

# Publicidad indirecta de tabaco en prensa escrita: A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de marzo de 2009\*

*Nerea Iráculis Arregui*

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Mercantil.  
Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

## RESUMEN

La presencia de una fotografía en una revista, en la que se encuadran de manera visible los logotipos de marcas de tabaco, constituye publicidad indirecta de los productos del tabaco, la cual está prohibida. Poco importa que el divulgador sea un tercero independiente de los fabricantes de tabaco y que éste haga valer su derecho a la libertad de expresión. La regulación de la publicidad del tabaco, interna e internacional aplicable, constituye una medida necesaria para la protección de la salud que justifica una restricción de la libertad de expresión. El difuminado, no alteraría el documento ni impediría ofrecer al público una información completa.

**Palabras clave:** libertad de expresión, tercero independiente, injerencia, tabaco, salud pública, necesidad social, diferencia de trato, medios de comunicación audiovisual

**Keywords:** freedom of expression, independent third party, interference, tobacco, public health, social necessity, difference in treatment, audiovisual means of communication

## ABSTRACT

The presence of a photograph in a magazine, in which the logotypes of different tobacco brands are visibly framed, constitutes indirect publicity of tobacco products, and this is forbidden. It is not important even in the case where the publicist is a third party, independent from manufacturers of tobacco and that the former enforces its right to freedom of expression. The tobacco publicity regulation, applicable internally and internationally, constitutes a measure that is necessary for the protection of health issues. Consequently, this justifies a restriction on the right of freedom of expression. The blur technique would neither alter the document nor hinder the public from having the entire information.

\* STEDH, asunto *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy vs. Francia*, de 5-3-2009 [TEDH 2009, 31].

SUMARIO

- I. HECHOS
  - II. ESTUDIO DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS EN LA DEMANDA—1. *Publicidad y libertad de expresión*—a) Ámbito de aplicación de la norma protectora de la libertad de expresión—b) Alcance de la libertad de expresión en escenarios comerciales—c) Regulación de la publicidad del tabaco—d) Concepto de publicidad indirecta de tabaco—e) Publicidad indirecta de tabaco: prohibición justificada—2. *Prohibición de la publicidad indirecta del tabaco y diferencia de trato entre medios de comunicación*—a) Violación del artículo 14: diferencia injustificada—b) Situaciones de hecho distintas
  - III. CONSIDERACIÓN FINAL
-

## I. HECHOS

El asunto tiene su origen en una demanda dirigida contra la República francesa que la sociedad de nombre colectivo (S.N.C.) Hachette Filipacchi Presse Automobile y Don Paul Dupuy, presentaron ante el Tribunal, en virtud del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>1</sup>. El señor Dupuy había sido declarado culpable de publicidad indirecta a favor del tabaco o de sus productos por el Tribunal de Primera Instancia de París y condenado a una multa de 30.000 euros. La S.N.C., por su parte, fue declarada responsable civil solidaria, íntegramente, de la multa impuesta al señor Dupuy.

A finales de marzo de 2002, en el número 88 de «Action Auto Moto», publicación mensual editada por la S.N.C. y dirigida por el señor Dupuy, se publicaba en la página 111 una fotografía del piloto de Fórmula 1, Michael Schumacher, celebrando su victoria en el podium del Gran Premio de Australia. El nombre de la marca de tabaco «M», patrocinadora de su escudería, aparecía en la manga de su mono. En la manga derecha del mono de otro piloto aparecía la marca de cigarrillos «W». Los logotipos de las dos marcas de tabaco medían cada uno aproximadamente un centímetro en una página de formato A4. Ante estas circunstancias, el Comité Nacional contra el Tabaquismo demandó a la editora y al director de la publicación por la realización de publicidad indirecta a favor del tabaco o de sus productos, en virtud de la Ley de lucha contra el tabaquismo y el alcoholismo (en adelante, Ley Évin, núm. 91-32, de 10 de enero de 1991). El Tribunal de Primera Instancia de París concluyó, en su sentencia de 10 de julio de 2003, que se trataba de un supuesto de publicidad ilícita, al señalar que: «La presencia de tales fotografías en la revista so pretexto de presentar imágenes deportivas, era la oportunidad de una publicidad indirecta de los productos del tabaco, la cual estaba prohibida». Para ello, hizo hincapié en la aparición de las marcas de tabaco en un entorno deportivo, competitivo, de campeones que seducen al gran público y en particular a los jóvenes. A la hora de determinar los sujetos responsables por la acción ilícita cometida, el Tribunal interno puntualizó que: «Poco importaba que el divulgador no hubiese sido remunerado por los fabricantes de tabaco o no hubiese percibido ninguna remuneración por tal difusión». Asimismo, respecto a la violación del derecho a la libertad de expresión, estimó que: «La reglamentación de la publicidad del tabaco, incluida en el capítulo del Código de Salud Pública dedicado a

