

ÚLTIMAS REFORMAS LEGALES EN MATERIA DE PUBLICIDAD ILÍCITA DISCRIMINATORIA

AMALIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ
Profesora de la Universidad de Valladolid

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, don Luis BARDAJÍ MUÑOZ, don Casto PÁRAMO DE SANTIAGO, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE y don Antonio TAPIA HERMIDA.

Extracto:

LA relativamente reciente Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Ley 1/2004, de 28 de diciembre) ha modificado algunos artículos de la Ley General de Publicidad (Ley 34/1988, de 11 de noviembre), para dar cabida a la formulación expresa y detallada de lo que se entiende por publicidad comercial ilícita de carácter discriminatorio que implica un atentado contra la dignidad de la mujer, incide en la desigualdad entre hombres y mujeres obstaculizando la consecución de una igualdad real entre ellos. Se estudia igualmente –aunque de forma más breve– la Ley de Igualdad de 2007 en esta materia, que ha venido a reforzar los contenidos expresados en la Ley de Medidas contra la Violencia de Género de 2004 en esta materia.

El presente trabajo analiza las citadas modificaciones incluidas en el articulado de la Ley General de Publicidad de 1988 provocadas por la publicación de la Ley Orgánica 1/2004.

Se parte en el estudio del análisis de algunas de las normas más relevantes en esta materia a nivel internacional y europeo, que han sido publicadas recientemente, que analizan y ahondan en esta realidad, estableciendo pautas, fijando criterios de interpretación e instando a los Estados Miembros –principalmente en el caso de la normativa europea– a seguirlos.

Es aún pronto para saber la verdadera eficacia que tendrán estas modificaciones sobre la realidad de la publicidad discriminatoria expresada en los medios de comunicación, pero al margen de otras consideraciones que pudieran efectuarse, las especificaciones expresadas en la ley en este punto, merecen a nuestro juicio una valoración positiva.

Palabras clave: publicidad ilícita, discriminación, modificaciones legales.

Sumario

Abreviaturas.

I. Introducción.

II. Publicidad comercial ilícita. La publicidad discriminatoria. Concepto.

III. Normativa.

A) Derecho internacional.

B) Derecho europeo.

C) Derecho español.

IV. Acciones judiciales.

A) Las pretensiones.

1. Acción de cesación.

2. Acción de rectificación.

B) El contenido de la sentencia estimatoria.

V. Conclusiones.

Bibliografía.

ABREVIATURAS

ADI	Actas de Derecho Industrial
AP	Audiencia Provincial
AA.VV.	Autores varios
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CE	Constitución Española de 1978
CP	Código Penal
cfr.	confróntese
cit.	citado
DA	Disposición Adicional
DD	Disposición Derogatoria
DF	Disposición Final
Diccionario RAE	Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica de Civitas
EM	Exposición de Motivos
LGP	Ley General de Publicidad de 1988
OMS	Organización Mundial de la Salud
p.	página
pp.	páginas
RGD	Revista General del Derecho
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
Tratado UE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
<i>Vid.</i>	véase

I. INTRODUCCIÓN

La publicidad puede ser un instrumento en la lucha contra el racismo y la discriminación sexista cuando refleja las diferentes facetas de la convivencia multicultural en la que todos participamos.

Los medios de comunicación actúan como transmisores de imágenes modelo y pueden influir en el comportamiento social. Cuando reflejan la diversidad de funciones de uno y otro sexo, contribuyen a hacer realidad la igualdad de derechos entre hombres y mujeres ¹.

El objeto del presente trabajo es realizar algunas consideraciones respecto a la publicidad comercial ilícita que afecta a la dignidad de las mujeres e incide en la discriminación entre hombres y mujeres. Se trata de una publicidad denigratoria que afecta negativamente a la consecución de una igualdad real entre hombres y mujeres ².

Se considera que tanto la legislación de los Estados Miembros, como la Legislación Europea, deben adoptar una actitud activa para evitar en la publicidad, comportamientos que presenten una imagen degradante de la mujer en los medios de comunicación.

Publicidad denigratoria y acto de denigración, comprenden la divulgación y publicación. Abarcan la simple puesta en conocimiento de terceros y es indiferente el medio utilizado (radio, TV, prensa, comunicación oral) para la divulgación o publicación ³.

¹ Informe sobre la discriminación de la mujer en la publicidad de 25 de julio de 1997 elaborado en el seno de la Comisión de Derechos de la mujer (A 4-0258/97), p. 10.

² Se entiende por denigrar: «denostar, ofender la opinión o fama de una persona, injuriar, agravar, ultrajar». *Vid. Diccionario de la Lengua Española, RAE.*, Madrid, 1992, 21.ª ed., tomo I, p. 2. A su vez, se define la publicidad denigratoria como aquella que de cualquier modo provoca el descrédito o el menosprecio de una persona, empresa o de sus productos o actividades. Así, MASSAGUER, J., voz «Denigración» *EJB*, I, p. 2.105 y ss. Indica el autor: «La represión de la denigración a través del derecho de la competencia desleal no sólo debe integrar las exigencias puestas por la operatividad del sistema económico, sino también las que derivan del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos y del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz [art. 20.1 a) y d) de la CE]». En este sentido, la actividad publicitaria es un vehículo de transmisión de opiniones y conocimientos. El contenido de la información publicitaria trata sobre hechos que pueden denominarse «noticiales» en la opinión común (STC de 23 de noviembre de 1982). La prohibición de denigración, por tanto, que comporta una restricción de la actividad publicitaria debe interpretarse y aplicarse restrictivamente ya que tiene como límite el derecho de información (STS de 16 de enero de 1991). Cfr. FERNÁNDEZ NOVOA, C., «La publicidad de tono estrictamente personal», AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 122 y ss.

³ *Vid. MASSAGUER, J., ult. ob. y loc. cit.*

Hace referencia a la publicidad ilícita la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad ⁴, que ha sido modificada en alguno de sus artículos por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ⁵. Estudiaremos, por tanto, los artículos de la LGP que se refieren a la publicidad discriminatoria que atenta contra la dignidad de la mujer, y los cambios introducidos en esta materia por la Ley 1/2004, antes citada.

Dentro del IV Plan de Igualdad de oportunidades, entre hombre y mujeres (2003-2006) del Ministerio de Trabajo, se encuentra como objetivo, entre otros, el de la promoción de valores y la difusión de prácticas sobre igualdad entre hombre y mujeres.

En este sentido, la publicidad juega un papel cada día más importante, no sólo como un instrumento para estimular el consumo sino también como una vía de comunicación de masas. La función de la actividad publicitaria encuentra su fundamento en abrir las puertas del mercado a los productos y servicios de una empresa ⁶.

