional⁵¹.

En el ámbito del Derecho de la Publicidad español, el término autorregulación es utilizado como sinónimo de autocontrol o autodisciplina. Cuando nos referimos a autorregulación, lo estamos haciendo respecto de un conjunto de situaciones en las que se observa un compromiso de aceptar voluntariamente las normas no impuestas por

⁴⁹ Vid. TATO PLAZA: “Publicidad y Publicidad Ilícita” en GARCÍA-CRUCES (Dir.): *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Tomo II, Valencia, 2014, pp. 1975-1976.

⁵⁰ Vid. MARTÍN GARCÍA: “La resolución del conflicto publicitario” en AA.VV: *Derecho de la Publicidad*, cit. pp. 171-173.

⁵¹ Vid. PATIÑO ALVES: *La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*. Barcelona, 2007, pp. 30-31.

disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados, es decir, se lleva a cabo un compromiso de aceptación de reglas propias⁵².

A la hora de delimitar el concepto de autorregulación, debemos acudir a la propia estructura de la palabra, es decir “auto” por un lado, que determinará el elemento subjetivo (los sujetos que se regulan), y por el otro lado “regulación”, que hará referencia al elemento objetivo de la misma (el contenido de los códigos de conducta que regulan a esas personas), por lo que podemos decir, en palabras de Patiño Alves⁵³, que es la regulación llevada a cabo por los sujetos que participan activamente en la realización, creación, preparación, ejecución y difusión de la publicidad, con la finalidad de imponerse ellos mismos una norma en materia publicitaria.

La Asociación encargada de la autorregulación, no se encarga únicamente de la elaboración de los códigos de conducta, sino que tendrá también capacidad de mediación y de arbitraje entre quien reclama que la publicidad es ilícita y el anunciante reclamado. En cambio, al Jurado de la Publicidad solo se le someterán las controversias planteadas ante la asociación, que no hayan sido resueltas por ninguno de los medios citados anteriormente⁵⁴.

Como se ha dicho con anterioridad, autorregulación es sinónimo de autocontrol, y en el caso de España, recibe el nombre de Autocontrol la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial.

5.2. Autocontrol⁵⁵

Autocontrol (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial) es una asociación sin ánimo de lucro que fue creada en 1995, para encargarse de gestionar el sistema de autorregulación publicitario español.

La eficacia de un sistema de autorregulación privada implica una colaboración con la regulación pública. Dicha colaboración se denomina corregulación o autorregulación

⁵² Vid. TATO PLAZA/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/HERRERA PETRUS: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, cit. pp. 299-300.

⁵³ Vid. PATIÑO ALVES: *La autorregulación publicitaria...* cit. p. 37.

⁵⁴ Vid. DE LA CUESTA RUTE: *Curso de Derecho de la Publicidad*, cit. pp. 246-248.

⁵⁵ Vid. www.autocontrol.es

regulada⁵⁶, y constituye una respuesta de la propia industria a la exigencia de la sociedad para que existan unas garantías de confianza y credibilidad en la publicidad.

La definición de corregulación la podemos encontrar en el Acuerdo Interinstitucional “Legislar mejor”, adoptado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión a finales del año 2003, por el cual, se dice que se trata del “mecanismo por el que un acto legislativo habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trate”⁵⁷.

Volviendo a la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, su actividad se divide fundamentalmente en cuatro ámbitos distintos:

- Tramitación de las reclamaciones presentadas por los consumidores, las asociaciones de consumidores y las empresas.
- Elaboración de códigos deontológicos y aplicación de estos por el Jurado de la Publicidad.
- Servicio de asesoramiento previo o *Copy Advice*⁵⁸, que asesora sobre la corrección ética y legal de las campañas antes de su emisión.
- Servicio de consultoría técnica y jurídica de cookies o *Cookie Advice*, que ayuda a las empresas a adecuarse a las nuevas exigencias legales establecidas en el artículo 22.2 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en relación con la instalación y utilización de las cookies en equipos terminales de los usuarios, a condición de que los mismos hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización.