<sup>1</sup> Al disponer este precepto que: «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

las “epidemias sociales”, constituye una medida necesaria para la protección de la salud pública que justifica una restricción de la libertad de expresión». Además, señaló que: «la técnica del “floutage” (difuminado), ampliamente utilizada para preservar, entre otros, el derecho a la imagen, alteraría muy poco los documentos, permitiendo así ofrecer al público una información lo más completa posible». En consecuencia, el responsable directo de los hechos era el señor Dupuy por haber dejado, aunque le correspondía impedirlo, que se incluyera la citada fotografía que reproducía la marca de dos fabricantes de cigarrillos. Según el Tribunal, «el señor Dupuy, con su abstención culposa, había proporcionado a los fabricantes de tabaco el apoyo necesario para cometer un acto ilícito, siendo él mismo culpable de publicidad ilícita a favor del tabaco».

Por sentencia de 26 de enero de 2004, el Tribunal de apelación de París confirmó la sentencia de primera instancia, modificándola en lo referente a los intereses civiles, condenando a los demandantes al pago solidario al Comité Nacional contra el Tabaquismo de 10.000 euros en concepto de daños y perjuicios. Con el aumento de dicha cantidad, resultaba indiscutible el perjuicio causado a esta entidad en su labor de combatir precisamente la asociación de tabaco, deporte, ocio, éxito. En cuanto a la acción ilícita, inequívocamente se concluyó que las marcas de tabaco cuyos logotipos se reproducían eran suficientemente conocidas para que solamente citar su nombre hiciese recordar los cigarrillos comercializados e incitase al consumo de estos productos, estimándose la importancia de la presencia de las marcas de cigarrillos en una publicación de gran difusión apreciada por los jóvenes. Igualmente, se señaló que el principio de la libertad de expresión no se oponía a que el legislador reglamentase su ejercicio al objeto de conciliarlo con otras normas o principios y, concretamente, con el de la protección de la salud pública. Los demandantes interpusieron recurso de casación contra esta sentencia. Pero, por Auto de 5 de octubre de 2004, la Sala de lo Penal del Tribunal de Casación constató que ninguno de los motivos formulados por los demandantes permitía admitir su recurso. Así pues, finalmente, los actores acuden ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y presentan la demanda el 1 de abril de 2005.

## II. ESTUDIO DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS EN LA DEMANDA

Los demandantes, en apoyo de aquella demanda, hicieron valer que la prohibición de la difusión de imágenes de acontecimientos deportivos vulneraba los artículos 10 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>2</sup>. Así, la primera cuestión jurídica planteada fue la violación de su derecho a la libertad de expresión, resultante de su condena por publicidad indirecta de los productos del tabaco. Y, en relación con este derecho, se planteó

<sup>2</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE de 10-10-79).

como segunda cuestión jurídica la discriminación entre la prensa escrita y los medios de comunicación audiovisuales que transmiten competiciones de deportes mecánicos en un país en el que la publicidad de tabaco no está prohibida, los cuales no están sujetos a la prohibición de la publicidad indirecta de los productos del tabaco.

## 1. Publicidad y libertad de expresión

### a) *Ámbito de aplicación de la norma protectora de la libertad de expresión*

El Gobierno francés se oponía a la aplicabilidad del artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>3</sup> (en adelante, «el Convenio»), en el presente caso. Estimaba que los mensajes exclusiva o abiertamente publicitarios no podían asimilarse a la expresión de opiniones, informaciones o ideas tales como las mencionadas por aquel artículo. En concreto, alegaba que la publicidad pertenecía al ámbito de «la libertad de comercio» y no al de «los derechos humanos», siendo la finalidad de la primera la venta del producto y que así era en el caso de autos. La publicidad en litigio no contenía ninguna «expresión» protegida por el artículo 10 del Convenio, sino que se limitaba a difundir una marca o signo distintivo de un producto que no divulgaba ninguna información o idea<sup>4</sup>. Por otro lado, los demandantes alegaban que la publicación en litigio no era una publicidad del tabaco, sino una fotografía que reproducía un acontecimiento deportivo, constituyendo así la expresión de la comunicación al público de una «información». En consecuencia, formaba parte, sin duda, de la libertad de expresión.