En la publicidad económica se ensalzan el precio, la calidad, y las características ventajosas de los productos o servicios anunciados. A través de la publicidad los empresarios dan a conocer sus productos y servicios en el mercado y de esta forma pueden ampliar su clientela ⁷.

Es claro que en muchas ocasiones aún, permanece en esta información publicitaria, la transmisión de viejos valores y el mantenimiento de una imagen denigratoria de la mujer.

El ordenamiento jurídico español ofrece unos instrumentos de tutela que protegen la reputación con carácter general. Esto quiere decir que se protege la de cualquier persona física o jurídica en el ámbito de su vida privada, y también el de la persona física o jurídica cuando actúa en el mercado ⁸.

II. PUBLICIDAD COMERCIAL ILÍCITA. LA PUBLICIDAD DISCRIMINATORIA. CONCEPTO

En la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 se define la discriminación del siguiente modo: «cualquier diferencia fundada en consideraciones de sexo, que impida el reconocimiento de los derechos humanos y de las

⁴ BOE de 15 de noviembre de 1988.

⁵ BOE de 28 de diciembre de 2004.

⁶ Vid. FERNÁNDEZ NOVA, C., «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias», *RDM.*, 1968, p. 115.

⁷ Vid. DÍAZ GÓMEZ, M.^a A., «La publicidad de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid, Lex Nova, 1998, tomo II, p. 953.

⁸ Vid. TAPIA HERMIDA, A., «Publicidad comparativa denigratoria y "exceptio veritatis" (A propósito de la sentencia de la AP de Barcelona de 3 de septiembre de 1996)», *RGD*, 636, 1997, p. 1 y ss.

libertades fundamentales de la mujer, así como los prejuicios y prácticas que se fundamenten en la idea de inferioridad o superioridad de uno u otro sexo o en la distribución estereotipada de funciones entre el hombre y la mujer».

En el ámbito privado, la reputación se protege en la CE a través de la garantía de la dignidad de la persona (art. 10)⁹ y de su derecho al honor y a la propia imagen (art. 18.1)¹⁰.

En la legislación ordinaria, se protege a través de la tipificación penal de los ataques graves a la misma. Así, el CP lo regula en el Título XI, artículo 205 y ss.¹¹.

En este contexto, no siempre es fácil dilucidar cuándo nos encontramos con atentados relevantes al honor y a la propia imagen, y cuándo ante el ejercicio de los derechos a la libre expresión de puntos de vista, ideas y opiniones, y a comunicar y recibir libremente información veraz a través de cualquier medio de difusión [art. 20.1 a) y d) CE]¹². De este modo, cualquier tipo de publicidad que atente o vaya en contra de los derechos proclamados por la CE será ilícita en tanto que anticonstitucional¹³.

La inclusión en el texto constitucional de la mención expresa a la mujer atiende a razones de orden social y político, ya que se pretende remarcar la prohibición de mensajes publicitarios con contenido discriminatorio hacia las mujeres, que las presenten en situación de inferioridad o bien relegadas a ciertos puestos de trabajo, o a las funciones que se les han encomendado tradicionalmente.

Para determinar hasta qué punto pueden adoptarse medidas a escala nacional y también europea para reforzar la protección frente a las conductas discriminatorias contra la mujer, y cómo tener en cuenta la libertad de opinión a la hora de evaluar la licitud de un anuncio, por ejemplo, es necesario poder conciliar el derecho fundamental a la dignidad de la persona y el principio de la igualdad de derechos, con el derecho fundamental a la libertad de opinión.

El artículo 19 del Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos Civiles y Políticos y el apartado 2 del artículo 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos

⁹ Señala el artículo 10 de la CE: 1. «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los demás, son fundamento del orden político y de la paz social». 2. «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

¹⁰ Artículo 18.1 de la CE: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

¹¹ El artículo 205 del CP aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se encuentra en el Capítulo I «De la calumnia» en el Título XI «Delitos contra el honor».

¹² Establece el artículo 20.1 a) de la CE: «Se reconocen y protegen los derechos: a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Por su parte, el apartado d) indica: «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades».

¹³ *Vid.* ACOSTA ESTÉVEZ, J.A., «Tratamiento jurídico de la publicidad ilícita en el nuevo Derecho de la publicidad», *RDM*, 1989, núms. 193-194, p. 795.

Humanos, ofrecen la posibilidad de limitar las libertades de opinión, prensa y radiodifusión consagradas en la Constitución Nacional, para salvaguardar la moralidad pública ¹⁴.

III. NORMATIVA

A) Derecho internacional.

Conforme a lo que establece el artículo 9.2 de la CE, los poderes públicos deben adoptar medidas de acción positivas para que dichos derechos sean reales y efectivos, y deben remover todos aquellos obstáculos que impiden o que dificultan su plenitud.

Se pretende con ello acoger las recomendaciones de los Organismos Internacionales para proporcionar (tal y como establece la EM de la Ley 1/2004) una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres.

Entre las normas de Derecho Internacional que establecen imperativamente la protección de la dignidad de la personas se encuentran la Carta de las Naciones Unidas (1975), la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), y la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) ¹⁵.

¹⁴ Así, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, establece en el núm. 2 y 3: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás. b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas». Por otro lado, el artículo 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979 y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979, dispone respecto a la libertad de expresión: «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud, de la moral, la protección de la reputación, o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

¹⁵ También citaremos la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 y por la Asamblea General, y las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995. En esta Conferencia se exigió que se pusiera fin al uso persistente de estereotipos sexistas y las representaciones denigrantes de la mujer en la comunicación comercial a escala nacional e Internacional. Por último, la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública en 1996 por la OMS. La revisión del Código Internacional de la publicidad de abril de 1997, sirvió para proscribir los atentados a la dignidad de las personas y prohibir las incitaciones a la violencia y a los comportamientos ilícitos o reprochables.

B) Derecho europeo.

En 1984 el Consejo de Europa recomendó que se definieran unos principios europeos para la publicidad como defensa frente a las representaciones discriminatorias en contra de la mujer.

En las disposiciones comunes del Tratado de la UE la Unión se compromete al respeto de los derechos fundamentales, garantizados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales de 1950, ratificado por España en 1979. Los derechos de las mujeres, forman parte de los derechos humanos. Los actos jurídicos relacionados con la publicidad, la información y la pornografía afectan a los derechos fundamentales¹⁶. La protección de estos se apoya en el ámbito comunitario mediante la referencia a los principios y valores de los sistemas jurídicos nacionales.

En el ámbito del Derecho europeo, para la consecución de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres hay numerosa documentación y normativa¹⁷.