Los consumidores se benefician de la autorregulación, que les garantiza una publicidad responsable, a través del sistema gratuito de reclamaciones, que resuelve un jurado formado por expertos independientes de forma ágil y eficaz. La industria también se beneficia al disminuir los actos de competencia desleal.

⁵⁶ Vid. PATIÑO ALVES: *La autorregulación publicitaria...* cit. p. 136.

⁵⁷ Vid. TATO PLAZA/FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO/HERRERA PETRUS: *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*, cit. p. 310.

⁵⁸ Es un servicio a través del cual el Gabinete Técnico de Autocontrol revisa un proyecto de anuncio o campaña publicitaria antes de su difusión y emite una breve opinión al respecto, por lo general, no vinculantes y absolutamente confidencial.

Autocontrol ha acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos por la LCD para los sistemas de autorregulación y, de conformidad con lo previsto en ella, en el año 2000, fue notificado por el Gobierno español a la Dirección General de Salud y Protección de los Consumidores de la Comisión Europea. Desde entonces, pertenece a la red europea de órganos de resolución extrajudicial de litigios con los consumidores gestionada, en la actualidad, por la Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea.

5.3. Organización de Autocontrol

En cuanto a la organización de Autocontrol debemos diferenciar entre los asociados por un lado, y los órganos por otro.

Respecto a los asociados, hay que hacer a su vez, una distinción entre asociados individuales y asociados colectivos, siendo los primeros las empresas públicas o privadas (anunciantes, agencias, medios, etc.) y los últimos las entidades y asociaciones de carácter privado interesadas en la autorregulación de la publicidad comercial⁵⁹.

Desde la otra perspectiva nos encontramos con los órganos de Autocontrol. Nos encontramos con una serie de órganos claramente diferenciados e independientes entre sí como son la Asamblea General, la Junta Directiva, el Presidente, el Gabinete Técnico y la Comisión de Asuntos Disciplinarios. Además de estos nos encontramos con el órgano más importante al tratarse de la pieza clave del sistema de autorregulación español, que es el Jurado de la Publicidad (en adelante JP), formado por juristas, empresarios y publicitarios independientes.

El Jurado de la Publicidad se trata de un órgano independiente, de carácter extrajudicial, especializado en materia deontológico-publicitaria y encargado de resolver las reclamaciones presentadas ante él, contra anuncios ya difundidos. Está compuesto por expertos independientes de prestigio y es totalmente compatible con la vía judicial, lo que quiere decir que no es necesario acudir previamente a la vía judicial antes de acudir al JP, ni se limita la posibilidad de tutela judicial al haber acudido antes al JP. Cabe citar que normalmente, cuando surge un conflicto en materia publicitaria se acude antes al JP que a la vía judicial, al ser un órgano más rápido y menos costoso, aunque para los consumidores, sus asociados, la Administración y los socios de Autocontrol, es totalmente gratuito.

⁵⁹ Vid. PATIÑO ALVES: *La autorregulación publicitaria...*cit. p. 180.

El procedimiento seguido para las reclamaciones ante el JP podrá llevarse a cabo de la siguiente manera:

- Se podrá iniciar de oficio o previa reclamación de cualquier persona con interés legítimo, al margen de su calificación como asociado.
- No se tramitarán reclamaciones contra anuncios que no hayan sido objeto de difusión en el año anterior, ni cuando el reclamado se haya comprometido a cesar en la comunicación, mediante escrito.
- Se pondrá fin mediante acuerdo de las partes o por decisión del JP, resolviendo éste aplicando las normas correspondientes (el Código de Conducta Publicitaria, entre otras).
- Atendiendo al artículo 30 del Reglamento del Jurado se establece que las resoluciones del JP serán vinculantes no sólo para las partes, sino también para los asociados, pudiéndose interponer recurso de alzada ante el Pleno del Jurado, quedando a su vez abierta la vía judicial. No podrá imponerse al resto de empresas relacionadas con la publicidad, salvo que lo acepten de manera voluntaria⁶⁰.