Como punto de partida de este trabajo, resulta necesario, en primer lugar, determinar si la publicidad forma parte o no del ámbito de aplicación de la norma protectora de la libertad de expresión. Según el artículo 10.1 del Convenio: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». La alegación del Gobierno francés de que la publicidad no pertenece al ámbito de los derechos humanos sino al de la libertad de comercio, pone de manifiesto que la realización de publicidad se puede integrar en dos derechos fundamentales diferentes: la libertad de expresión y la libertad de empresa (reconocidas en los artículos 20 y 38 de la Constitución Española, en adelante CE). Esta relación de derechos no es, en absoluto, tema pacífico en la doctrina española. La

<sup>3</sup> Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (RCL 1979, 2421).

<sup>4</sup> El Gobierno francés se remitió a la STJCE, asunto *Alemania contra Consejo de la Unión Europea y otros* (C-380/03), de 12-12-2006 (TJCE 2006, 356), apartado 156, según el cual «aún suponiendo que las medidas de prohibición de la publicidad o del patrocinio tengan por efecto que la libertad de expresión se vea indirectamente menoscabada, la libertad de expresión en el periodismo, como tal, queda intacta, de tal modo que las colaboraciones de los periodistas no resultan afectadas».

publicidad, se afirma desde un sector<sup>5</sup>, es uno de los elementos claves de las libertades reconocidas en el artículo 20 CE. Para estos autores, la publicidad tiene plena cabida en la libertad de expresión del artículo 20 CE, y dentro de este artículo, si no en el apartado a) del número primero (libertad de expresión en sentido estricto), en todo caso en el apartado d) del mismo número primero del artículo mencionado, que desarrolla la libertad de información. Posición totalmente opuesta sustentan quienes consideran que la publicidad no representa una forma de manifestación del pensamiento, sino que es una modalidad de la iniciativa económica privada, amparada ciertamente por el artículo 38 CE<sup>6</sup>.

Este último es también el argumento único sustentado por nuestros Tribunales de justicia. El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se han pronunciado inequívocamente en contra de la integración de la publicidad en los derechos consagrados en el artículo 20.1 CE, en el único asunto donde se afronta expresamente la relación de la publicidad con dichos derechos fundamentales<sup>7</sup>. Como hace parte de la doctrina científica, los Tribunales solventan el debate con una apelación al fin promocional de la publicidad, considerando que el ánimo de lucro descalifica el propio valor del mensaje: «El fin mismo que caracteriza a la actividad publicitaria marca una diferencia profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión... Es el fin último de la publicidad el que margina, en definitiva, a esta actividad del ámbito de protección del referido derecho fundamental»<sup>8</sup>.

Esta línea restrictiva en orden a excluir la publicidad como manifestación

<sup>5</sup> DE LA CUESTA RUTE, J. M<sup>a</sup>, «Observaciones sobre la Ley General de Publicidad», en *Perspectivas actuales del Derecho mercantil*, Aranzadi 1995, págs. 129 y 130, donde indica expresamente que la publicidad está entroncada en el artículo 20 CE, reconecedor de los derechos a la información y a la libertad de expresión; MASSAGUER FUENTES, J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1992», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 29 (1992), págs. 605-638; BERMEJO VERA, J., «El derecho a la información de los consumidores y usuarios», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 3 (1984), págs. 86-100; ORTÍ VALLEJO, A., «Comentario al artículo 13.1», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 409-410; DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Publicidad y tráfico», en el libro colectivo *XI Jornadas Nacionales de Derecho y Tráfico*, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada/Dirección General de Tráfico, Granada, 1994, pág. 135; TATO PLAZA, A., «Derecho privado, publicidad y libertad de expresión en la Europa de veinticinco miembros», en *Estudios de Derecho Mercantil Europeo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 105-118.

<sup>6</sup> REBOLLO PUIG, M., «Autotutela administrativa y cesación de la publicidad ilícita», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 33 (1995), pág. 20; GÓMEZ SEGADE, J. A. /LEMA DEVESA, C., «La autodisciplina publicitaria en el Derecho comparado y en el Derecho español», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 7 (1981), págs. 55 y ss.

<sup>7</sup> STS, Sala Tercera, de 23-9-1988 (RJ 1988, 7252), Fundamento de Derecho Tercero. Esta sentencia sirvió de pórtico a la posterior opinión del Tribunal Constitucional sobre el tema propuesto. Así, el Tribunal Constitucional se pronunció en términos muy parecidos al Tribunal Supremo en su Providencia de 17 de abril de 1989.