Así, en el contexto de la consecución de la igualdad entre hombre y mujeres hay que mencionar la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un Programa de acción Comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005)¹⁸. Esta Decisión señala la necesidad de promover todos los aspectos de la igualdad de oportunidades en las políticas de empleo. En el Anexo, indica la necesidad de intervención de la Comunidad en diversos ámbitos. Entre ellos, señala en el número 5: «Papeles sociales y estereotipos establecidos en función del sexo»: este ámbito trata de los estereotipos sobre las mujeres y los hombres y la necesidad de cambiar los comportamientos, actitudes, normas y valores en función de la evolución de los respectivos papeles de mujeres y hombres en la sociedad. Las acciones deberán abarcar también la integración de la igualdad entre mujeres y hombres, en particular las políticas de educación, formación, cultura, ciencia, medios de comunicación, juventud, y deporte.

Ha de mencionarse también la Decisión 803/2004 CE del Parlamento Europeo, por la que se aprobó un programa de acción comunitario para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo, en el marco del Programa Daphne II que fijó la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la UE al respecto. El objetivo del programa fue apoyar el trabajo de las organizaciones y autoridades públicas locales, destinado a proteger a las mujeres y niños frente a la violencia de que son víctimas y a prevenir este tipo de violencia.

Este programa, según indicaba la Decisión 803/2004, ha contribuido a que exista una mayor sensibilidad en la UE y a incrementar y consolidar la cooperación entre organizaciones que en los Estados Miembros se dedican a combatir la violencia.

¹⁶ Determinadas formas de pornografía, constituyen un atentado especialmente grave contra la dignidad de la persona, sobre todo cuando van acompañadas de imágenes de violencia y agresión sexual.

¹⁷ Hemos seleccionado, sin ánimo de exhaustividad, algunos de los documentos más significativos a este respecto, tanto los referidos a la consecución de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres como manifestación general de la prohibición de cualquier discriminación por sexo en cualquier ámbito, como aquellos otros referidos a la publicidad, en concreto a las medidas tendentes a prohibir –en el ámbito europeo– comportamientos discriminatorios en los medios de comunicación.

¹⁸ 2001/51/CE.

Finalmente, hay que citar la propuesta modificada de Decisión del Parlamento Europeo y el Consejo, por la que se establece para el período 2007-2013 ¹⁹ el programa específico de lucha contra la violencia (Daphne) como parte del programa general «Derechos fundamentales y justicia» que deroga en el artículo 16 de la Decisión 803/2004 CE antes citada.

La Directiva 2002/73/CE de reforma de la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 2004/113/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, han sido importantes instrumentos al servicio de la consecución de los objetivos marcados por la UE en este ámbito.

Se considera de especial trascendencia la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros, sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva ²⁰.

En la UE las quejas presentadas en el ámbito de la publicidad, tienen como elemento común la denuncia de la degradación de la mujer y de los atentados a su dignidad.

Por lo que se refiere a las quejas relativas a la imagen masculina, las críticas hablan de «incompetencia». Las críticas relativas a la imagen de la mujer hacen referencia en la mayor parte de las ocasiones a transmisión de estereotipos, faltas graves contra el buen gusto, utilización de la mujer como reclamo erótico visual para la promoción de ventas, entre otras.

En el Informe sobre la discriminación de la mujer en la publicidad, de 25 de julio de 1997, elaborado en el seno de la Comisión de Derechos de la mujer, se indica que los medios de comunicación deben asumir sin reservas el imperativo legal de respeto a la dignidad de la persona y del principio de igualdad de derechos ²¹.

De la misma forma, se pide a los medios de comunicación que en el desarrollo de su actividad contribuyan al necesario cambio de mentalidad con vistas a la concreción efectiva de la igualdad y que no se limiten a transmitir imágenes que sirvan para mantener o incluso agravar la situación de discriminación existente. Rechaza el informe la difusión de imágenes de la mujer que degraden su dignidad o pongan en tela de juicio su equiparación con el hombre en la comunicación comercial, así como que se renuncie de manera explícita y completa a degradar a la mujer a mero objeto sexual del hombre, en virtud de recursos técnicos o imágenes como la reducción del papel de la mujer al de portadora de belleza externa y disponibilidad sexual.

¹⁹ COM (2006) 230 final.

²⁰ Esta directiva ha sido revisada en 1997, 2001 y 2002. En 2005 la Comisión presentó una propuesta de revisión de la directiva citada. El objetivo principal de la revisión es actualizar las normas existentes, para tener en consideración la evolución tecnológica y comercial en el sector audiovisual europeo y también y en segundo lugar simplificar la normativa vigente en materia de publicidad.

²¹ A4-0258/97, *passim*.

Se pide a la Confederación Europea de la Publicidad y a la Comisión Europea que promuevan, mediante acciones transfronterizas de información y sensibilización destinadas a los medios de comunicación y al sector de la publicidad, un cambio de mentalidad a favor de los valores que sustituyan a la imagen discriminatoria y degradante de la mujer.

C) Derecho español.

El artículo 3 de la LGP—anterior a la modificación sufrida en 2004—define las diferentes modalidades de publicidad ilícita ²²:

- a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.
- b) La publicidad engañosa.
- c) La publicidad desleal.
- d) La publicidad subliminal.
- e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

Nos centraremos en la publicidad ilícita que por discriminatoria atenta contra la dignidad de las mujeres, puesto que ha sido objeto de una reciente modificación legislativa que nos parece relevante en el momento actual.

La LGP hace referencia genérica a la dignidad humana para después poner de relieve la ilicitud de aquellas conductas que vulneren los derechos constitucionales, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer.

Por otro lado y en relación con la LGP, debemos citar la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Tal y como reza el artículo 1, su objetivo es actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad.

La violencia de género comprende, los actos de violencia física y psicológica incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, la privación arbitraria de libertad...

La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género establece que los poderes públicos no pueden ser ajenos a este tipo de violencia por constituir uno de los ataques

²² Vid. FONT GALÁN, J.I., «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de Derecho Privado contra la publicidad engañosa», *CDC*, 1988, p. 4, pp. 7 y ss. DE LA CUESTA RUTE, J.M., «Observaciones sobre la Ley General de publicidad», *RJC*, 1989, 4, pp. 51 y ss.

más flagrantes a los derechos fundamentales (a la libertad, igualdad, a la vida, a la seguridad, a la no-discriminación), todos ellos proclamados en la CE.

El artículo 3 de la LGP en su letra a) anterior a la modificación sufrida por la Ley Orgánica 1/2004 ya hacía referencia a esta cuestión al denominar ilícita a la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo relativo a la infancia, juventud y mujer.

El objetivo de la ley orgánica es la protección integral contra la violencia de género tal y como indica la EM. Teniendo en cuenta esta consideración de globalidad, el tratamiento de la violencia de género se organiza de manera integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación.

La conquista de la igualdad así como el respecto a la dignidad humana, deben ser un objetivo en todos los niveles de la socialización.