5.4. Ventajas y resultados de la autorregulación publicitaria

Una de las ventajas más destacables de la autorregulación publicitaria frente a la vía judicial, es, sin lugar a dudas, la posibilidad de resolución de conflictos por un órgano especializado con gran prestigio, tanto en el ámbito de materia publicitaria como en el del Derecho de la Competencia. Ese órgano será el Jurado de la Publicidad anteriormente estudiado.

Por otro lado, también destaca la rapidez en sus resoluciones, puesto que el tiempo medio de resolución de las controversias presentadas ante el Jurado de Autocontrol en 1ª Instancia es de 14 días, contados desde la fecha de presentación de la reclamación hasta la resolución de la misma, llegando a los 28 días en 2ª Instancia. La importancia de esta rapidez, lo es aún más si cabe en el ámbito publicitario, puesto que hay muchas campañas publicitarias que se difunden durante cortos periodos de tiempo.

⁶⁰ Vid. MARTÍN GARCÍA: “La resolución del conflicto publicitario” en AA.VV: *Derecho de la Publicidad*, cit. pp. 178-179.

Cabe destacar también que el sistema de autorregulación publicitaria beneficia tanto a los consumidores, como a la industria y a la administración:

- Respecto de los consumidores, procura que se dé una publicidad responsable y, a su vez, les ofrece un sistema gratuito y eficaz de tramitación de reclamaciones.
- Para la industria se favorece una competencia leal y se le ofrecen herramientas para verificar que sus campañas cumplen las normas legales y deontológicas.
- La Administración coopera gratuitamente para procurar el cumplimiento de la normativa, sin afectar a sus competencias la autorregulación publicitaria.

Por último, haciendo referencia a las estadísticas correspondientes al año 2015 (las últimas reflejadas en www.autocontrol.es)⁶¹, se puede observar que el sistema de autorregulación constituye un enorme éxito, pudiendo calificársele como el principal y más importante cauce para la resolución de conflictos en materia de publicidad en nuestro país.

6. CÓDIGOS DE CONDUCTA Y RESOLUCIONES DE AUTOCONTROL

6.1. Códigos de Conducta

Con el fin de incorporar al ordenamiento interno las previsiones de la Directiva comunitaria sobre prácticas desleales⁶², se crean los llamados Códigos de Conducta, cuya definición se encuentra precisamente en el artículo 2 f) de la citada Directiva y los regula como un “acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado Miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos”.

⁶¹ El total de solicitudes recibidas por Autocontrol en el año 2015 es de 27.271, un 10% más que en el año anterior, de las cuales 21.716 son consultas previas o Copy Advice. El total de casos resueltos por el JP en el año 2015 es de 305, 16 más que en el año anterior.

⁶² Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Actualmente, la creación de los Códigos de Conducta como elemento regulador en algunos ámbitos del Derecho privado, ha aumentado de manera considerable, llegándose a convertir en una pieza clave en la regulación de la mayoría de las actividades en el orden mercantil, destacando su importancia en el ámbito publicitario.

Se trata de un conjunto de normas que establecen una obligación de hacer o no hacer, imponiendo una conducta determinada. Dicho de otro modo, son un conjunto de principios, reglas y pautas deontológicas que determinan una correcta práctica publicitaria⁶³, y que persiguen evitar que se produzcan determinadas conductas que podrían causar un perjuicio a la actividad desarrollada por otras empresas.

6.2. Código de Conducta Publicitaria

Para que la publicidad se ajuste a la veracidad así como se proceda a la protección del consumidor, se requiere un conjunto de normas a través de las cuales se regule la actividad publicitaria, y estas normas serán los Códigos de Conducta.

La aprobación del Código de Conducta Publicitaria⁶⁴ (en adelante CCP) en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 19 de diciembre de 1996, según lo establecido en los Estatutos de Autocontrol, fue clave para la autorregulación publicitaria en España. En este Código aparecen recogidos los principios y normas de conducta que las empresas adheridas a él se comprometen a respetar en el ejercicio de la actividad publicitaria⁶⁵. En consecuencia, el Código de Conducta de Autocontrol recoge los principios de legalidad, veracidad, buena fe y lealtad, así como un amplio listado de normas destinadas a regular tanto modalidades publicitarias como supuestos específicos⁶⁶. Prohíbe

⁶³ Vid. PATIÑO ALVES: *La autorregulación publicitaria...*cit. pp. 62-64.

⁶⁴ Su última versión, con las modificaciones aprobadas por la Asamblea General Ordinaria, es del día 26 de abril de 2011.

⁶⁵ Vid. Art. 37.4 LCD: “Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria,…”.

⁶⁶ Vid. TATO PLAZA: “Publicidad y Publicidad Ilícita” en GARCÍA-CRUCES (Dir.): *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, Tomo II, Valencia, 2014, p. 1979.

a su vez, que se utilice la publicidad con fines abusivos teniendo en cuenta la buena fe del consumidor, para incitar a la violencia o comportamientos legales, y en lo que aquí nos interesa, que se utilice para lesionar el honor, la intimidad y la propia imagen del consumidor⁶⁷.

Al margen de este CCP, se han aprobado también una serie de Códigos Sectoriales⁶⁸ que serán aplicados en caso de falta de aplicación del Código General. La mayoría de estos Códigos Sectoriales no establecen colaboración alguna con la Asociación de Autocontrol, pero a pesar de ello, ésta asumirá el compromiso de aplicarlos⁶⁹.

Según el propio artículo 1 del CCP, “estas normas deontológicas se aplicarán a toda actividad de comunicación publicitaria tendente a fomentar, de manera directa o indirecta y sean cuales fueren los medios empleados, la contratación de bienes o servicios, o el potenciamiento de marcas y nombres comerciales”, así como a “cualquier anuncio emitido por cuenta de cualesquiera personas físicas o jurídicas, de carácter privado, con el fin de promover determinadas actitudes o comportamientos”. Cabe destacar que no podrá ser de aplicación en el caso de publicidad política.

Respecto al cumplimiento del CCP, el punto final del mismo recoge el control de su cumplimiento, así como el de los restantes códigos sectoriales, diciendo que “podrá verificarse a través de los medios previstos en el Reglamento del Jurado”, teniendo en cuenta además que, “los órganos directivos de la asociación podrán establecer anualmente un plan específico de revisión del cumplimiento del presente Código o de los Códigos sectoriales aplicables en relación con grupos o categorías de anuncios que puedan ser agrupados conforme a criterios específicos y homogéneos”.

⁶⁷ Vid. MARTÍN GARCÍA: “La resolución del conflicto publicitario” en AA.VV: Derecho de la Publicidad, cit. p. 172.

⁶⁸ Algunos de los Códigos Sectoriales son, entre otros: Código de Normas Deontológicas de la Asociación Nacional de Especialidades Farmacéuticas Publicitarias (ANEFP), Código de la Asociación Española de Anunciantes para la Autorregulación de la Publicidad de los Productos del Tabaco en España, Convenio sobre Principios para la Autorregulación de las Cadenas de Televisión en relación con determinados contenidos de su programación referidos a la Protección de la Infancia y la Juventud, etc.

⁶⁹ Vid. PATIÑO ALVES: *La autorregulación publicitaria...* cit. pp. 205-206.

6.3. Resoluciones de Autocontrol

6.3.1. Referencia al Código de Conducta Publicitaria

Atendiendo al CCP, se unifican los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en uno solo que recibirá el nombre de “Derecho al honor”, al margen de que lo más correcto hubiera sido, o bien tener una norma para cada uno de los derechos por separado, o en caso de sólo recogerse uno de ellos, la denominación más adecuada tendría que haber sido “Derecho a la propia imagen” puesto que la mayoría de los casos más relevantes se refieren a él⁷⁰.

Se encuentra recogido en la norma 11 del CCP, y establece que la publicidad ha de respetar necesariamente los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como también aparece recogido en el artículo 18 CE.

Según Amat Llari⁷¹, el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen son derechos con autonomía propia, por lo que el derecho al uso comercial de la imagen no es un anexo dependiente del derecho a la intimidad, al poder sucederse supuestos en los que las personas permiten un uso comercial de su imagen, pudiendo obtener un beneficio en las ganancias ocasionadas con ello. En realidad, lo que pretenden los autores del CCP, es que, en los casos de enjuiciamiento de campañas publicitarias contra la imagen de las personas, el Jurado de la Publicidad, se remita a la LO 1/82, de protección del honor, intimidad personal y familiar, y la propia imagen para resolver lo que estime procedente⁷².