La ley incluye medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo, reforzándolo con referencias concretas al ámbito de la publicidad (se refuerza una imagen que respete la igualdad y la dignidad de las mujeres). De la misma forma, la ley proporciona una respuesta legal integral a este tipo de actos de modo que abarca normas procesales y crea nuevas instancias y normas sustantivas penales y civiles.

En este sentido, el artículo 3 de la Ley 1/2004, relativo a los planes de sensibilización incluido en el Título Primero de esta Ley de Medidas de Protección Integral, hace referencia a «las medidas de sensibilización, prevención y detección»²³.

El conjunto de medidas de sensibilización que vienen previstas en la ley tienen por objeto tres sectores de actuación bien diferenciados, que presentan destinatarios diversos en los que es preceptiva la actuación de los poderes públicos para alcanzar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

En concreto, estas medidas se refieren al ámbito educativo, el de la publicidad y los medios de comunicación y el sanitario. La regulación de las mismas pretende contribuir a la tarea de prevenir conductas de violencia discriminatoria en la educación y formación en igualdad entre hombres y mujeres y en la asistencia público-sanitaria frente a los malos tratos.

El Capítulo II de este Título Primero comprende estas medidas de sensibilización en «el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación». El Capítulo II está compuesto por los artículos 10 a 14.

El artículo 10 se refiere a la publicidad ilícita, haciendo referencia a la Ley de Publicidad de 1988 y estableciendo que se considera ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.

²³ Señala el artículo 3.2: «Los poderes públicos en el marco de sus competencias, impulsarán además campañas de información y sensibilización específicas con el fin de prevenir la violencia de género».

A los medios de comunicación les corresponde una responsabilidad que ha modificado de manera radical en los últimos años el orden mediático, fundamentado en los mecanismos públicos de control.

Tienen gran trascendencia las medidas propuestas en el ámbito de la publicidad, mediante la modificación de la LGP (art. 3), de forma que se prohíbe aquella que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio. Se incluyen aquí aquellos anuncios que presentan el cuerpo de la mujer de manera particular y directa en forma vejatoria o su imagen unida a comportamientos estereotipados que impliquen discriminación²⁴.

La primera parte del nuevo artículo 3 a) coincide en lo esencial con la redacción original del precepto²⁵. La diferencia entre la regulación de la LGP anterior a la modificación introducida en 2004 y la actualmente vigente se encuentra en que ahora existe una mención detallada a los valores reconocidos en la CE, en los artículos 18 y 20.4. En este sentido establece el nuevo artículo 3 a) de la LGP: «Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20 apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior, los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género».

Se refiere el supuesto, por un lado y en primer lugar, a los casos en los que los anuncios representan a las mujeres de forma vejatoria. Dos supuestos más se recogen en el precepto. En ambos cabe entender que se produce este trato vejatorio y, por tanto, contrario a la dignidad de la mujer. El primero, se refiere a aquellos casos en que se utiliza particular y directamente el cuerpo de la mujer, o bien partes del mismo, como objeto desvinculado del producto que pretende promocionarse.

²⁴ *Vid.*, a título de ejemplo, el asunto Asociación de usuarios de la comunicación (auc) vs. Unilever España, SA («Magnum»). En la Resolución de la Sección Sexta de la Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial se comienza señalando que una de las hipótesis para la aplicación del artículo 3 a) de la Ley 34/1988, General de Publicidad, es que se utilice particular y directamente el cuerpo o partes del cuerpo de la mujer como objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar. Entiende el jurado que dicha hipótesis exige la concurrencia de tres presupuestos: a) La utilización del cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad. b) La utilización del cuerpo femenino como mero objeto, y c) Desconexión total y absoluta entre la imagen femenina que se representa y el producto promocionado. Una vez analizado el anuncio, sostiene la sección que existe una infracción del artículo 3 a) en la medida en que en el anuncio reclamado, la imagen de la mujer se utiliza como parte captatoria de la publicidad, sin que exista ningún tipo de papel activo en la publicidad y sin guardar relación alguna con el chocolate que se promociona. Se ha escogido una imagen con una connotación o carga erótica desproporcionada, atribuyéndole una relevancia tal en el contexto de la publicidad que permite afirmar que la pretensión del anunciante es que dicha imagen constituya el elemento de atracción de los consumidores sin que el producto promocionado guarde relación alguna con la imagen de la mujer. Se entiende, por tanto, que existe una infracción de las normas 2 y 10 del Código de Conducta de Autocontrol. Este Código fue aprobado en 1999, y modificado el 2 de abril de 2002. La norma segunda hace referencia al objetivo y fines de la asociación haciendo mención al respeto a la ética publicitaria. La norma 10 habla de la publicidad discriminatoria e indica: «la publicidad no sugerirá circunstancias de discriminación, ya sea por razón de raza, nacionalidad, religión, sexo u orientación sexual ni atentará contra la dignidad de la persona».

²⁵ Analiza con gran detalle el supuesto TATO PLAZA, A., «Publicidad y violencia de género», *ADI*, 2004-2005, núm. 25, pp. 495 y ss.

El segundo, se refiere a la presunción de existencia de un trato vejatorio de la mujer en aquellas hipótesis en las que se utilice su imagen asociada a comportamientos estereotipados.

Por lo que se refiere al primer supuesto, es necesario que concurren tres requisitos: en primer lugar, la utilización del cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad. En segundo término, que se utilice el cuerpo femenino como mero objeto y, por último, existencia de una desconexión absoluta entre la imagen utilizada y el producto que se promociona.

Se entiende por parte captatoria aquella del mensaje publicitario que por su configuración atrae en primer término la atención de los destinatarios focalizando el interés de estos. En el caso del segundo presupuesto habrá que estudiar caso por caso. A juicio de algún autor dependerá esta circunstancia, en gran medida, del papel que juegue la imagen del cuerpo femenino en el contexto del anuncio. El legislador parece referirse a la utilización de imágenes en las que el cuerpo femenino aparece como elemento puramente decorativo. El tercer presupuesto exige la desconexión absoluta entre la imagen femenina que se representa y el producto promocionado. No debe existir esa relación.

La segunda hipótesis es la presunción de existencia de un trato vejatorio de la mujer en los supuestos en los que se utilice la imagen de aquella asociada a comportamiento estereotipado ²⁶.

Exige en este caso el legislador para la apreciación de esta presunción, en primer lugar, la representación de la mujer desarrollando un trabajo o labor tradicionalmente asignado a la mujer y, en segundo término, que el anuncio de alguna forma manifieste a sus destinatarios el mensaje según el cual el trabajo o labor desarrollada es propia y exclusiva de una mujer. Debe atenderse al anuncio en su conjunto y al mensaje que pretende transmitirse, en torno a la naturaleza de la actividad desarrollada y a sus protagonistas.