Debido a todo lo expuesto con anterioridad, se puede decir que esta norma 11 (Derecho al honor) no es una norma del todo adecuada al no establecer una regulación apropiada y específica, y únicamente se limita a proteger el derecho al honor, intimidad y propia imagen, remitiéndose a la LO 1/82 sin regular estos derechos

6.3.2. Resoluciones destacables

Hasta la fecha no son muchas las resoluciones que ha llevado a cabo el Jurado de la Publicidad respecto a los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen,

⁷⁰ Vid. PATIÑO ALVES: *La autorregulación publicitaria...*cit. p. 296.

⁷¹ Vid. AMAT LLARI: *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. Madrid, 1992, p.50.

⁷² Vid. PATIÑO ALVES: *La autorregulación publicitaria...*cit. pp. 297-298

en concreto 5, que pasaremos a analizar a continuación, desde la más antigua a la más reciente.

En primer lugar, citar la Resolución de la Sección Primera del JP, de 24 de febrero de 2004, interpuesta por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra Pullmantur, S.A. por una publicidad difundida a través de un folleto de la citada Sociedad, en el que en primera página muestra ofertas de cruceros para recién casados junto a algunas fotografías de parejas de novios, y en la segunda página se detallan las tarifas del mismo, y junto a ellas aparece una fotografía de una pareja tomando el sol en la cubierta de un barco. Los protagonistas de esta fotografía realizan una queja al considerar que la publicidad puede ser calificada como publicidad ilícita, al no ser consciente ninguno de ellos en ningún momento que iban a ser fotografiados y, por tanto, al no haber prestado expresamente su consentimiento para ello.

En relación con esta reclamación, la Sección Primera del Jurado de Autocontrol entiende que, analizando los hechos interpuestos, no cabe duda de que se trata de un supuesto de explotación indebida de los derechos de imagen y que por tanto se infringe la Norma 11 del CCP y ha de considerarse la publicidad ilícita al no contar Pullmantur con el consentimiento expreso de la pareja fotografiada.

Por todo lo antepuesto, se procede a estimar la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente a Pullmantur, y se insta al anunciante a la rectificación de la publicidad reclamada.

La segunda resolución se trata de una resolución de la Sección Primera del Jurado, que resolvió el día 21 de mayo de 2009 la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente a una publicidad difundida en Internet, de la que es responsable la mercantil Jet Multimedia España, S.A. El anuncio contiene la imagen de una joven con los ojos cerrados y un corazón rojo sobre la boca. Sobre esta ilustración se inserta el siguiente texto: “Descubre los secretos de tu pareja. ¿Es fiel? Descubre la verdad. Llama al 806 538 213 o envía PORVENIR al 7332, insertando los costes de la llamada y del SMS en letra más pequeña. La joven que aparece en la fotografía alega que se ha hecho uso ilícito de su propia imagen, al emplear para el citado anuncio una fotografía personal publicada dentro de una red privada y que se encuentra protegida por una serie de derechos por los que no se permite la difusión de la misma a no ser que se otorgue consentimiento expreso y que no se use con fines lucrativos.

A juicio de la Sección Primera del Jurado, la publicidad reclamada incumple la Norma 11 del CCP en relación al artículo 8.6 LO 1/82, por el que se establece que tendrá la consideración de intromisión ilegítima “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Habrá que ponerlo en relación además con el artículo 2.2 que señala que “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

Por todo ello, se acuerda estimar la reclamación presentada por una particular frente a Jet Multimedia España, S.A, así como instar al anunciante el cese de la publicidad reclamada.

En tercer lugar, podemos acudir a la Resolución de 28 de julio de 2011, de la Sección Segunda del Jurado por la que, se estima la reclamación presentada por el Área de Gobierno de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Madrid, contra una publicidad de la que es responsable la entidad Verona Comunicación, S.A, que fue difundida mediante un cartel que recubría la fachada entera de un edificio en la calle Gran Vía de Madrid, en el que se puede leer: “¿Qué tienen estas “realezas” en común?”, acompañado de la imagen del príncipe Carlos de Inglaterra, del rey Juan Carlos y Bill Clinton. Seguidamente continuamos leyendo: “Deberían haber utilizado Ashley Madison.com”.

Lo dispuesto en la Norma 11 del Código de Conducta Publicitaria debe ponerse en relación con el artículo 7 LO 1/82 con el fin de garantizar los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, reconocidos en el artículo 18 CE. El citado artículo 7, en su apartado 6 considera como intromisión ilegítima “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. Habrá que ponerlo en relación con el artículo 2.2 de la citada LO que justifica que “no se apreciará tal intromisión ilegítima cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso, o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones”. Pues bien, en el presente caso, tras un análisis de la publicidad reclamada, parece evidente que se está utilizando la imagen de tres personajes públicos con fines publicitarios o comerciales, sin que quede acreditado que para ello se hubiera obtenido al efecto su previo consentimiento o autorización expresa.

Aunque lo expuesto anteriormente valdría para considerar la publicidad como ilícita, en este caso también se hace referencia al artículo 7.7 LO 1/82 por el que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

En atención a todo lo citado anteriormente, el Jurado acuerda estimar la reclamación presentada por el Área de Gobierno de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Madrid frente a una publicidad de la que es responsable la entidad Verona Comunicación, S.A, e instar al anunciante el cese de la publicidad.

La cuarta resolución también es referida a la agencia de contactos “Ashley Madison” como en el caso anterior. En este caso se trata de la Resolución de la Sección Cuarta del Jurado de 14 de febrero de 2012, por una reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Avid Dating Europe Limited S.A. La reclamación se formula frente a una campaña difundida en diferentes publicaciones en la que se muestra la imagen de la Reina Sofía abrazada a un joven bajo el slogan “Ya no tienes por qué pasar la noche sola”. En el margen inferior leemos: “Ashley Madison.com. Ahora eliges tú”.

Resulta evidente para este Jurado que la campaña objeto de reclamación está haciendo uso de la imagen de un personaje público con un fin publicitario o comercial, sin que conste acreditado que se hubiera obtenido al efecto su previo consentimiento o autorización expresa. En consecuencia, este Jurado estima que la publicidad reclamada infringe lo dispuesto en la Norma 11 del CCP en relación con el artículo 7.6 LO 1/82. Esta Sección entiende además que, a pesar de que lo anterior sería suficiente para la estimación de la presente reclamación, podría acudir también al artículo 7.7 de la citada ley que establece que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

En resumen, esta Sección del Jurado considera infringida la Norma 11 del CCP tanto en relación con el artículo 7.6 LO 1/82, como en relación con el artículo 7.7 de la misma,

por lo que procede a estimar la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Avid Dating Europe Limited e instar al anunciante el cese de la publicidad reclamada.

Para finalizar, la última de las resoluciones del Jurado de Autocontrol que pasaremos a analizar en este trabajo será la Resolución de la Sección Tercera del Jurado de 30 de julio de 2015, por la que se estima la reclamación presentada por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) contra una publicidad de la que es responsable la compañía Genoma, S.A. La reclamación se formula frente a un banner insertado en una página web y frente a un cartel difundido en la plaza de Neptuno de Madrid en los que aparece la imagen de una menor de edad con síndrome de Down para promocionar el Test de ADN Fetal no invasivo “Tranquility”.

Habrá que poner, como en los casos anteriores, en relación la Norma 11 CCP y la LO 1/82, en este caso concretamente, su artículo 7.6 que considera ilícita “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”, siempre que no estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho no hubiese otorgado expresamente su consentimiento al efecto. En este caso, al tratarse de la imagen de un menor, la misma ley establece que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”. Asimismo, “en los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez”. De todo esto deriva la conclusión de que no es posible la utilización de la imagen de una persona con fines publicitarios cuando no medie su consentimiento, o el de su representante legal si se trata de un menor y no tiene madurez suficiente.