Este precepto añade finalmente lo que debe evitarse: presentación de la imagen de la mujer asociada a comportamientos estereotipados «coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de 2004» ²⁷.

Es aquí donde los poderes públicos, a través de la Delegación del Gobierno contra la violencia sobre la mujer, así como los demás sujetos legitimados para la denuncia de esta publicidad, tienen una ingente labor por delante para precisar el contenido de dicha publicidad ilícita. Se introduce en la ley un elemento de sensibilización novedosa que ayuda a perfilar el contenido de estas conductas: la prohibición de presentar la imagen de la mujer asociada a comportamientos estereotipados que impliquen una discriminación ²⁸.

En el campo de la publicidad, por tanto, deberá respetarse la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios de comunica-

²⁶ Se entiende por estereotipo: «La imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable». Vid. *Diccionario RAE*, 21.ª ed. Madrid, 1992, vol. I, 912.

²⁷ Vid. TATO PLAZA, «Publicidad...», cit. p. 495. Solo se podrá realizar esta afirmación si se presenta a una mujer como persona obligada a asumir ciertas actividades por serle propias.

²⁸ Por ejemplo, la publicidad relativa a las labores del hogar, en la que tradicionalmente se encasilla a las mujeres, así como el poco valor social que se presta a las tareas domésticas y al cuidado de la familia.

ción públicos como en los privados. Con ello pretende introducirse un mayor respeto a la dignidad de las mujeres y a la igualdad entre ambos. En el intento de evitar una imagen estereotipada y discriminatoria, la ley hace referencia a esta cuestión dentro de las denominadas «medidas de sensibilización».

Hay autores que consideran que la nueva redacción del artículo 3 a), tras la reforma de la Ley de 2004, no aporta ninguna novedad relevante respecto a la anterior redacción. El legislador, sin embargo, decidió modificar el precepto y lo ha hecho —a juicio de algún autor— de una forma compleja y poco eficaz²⁹.

Ciertamente, podría estarse de acuerdo con esta consideración de que la nueva redacción del artículo 3 a) de la LGP no aporta grandes novedades respecto a los umbrales de protección que podían conseguirse —con una interpretación prudente— con la redacción del anterior artículo 3 a) de la LGP. Tal vez, incluso, pudiera afirmarse —lo que sería objeto de un posterior análisis y estudio— si el legislador con esta redacción del nuevo artículo 3 a) de la LGP lo ha hecho de forma clara y eficaz. Sin embargo, a pesar de estas consideraciones volvemos a la redacción de la EM de la Ley de 2004, ya citada. Indica la EM en uno de sus apartados: «La ley establece medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo. Se refuerza con referencia concreta al ámbito de la publicidad, una imagen que respete la igualdad y la dignidad de las mujeres».

La norma parece querer subrayar las palabras: «sensibilización», «refuerzos», «referencias concretas»³⁰.

A continuación, cuando detalla la estructura de la ley indica: «En el Título I se determinan las medidas de sensibilización, prevención y detección e intervención en diferentes ámbitos. En el educativo se especifican las obligaciones del sistema para la transmisión de valores de respeto a la dignidad de las mujeres y a la igualdad entre hombres y mujeres».

La norma vuelve a insistir en los mismos términos: «sensibilización», «intervención en diferentes ámbitos», «educación», «transmisión de valores», «igualdad».

²⁹ Vid. TATO PLAZA, A., «Publicidad...», cit. pp. 492-493. La anterior redacción teniendo en cuenta una prudente y correcta interpretación, permitía ya llegar y hacer frente a las hipótesis más graves de publicidad sexista y discriminatoria. Por tanto, una interpretación de estas características permitía ya una adecuada protección de la mujer frente a la utilización de su imagen en la publicidad. El autor realiza un excelente trabajo de concreción en el análisis exhaustivo del artículo 3 a) en su nueva redacción desgranando todos los supuestos y presupuestos que abarca la interpretación del artículo. Refuerza el autor sus argumentos a través de la introducción de varias sentencias y resoluciones del Jurado de la Publicidad en las que se falla estimando que los supuestos en ella mencionados constituyen ilícitos publicitarios en los términos del artículo 3 a) original. Así por ejemplo, el autor cita la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ibi (Alicante) de 3 de marzo de 1992. El autor no deja completamente cerrada su opinión al manifestar: «obviamente, solo con el transcurso del tiempo se podrá determinar si la nueva redacción del artículo 3 a) de la LGP incrementa la sensibilización de la industria publicitaria hacia la problemática derivada de la utilización de la imagen de la mujer en la publicidad».

³⁰ A este respecto, la propia Sentencia, ya citada, de 3 de marzo de 1992 del Juzgado de Ibi, indica en el fundamento sexto: «...por la vía establecida en el artículo 10.2.º del texto constitucional, hay que tener en cuenta, para la interpretación del derecho fundamental invocado, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España sobre dicha materia y tanto en dicha Declaración Universal, artículos 1.2,8 y 26 como en el Convenio sobre Derechos Políticos de la Mujer de 20 de diciembre de 1952 se regula, eso sí, con cierta parquedad y falta de concreción la materia de la igualdad o la discriminación entre los sexos, aunque ya se apunta la voluntad de prohibir dicha discriminación en algunos ámbitos como la política, la cultura o la educación».

Debemos mencionar aquí, la reciente Propuesta de Resolución 1557 (2007) de 21 de junio, elaborada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a la imagen de la mujer en la publicidad. Esta resolución es una muestra más de las numerosas y recientes manifestaciones que respecto al tema existen, a nivel Internacional y europeo. Sigue insistiendo en los mismos conceptos y haciendo referencia expresa a iguales manifestaciones. La resolución alude a la constatación de que son muchos los anuncios publicitarios que siguen, actualmente, representando una imagen de la mujer en total contradicción con la realidad de los roles que ejercen en la sociedad contemporánea. A este respecto, la dignidad de la persona debería ser un objetivo fundamental. Desde el Consejo de Europa se insta a los Estados Miembros a adoptar las medidas necesarias para hacer respetar en la publicidad una imagen digna y no discriminatoria de la mujer, todo ello apoyándose en el principio fundamental de libertad de expresión. Hay que reconocer, sin embargo, que esta resolución no tiene fuerza vinculante. Si acaso podríamos reconocerle un valor persuasivo o ejemplar. Por ello, es loable a nuestro juicio que en la ley se refleje de forma expresa, el objetivo y finalidad recogidos en diferentes textos internacionales, y a nivel europeo, y referido concretamente al objetivo perseguido: la erradicación en el ámbito de la publicidad de anuncios que expresen un mensaje que contenga el ilícito referenciado en el artículo 3 a) de la LGP. Y ello, con independencia de que pueda ponerse en tela de juicio el «valor añadido» que representa la modificación introducida en la LGP.