En este caso el Jurado de Autocontrol procede a estimar la reclamación presentada por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad contra una publicidad de la que es responsable la mercantil Genoma, S.A al considerar que la publicidad reclamada vulnera las Normas 10⁷³ y 11 CCP, y además instará al anunciante al cese de la publicidad reclamada.

⁷³ Norma 10 “Publicidad discriminatoria”: La publicidad no sugerirá circunstancias de discriminación ya sea por razón de raza, nacionalidad, religión, sexo u orientación sexual, ni atentará

7. CONCLUSIONES

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, y dio lugar a la aparición de referencias cruzadas acerca de la regulación de la publicidad ilícita tanto en la LGP como en la LCD. En ambos casos, la regulación es clara, calificándose como actos de competencia desleal a los actos de publicidad ilícita reconocidos en el artículo 3 LGP (en lo que a nosotros nos concierne, solo el apartado a) del mismo que considera como ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la CE, especialmente a los que se refieren a los artículos 14, 18 y 20.4”).

Desde el punto de vista de estos derechos también se estudió la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, considerando los supuestos calificados como intromisión ilegítima de su artículo 7.

Analizando todas estas leyes y teniendo en cuenta la doctrina y la jurisprudencia del TS, podemos extraer una serie de conclusiones:

1. Los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen son derechos calificados como derechos personalísimos, por lo que son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles. Se dice que también son innatos a la persona física, pero en este punto nos encontramos con posiciones discrepantes ya que para algunos autores tanto las personas jurídicas como las personas fallecidas tienen titularidad sobre los derechos citados.
2. Estos derechos son considerados también como derechos fundamentales, al igual que lo son tanto la libertad de información como la libertad de expresión. En este punto, podemos encontrarnos con una serie de problemas ocasionados por la colisión entre ellos, lo que da lugar a una actuación distinta en función de si está colisionando el derecho al honor con estas libertades o lo hace el derecho a la intimidad personal o familiar o el derecho a la propia imagen:
 - o En el caso del derecho al honor habrá que observar la libertad que se ha ejercitado, si existe un interés directo y público en la causa, así como si la persona a la que le ha sido vulnerado el derecho tiene la condición de

contra la dignidad de la persona. En particular, se evitarán aquellos anuncios que puedan resultar vejatorios o discriminatorios para la mujer.

persona pública. En cualquier caso, se requiere que la expresión o manifestación realizada atente contra el mismo, y se divulgue de manera pública. En los casos de las opiniones que sean intencionalmente vejatorias, el derecho al honor siempre será protegido.

- o Al hablar de intimidad personal y familiar estamos descartando del ámbito de protección de la intimidad en las esferas laboral, profesional y comercial. Este es el derecho quizá más comprometido, al no darse una barrera amplia en cuanto a la separación entre la intimidad de una persona en su esfera privada y en su esfera pública. En algunos supuestos, a pesar de tratarse una persona pública, ésta sí que ve protegido su derecho a la intimidad al tratarse de una actividad no relacionada con su vida pública y, en cambio en otras ocasiones, se considera que es una información relevante para el interés público y por tanto, no se aprecia tal vulneración.
 - o Teniendo en consideración la propia imagen, la mayoría de opiniones relativas a este supuesto es que no puede apreciarse como un derecho absoluto, sino que suele ser perteneciente a la esfera del derecho al honor o a la esfera del derecho a la intimidad, tanto personal como familiar. Según el art. 8 LO 1/1982, no impedirá la captación de una imagen de cualquier persona que ejerza una profesión con interés público o que se capte en un acto público, así como la información gráfica de un suceso público cuando la imagen de la persona sea accesoria. Por todo esto, habrá que destacar si la persona es o no de relevancia pública y si está desempeñando funciones de interés público, salvo que por la naturaleza de las mismas, la persona deba permanecer en el anonimato.
3. En cuanto a los medios de impugnación contra la vulneración de los citados derechos, el titular podrá valerse de un medio judicial, interponiendo las acciones judiciales recogidas en la LCD (acción de cesación, de rectificación, acción declarativa de deslealtad, etc.), o bien servirse del medio extrajudicial de autorregulación publicitaria, acudiendo al Jurado de Autocontrol, haciendo referencia a los Códigos de Conducta que se han creado al respecto, en especial al Código de Conducta Publicitaria. Hay que tener en cuenta en este apartado, que la legitimación activa corresponderá a cualquier persona que resulte