Más allá de esta consideración, debemos entender la mención expresa como el recordatorio constante, continuo, de una necesidad vigente, de un mandato a cumplir en nuestra sociedad, de un objetivo que debería haberse conseguido –medios dispuestos para ello existen–, pero que sigue presente con demasiada frecuencia en los medios de comunicación, ya sea a través de una publicidad discriminatoria o vejatoria, o bien mediante la representación de la imagen de la mujer asociada a comportamientos estereotipados³¹. Deberíamos, en fin, al margen de otras críticas –seguramente bien fundamentadas– que pudieran hacerse, conceder a la nueva redacción del precepto una función fuertemente simbólica que recuerde que, expresamente, el poder legislativo –en este caso, aunque obviamente no solo– debe marcarse como objetivo a cumplir, la eliminación de los comportamientos publicitarios allí referidos.

En el artículo 11 se insta al Ente público que corresponda a velar para que los medios audiovisuales cumplan sus obligaciones adoptando todas aquellas medidas que consideren necesarias para asegurar un tratamiento de la mujer conforme a los principios y valores constitucionales, sin perjuicio de las posibles actuaciones por parte de otras entidades.

En el artículo 12 de la Ley 1/2004 se reconoce la titularidad de las acciones de cesación y rectificación a favor de la Delegación Especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer, el Instituto de la Mujer u órgano equivalente de cada Comunidad Autónoma, el Ministerio Fiscal y las asociaciones que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer.

Todos ellos estarán legitimados para ejercitar ante los Tribunales la acción de cesación de la publicidad ilícita –en los términos en los que luego será analizado– por utilizar en forma vejatoria la imagen de la mujer, de acuerdo con la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

³¹ Vid. TATO PLAZA, A., «La publicidad ilícita en la Jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad», *Autontrol de la Publicidad*, 1999, núm. 27, p. 18. Señala el autor que la mayor parte de las sentencias se refieren a la imagen y menos a la publicidad discriminatoria.

Las Administraciones Públicas, según lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1/2004, deben velar por el cumplimiento estricto de la legislación en lo relativo a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres en los medios de comunicación social, de acuerdo con la legislación vigente.

La Administración Pública promoverá acuerdos de autorregulación, que cuenten con mecanismos de control preventivo y de resolución extrajudicial de conflictos, y que los mismos sean eficaces y contribuyan al cumplimiento de la normativa en materia de publicidad.

El artículo 14 de la Ley 1/2004 indica la importancia que tienen los medios de comunicación en el fomento, protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres y deben intentar evitar toda discriminación entre ellos. En la difusión de informaciones relacionadas con la violencia sobre la mujer, debe garantizarse –manteniendo la objetividad informativa– la defensa de los derechos humanos, la libertad y dignidad de las mujeres víctimas de actos de violencia así como de sus hijos.

Debe tenerse, en concreto, especial cuidado en el tratamiento gráfico de las informaciones. Se parte del principio de que lo que se pretende es una protección integral de la mujer, defendiendo hasta sus últimas consecuencias su dignidad e igualdad y prohibiendo cualquier forma de discriminación³². Los poderes públicos y los medios de comunicación de titularidad pública y privada, deben velar por la protección y salvaguarda del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.

En este sentido, el Estatuto de la Radio y la Televisión aprobado en 1980 establecía la obligación a los medios de comunicación social del Estado a respetar el honor, fama de la vida privada de las personas y cuantos derechos y libertades reconoce la Constitución y el respeto a los valores de igualdad recogidos en el artículo 14 de la CE. En igual sentido, ha continuado la Ley 17/2006 en el artículo 3 k)³³.

El número 2 de la DA 6.^a de la Ley 1/2004 introduce un nuevo apartado *bis* en el artículo 25 de la LGP³⁴.

³² Así se reconoce en la CE y en los Tratados Internacionales ratificados por España.

³³ *Vid.* la Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de Radio y Televisión (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1980). Ya en el Preámbulo de la ley se establecía: «La radiodifusión y la televisión, configuradas como servicio público esencial cuya titularidad corresponde al Estado, se concibe como vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones, así como medio capital para contribuir a que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, con especial atención a la protección de los marginados y a la no discriminación de la mujer». En el artículo 4 f) se indica: «La actividad de los medios de comunicación social del Estado se inspirará en los siguientes principios: f) El respeto de los valores de igualdad recogidos en el artículo 14 de la Constitución». Esta ley fue derogada por la DD única de la Ley 17/2006, de la Radio y la Televisión de titularidad estatal. En el artículo 3 k) relativo a la encomienda del Servicio Público de Radio y Televisión establece: «fomentará la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer evitando toda discriminación entre ellos».

³⁴ Señala este nuevo apartado *bis* del artículo 25.1 de la LGP: «Cuando una publicidad sea considerada ilícita por afectar la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer, podrán solicitar del anunciante su cesación y rectificación: a) La Delegación Especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer. 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. d) Los titulares de un derecho o de un interés legítimo.

En la DF 4.^a, tres, se adiciona una DA a la LGP con el contenido siguiente: «La acción de cesación, cuando una publicidad sea considerada ilícita por afectar a la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer se ejercerá en la forma y en los términos previstos en los artículos 26 y 29 excepto en materia de legitimación que la tendrán, además del Ministerio Fiscal, las personas y las instituciones a que se refiere el artículo 25.1 de la presente ley»³⁵.

Culminación de la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico de las dos Directivas Comunitarias –citadas con anterioridad– ha sido la promulgación de la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres³⁶.

En la EM de la ley se hace referencia a la prevención de conductas discriminatorias y el establecimiento de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad en los distintos ordenamientos: realidad social, cultural o artística.

Partiendo de que la igualdad entre hombres y mujeres es un principio jurídico universal reconocido en distintos Textos Internacionales sobre Derechos Humanos y en el seno de la Unión Europea, establece la necesidad de una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones subsistentes aún, de discriminación directa o indirecta por razón de sexo y a promover la igualdad real entre hombres y mujeres removiendo obstáculos y estereotipos del ordenamiento constitucional.

Es por ello, que la norma citada tiene en cuenta la dimensión transversal de la igualdad, y de esta forma se presenta el derecho antidiscriminatorio como un principio fundamental.

El artículo 36 de la ley hace referencia expresa a la igualdad en los medios de comunicación social de titularidad pública. Este artículo se encuentra dentro del Título III de la ley, cuyo encabezamiento hace mención a: «Igualdad y medios de comunicación»³⁷.

El contenido del artículo 36 expresa la obligación de los medios de comunicación en el empeño de conseguir el objetivo marcado en la norma: «Los medios de comunicación social de titularidad pública velarán por la transmisión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres en la sociedad, y promoverán el conocimiento y la difusión del principio de igualdad entre mujeres y hombres».

³⁵ Vid. *El Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer*, cit., p. 40. Se indica aquí que el precepto no respeta lo establecido en la LGP en relación con las directivas comunitarias que se han ocupado de las acciones de cesación y que dieron lugar a la promulgación de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de consumidores y usuarios que modificó los artículos 25 y 26 y añadió un nuevo artículo 29 a la Ley 34/1988, General de Publicidad. Estos preceptos ya permitían la legitimación activa para solicitar del anunciante la cesación o rectificación de la publicidad considerada ilícita no solo a las personas naturales o jurídicas afectadas, sino también y, en general, a quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo y cuando la publicidad ilícita afecte a intereses colectivos o difusos, al Instituto Nacional de Consumo y órganos correspondientes de las comunidades autónomas y corporaciones locales, asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas, Entidades de otros Estados Miembros de la Comunidad Europea que cumplan los requisitos del artículo 29 de la ley y, en general, los titulares de un derecho o un interés legítimo.

³⁶ BOE de 23 de marzo de 2007.

³⁷ No es esta la única referencia existente en la ley. En el artículo 26 se hace referencia a la «igualdad en el ámbito de la creación y producción artística e intelectual» y en el artículo 28 se hace alusión a la «sociedad de la información».

La mayor novedad de la ley –tal y como señala la EM– radica en la prevención de conductas discriminatorias, y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Esta opción implica una proyección del principio de igualdad sobre los diferentes ámbitos del ordenamiento (sociales, culturales, artísticos) en los que pueda generarse o mantenerse la desigualdad.

IV. ACCIONES JUDICIALES

La LGP de 1988 establece en los artículos 25 a 32 dos acciones judiciales civiles a favor de los órganos administrativos competentes, las asociaciones de consumidores y las personas individuales que resulten afectadas por la actividad publicitaria de un tercero no ajustada a las reglas y principios legalmente previstos³⁸.

Al artículo 25 de la LGP le dio nueva redacción el artículo 10 apartado 1.º de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, sobre transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, y el apartado 1.º *bis* del citado artículo 25 de la LGP ha sido añadido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, tal y como ha quedado indicado en páginas anteriores.

La ley contiene dos procedimientos mediante los cuales quienes resulten afectados por una publicidad ilícita o en ella tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo, pueden solicitar del anunciante no solo la cesación de la actividad publicitaria, sino, en su caso, la rectificación (art. 25.1 LGP).

La cesación de tal publicidad, podrá ser solicitada desde el comienzo hasta el fin de la actividad publicitaria (art. 26.1 LGP), mientras que la rectificación podrá solicitarse desde el inicio de la actividad publicitaria hasta siete días después de finalizada la misma (art. 27.1 LGP).

Las demandas en materia de publicidad ilícita se decidirán en el *juicio ordinario* (art. 249.1.4 LEC) y la sentencia estimatoria deberá contener alguno(s) de los pronunciamientos recogidos en el artículo 31 de la LGP. La *competencia judicial* para conocer de estas acciones, viene ahora conferida a los Juzgados de lo Mercantil, según resulta del artículo 86 *ter* 2 a) de la LOPJ.

Se reconoce la *legitimación* para exigir la cesación o rectificación mencionadas, a los órganos administrativos competentes, a las asociaciones de consumidores y usuarios y a las personas físicas o jurídicas que resulten afectadas por la publicidad ilícita. No obstante, el ejercicio de estas acciones en los Tribunales, debe venir precedida necesariamente de una solicitud de cesación o rectificación dirigida al anunciante por escrito y de modo fehaciente para la debida constancia de la fecha de su recepción y de su contenido (art. 25 a 27 LGP).

³⁸ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., voz «Acciones judiciales (publicidad)», AA.VV., *Diccionario de Derecho de la Competencia* (dir. VELASCO SAN PEDRO, L.) Madrid, Iustel, 2006, pp. 48-50. VILLAGÓMEZ, A., «El control judicial de la publicidad», *La Ley*, 1997, pp. 1.695 y ss.

El artículo 25.1 *bis* de la LGP introducido, como ha quedado indicado, por la Ley Orgánica de 28 de diciembre de 2004, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha ampliado en las letras a) a d) el elenco de legitimados activamente para solicitar del anunciante la cesación y rectificación de la publicidad considerada ilícita, por afectar a la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer.

Además de estas acciones civiles, la publicidad cuenta con un poderoso instrumento de carácter *autorregulatorio*, que basa sus decisiones tanto en la infracción de la ley cuanto de los códigos éticos en materia de publicidad, que asocia a agencias y medios (autocontrol) ³⁹.

Por otro lado, como señala el artículo 32 de la LGP, el ejercicio de las acciones contempladas en esta ley «será compatible con el ejercicio de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan y con la persecución y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios».

A) Las pretensiones.

1. Acción de cesación.

Con carácter general, el número 3 del artículo 25 de la LGP señala la necesidad de que la solicitud al anunciante con la finalidad de que cese o rectifique, se realice en forma escrita, para que pueda tenerse constancia fehaciente de la fecha, de la recepción así como del contenido. De esta forma, el afectado solicitará del anunciante, el cese de la difusión del mensaje publicitario perturbador conforme a las disposiciones del artículo 26 de la LGP.

En los 15 días siguientes a la recepción el anunciante debe comunicar al requirente de modo fehaciente su voluntad de cesar en la actividad publicitaria, debiendo proceder de manera efectiva a la cesación.

En aquellos casos en los que el anunciante se niegue a cesar o bien no conteste al requirente, este –habiendo justificado previamente que ha realizado su solicitud de cesación– podrá ejercitar la acción de cesación, regulada en el artículo 29 de la LGP.

La acción de cesación tiene como fin la obtención de una sentencia, condenando al demandado a cesar en la conducta contraria a la LGP así como a prohibir su repetición en el futuro.

La acción puede ejercitarse de la misma forma para prohibir una conducta, cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, siempre y cuando existan indicios suficientes que hagan temer su reiteración de forma inmediata.

³⁹ Código de Conducta de Autocontrol. Sobre los orígenes de la autodisciplina de la publicidad. *Vid.* GÓMEZ SEGADÉ, J.A., «La autodisciplina publicitaria en el Derecho Comparado y en el Derecho Español», *ADI*, 1981, 7, pp.31-64.

El artículo 29 de la LGP en sus números 1 y 2 señala que puede ejercitarse la acción de cesación contra las conductas que sean contrarias a la LGP, que lesionen los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, sin necesidad de haber cumplido lo establecido en el artículo 26 relativo a la petición de cesación.