afectada, o a quienes tengan un interés legítimo, pero en el caso de supuesto de vulneración de los derechos contra la mujer, además de la propia mujer podrán estar legitimados además, para la interposiciones de las citadas acciones judiciales, una serie de organismos tales como el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo entre otros.

Como conclusión final a este Trabajo Fin de Grado, hay que tener en cuenta que, en el ámbito de la publicidad comercial, se intenta proteger los derechos de la persona por encima de otros derechos y que, por lo general, prevalecen el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a las libertades de expresión e información, salvo en determinados supuestos como en el caso de que la información revista interés público. En el caso de que se produzca vulneración, los particulares pueden acudir al sistema de autorregulación e interponer sus reclamaciones ante al Jurado de la Publicidad. La autorregulación publicitaria presenta evidentes ventajas, al tratarse de un sistema más rápido y menos costoso que la vía judicial y un órgano especializado en estos asuntos, por lo que, normalmente, se estudiará mejor el supuesto planteado por el particular.

Aunque a día de hoy las resoluciones acerca de este tema son escasas, teniendo en cuenta la evolución de la actividad de Autocontrol desde su creación en 1996 hasta el año 2015 (el último año del que disponemos de datos), es previsible que se produzca un aumento de las mismas en el futuro más inmediato. El número de solicitudes recibidas en el año 2015 fue de 27.271, dejando muy atrás las 2 solicitudes recibidas en el año 1996 y, en cuanto al número de casos resueltos por el Jurado de la Publicidad también se aprecia un aumento, en este caso más moderado, pasando de 27 resoluciones en el año 1996 a 305 en 2015. Cabe asimismo destacar las palabras del presidente de Autocontrol en el año 2010, Fernando Valdés, que en su intervención en la 16ª Asamblea General de la Asociación afirmó que, atendiendo a las cifras expuestas, la autorregulación publicitaria española goza actualmente de una estupenda salud y de un más que prometedor futuro.

8. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA FERNÁNDEZ, Antonio. *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información. (Posibilidades y límites constitucionales)*. Granada: Ed. Comares. 1990.

AMAT LLARI, Eulalia. *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*. Madrid: Ed. La Ley. 1992.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/82*. Barcelona: Ed. Bosch. 1996.

DE LA CUESTA RUTE, José María. *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona: Ed. Eunsa. 2002.

FONT GALÁN, Juan Ignacio y PINO ABAD, Manuel. *Estudios de Derecho de la Competencia*. Madrid: Ed. Marcial Pons. 2005.

GARCÍA CRUCES, José Antonio (Director). *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*. Tomo II. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2014.

GARCÍA GUERRERO, José Luis. *La Publicidad: fundamentos y límites constitucionales*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2014.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagen*. Madrid: Ed. Colex. 1990.

LÓPEZ DÍAZ, Elvira. *El Derecho al honor y el Derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*. Madrid: Ed. Dykinson. 1996.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia, HERRERO SUÁREZ, Carmen, HERNÁNDEZ-RICO, José Miguel y MARTÍN GARCÍA, Lirio. *Derecho de la publicidad*. Pamplona: Ed. Aranzadi. 2015.

PATIÑO ALVES, Beatriz. *La autorregulación publicitaria: especial referencia al sistema español*. Barcelona: Ed. Bosch. 2007.

REBOLLO DELGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid: Ed. Dykinson. 2ª ed. 2005.

TATO PLAZA, Anxo, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y HERRERA PETRUS, Christian. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Ed. La Ley. 2010.

VIDAL MARÍN, Tomás: *Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional*. Indret. núm.1. Barcelona, 2007.

VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra. *Las leyes de la Publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*. Barcelona: Editorial UOC. 2011.