Están legitimados para el ejercicio de esta acción el Instituto Nacional de Consumo y los Órganos o Entidades correspondientes de la Comunidad Autónoma y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores, las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 1984 o, en su caso, la Legislación Autonómica en materia de defensa de los consumidores, el Ministerio Fiscal, las entidades de otros Estados Miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas», y finalmente los titulares de un derecho o de un interés legítimo.

2. *Acción de rectificación.*

Previa a la acción de cesación el artículo 27 de la LGP regula la rectificación, que podrá solicitarse desde el inicio de la actividad publicitaria hasta siete días después de finalizada la misma.

El anunciante debe, dentro de los tres días siguientes a la recepción del escrito solicitando la rectificación, notificar de forma fehaciente al remitente, su disposición a rectificar en los términos de la solicitud, o bien la negativa a rectificar. Si la respuesta del requirente es positiva y acepta la propuesta del anunciante, debe procederse a la rectificación dentro de los siete días siguientes a la aceptación de la misma.

Si los anunciantes se niegan a la rectificación, o no hay respuesta en el plazo de tres días, o bien aun habiendo respuesta del anunciante a rectificar esta no se ha producido en los términos acordados o en los plazos previstos, el requirente podrá demandar al requerido ante el juez justificando el haber efectuado la solicitud de rectificación de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

Para la hipótesis de que el anunciante ilegal no acepte la cesación o rectificación solicitadas, el perjudicado podrá recabar el auxilio judicial a través del procedimiento ordinario de menor cuantía (arts. 28 y 29 LGP).

El ejercicio de dichas pretensiones por la vía de la jurisdicción civil ordinaria, como ya se ha adelantado, no impedirá entablar otras acciones civiles –fundamentalmente, indemnización de daños y perjuicios al amparo del art. 1.902 CC–, así como penales, administrativas o de otro orden (art. 32 LGP).

B) El contenido de la sentencia estimatoria.

Según lo que establece el artículo 31 de la LGP, la sentencia estimatoria de la demanda deberá conceder al anunciante un plazo para que suprima los elementos ilícitos de la publicidad, o bien

ordenará la cesación o prohibición definitiva de la publicidad ilícita, o la publicación total o parcial de la sentencia en la forma que estime adecuada y a costa del anunciante, o exigirá la difusión de la publicidad correctora cuando la gravedad del caso así lo requiera, y siempre que pueda contribuir a la reparación de los efectos de la publicidad ilícita, determinando el contenido de aquella y las modalidades y plazo de difusión.

V. CONCLUSIONES

1. Se analizan en el presente trabajo las modificaciones introducidas en la LGP por la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en concreto, relativas al artículo 3 de la LGP referido a la publicidad ilícita denigratoria que atenta contra la igualdad entre hombres y mujeres y crea situaciones de discriminación que en absoluto favorecen la consecución de una igualdad real.
2. La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género señala que los poderes públicos no pueden ser ajenos a este tipo de violencia porque constituye un ataque flagrante a los derechos fundamentales a la libertad, igualdad, a la vida, a la seguridad, a la no discriminación, todos ellos proclamados en la CE y en los Tratados Internacionales ratificados por España.
3. Conforme, pues, a lo que establece la CE en el artículo 9.2 los poderes públicos deben adoptar medidas de acción positivas para que dichos derechos sean reales y efectivos, removiendo todos aquellos obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.
4. Con la Ley 1/2004 se pretenden acoger las recomendaciones de los Organismos Internacionales, así como diferente normativa en el ámbito del Derecho Europeo en este sentido, para proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce contra las mujeres, una de cuyas manifestaciones concretas es la publicidad denigratoria que se traduce en una discriminación que obstaculiza la consecución de una igualdad real entre mujeres y hombres.
5. Desde este enfoque de globalidad, se considera que la conquista de la igualdad así como el respeto a la dignidad humana, debe ser un objetivo en todos los niveles de socialización. La Ley 1/2004 incluye así, medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo, reforzándolo con referencias concretas en el sector de la publicidad, que inciden en el refuerzo de una imagen que respete la igualdad y dignidad de las mujeres.
6. En el concreto ámbito de la publicidad, las medidas propuestas –mediante la modificación del art. 3 LGP– incluyen la prohibición de todas aquellas manifestaciones que utilicen la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.
7. La Ley Orgánica 3/2007, de 23 de marzo, de Igualdad, ha venido a reforzar esta misma prohibición de la publicidad discriminatoria contra las mujeres, con referencias expresas al ámbito de la comunicación y de la publicidad, en la misma línea que la seguida por la LGP de 1988 modificada por la Ley de 2004.

Bibliografía

- ACOSTA ESTÉVEZ, José B., «Tratamiento jurídico de la publicidad ilícita en el nuevo derecho de la publicidad», en *RDM*, 1989, núms. 193-194.
- DE LA CUESTA RUTE, J.M., «Observaciones sobre la Ley General de Publicidad», *RJC*, 1989, 4, pp. 51-104.
- DÍEZ GÓMEZ, M.^a A., «La publicidad de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria», en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez*, Valladolid, Lex Nova, 1998, pp. 953-975.
- FERNÁNDEZ NOVOA, C., «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias», *RDM*, 1968, pp. 13-57.
- «La publicidad de tono estrictamente personal» en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 117-137.
- FONT GALÁN, J.I., «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de derecho privado contra la publicidad engañosa», en *CDC*, 1998, 4, pp. 6-47.
- GÓMEZ SEGADÉ, José A., «La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho Español», *ADI*, 1971, 7, pp. 32-113.
- LEMA DEvesa, C., «La publicidad desleal: modalidades y problemas», *RGD*, 1991, núms. 562-563, pp. 6.135-6.150.
- MASSAGUER, J., «El procedimiento por publicidad ilícita», en *RDM*, 2003, núm. 248, pp. 453-497.
- voz «Publicidad desleal» en *EJB*, vol. IV, pp. 85-87.
 - voz «Denigración» en *EJB*, vol. I, pp. 2.105-2.108.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A., voz: «Acciones judiciales (publicidad)», en AA.VV., *Diccionario de Derecho de la Competencia* (Dir. VELASCO SAN PEDRO, L.) Madrid, Iustel, 2006, pp. 48-50.
- TAPIA HERMIDA, A., «Publicidad comparativa denigratoria y "exceptio veritatis" (a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de septiembre de 1996)», *RGD*, 639, 1997, pp. 1-30.
- TATO PLAZA, A., «Publicidad y violencia de género», *ADI*, 2004-2005, núm. 25, pp. 489-497.
- «La publicidad ilícita en la Jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad», *Autontrol de la Publicidad*, 1999, núm. 27, pp. 16-33.
- VILLAGÓMEZ, A., «El control judicial de la publicidad», *La Ley*, 1997, pp. 1.695-1.697.