<sup>8</sup> DESCALZO GONZÁLEZ, A., *Principio de veracidad y política pública en el mercado de la publicidad comercial*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 101.

del ejercicio del derecho fundamental ex artículo 20.1.d) CE, nos conduce al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La doctrina establecida en el caso presente, objeto de estudio, constituye una confirmación de la postura del TEDH sobre la protección de la publicidad por la libertad de expresión. Libertad de expresión, que aglutina por un lado la emisión de opiniones o juicios de valor y, por otro, la expresión o relato de hechos<sup>9</sup>. Situados en el terreno de la publicidad, y si bien existen elementos valorativos, lo cierto es que la trascendencia de la comunicación comercial se predica fundamentalmente de su capacidad de proporcionar información a los operadores económicos. Por ello, al referirse a la libertad de expresión, queda excluida la aplicación de la libertad de opinión, situándose la publicidad en el campo de la libertad de información<sup>10</sup>.

El TEDH subraya, en primer lugar, que el artículo 10 del Convenio garantiza la libertad de expresión a «toda persona» y, a continuación puntualiza que dicho precepto actúa no solamente para la información de naturaleza política sino también para las informaciones de carácter comercial, incluso para la publicación de fotografías<sup>11</sup>. En el caso de autos, la fotografía enjuiciada mostraba dos logotipos publicitarios en los monos de los pilotos de Fórmula 1, pero proporcionaba también una información de actualidad sobre la victoria de Michael Schumacher en el Gran Premio de Australia. Por lo tanto, el artículo 10 del Convenio era de aplicación. Este pronunciamiento tiene un claro precedente en la sentencia de 24 de febrero de 1994, asunto «Casado Coca contra España»<sup>12</sup>, en la cual el TEDH considera incluida en el artículo 10 del Convenio a la publicidad, en tanto en cuanto

<sup>9</sup> Distinción efectuada por el propio TEDH, STEDH, asunto *Lingens vs. Austria*, de 8-7-1986 (TEDH 1986, 8), al referirse a la libertad de opinión como parte fundamental del derecho garantizado por el artículo 10 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Vid., RUBÍ PUIG, A., *Publicidad y Libertad de Expresión*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, págs. 33-34.

<sup>10</sup> Así lo ha expresado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, en su sentencia *Virginia State Board of Pharmacy vs. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, al establecer que la protección constitucional de las comunicaciones comerciales por la libertad de expresión encuentra su fundamento en que la publicidad, aunque en ocasiones trivial y excesiva, es, sin embargo, divulgación de información sobre quién es el productor y el vendedor de qué producto, por qué motivos y a qué precio, y en que ello es de interés para sus destinatarios en la medida que fomenta que las decisiones de consumo de estos últimos sean inteligentes y bien informadas. Sobre la concepción de la publicidad como producto informativo ofrecida por la jurisprudencia norteamericana y las críticas a dicha doctrina, puede consultarse, entre otros, TATO PLAZA, A., «Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XIV (1991-1992), págs. 169-196; íd., «Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana: nuevos desarrollos», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XV (1993), págs. 843-848; RUBÍ PUIG, A., *Publicidad y Libertad de Expresión*, Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 221 y ss.

<sup>11</sup> Vid., STEDH, asunto *Verlagsgruppe News GmbH vs. Austria*, de 14-12-2006 (JUR 2006, 283460), apartado 29.

<sup>12</sup> STEDH, asunto *Casado Coca vs. España*, de 24-2-1994 (TEDH 1994, 1).

transmita información útil para la audiencia<sup>13</sup>. Como puede observarse, el TEDH reitera la línea favorable a la integración de la publicidad en la libertad de expresión, y además lo hace de una manera equilibrada, porque si bien da cabida en la libertad de expresión a la fotografía en cuestión, parece que lo hace sólo en cuanto proporciona información de interés para los lectores de la publicación, pero no porque se trate de una mera finalidad publicitaria<sup>14</sup>.

En resumen, el discurso comercial encaja en el artículo 10 del Convenio cuando constituya información, aun cuando se asuma, cuando menos a efectos puramente dialécticos, que el mensaje comercial proporciona una información de menor intensidad para el público receptor. La publicidad como forma de comunicación persuasiva de carácter económico transmite información de interés para el público consumidor. Cuestión diferente es, evidentemente, el grado de protección que merezca el mensaje publicitario. En el caso de autos, la publicación de la fotografía en litigio afectaba, indudablemente, al ámbito comercial, pero se inscribía en el marco de una información sobre un acontecimiento deportivo de actualidad. Luego, no se trataba de una publicación «estrictamente» comercial, por lo que el margen de apreciación del Estado se hallaba limitado. En consecuencia, y reconociendo que la publicidad constituye expresión encajable en el artículo 10 del Convenio, hay que señalar que la cuestión controvertida reside en identificar el grado de protección que merece.

b) *Alcance de la libertad de expresión en escenarios comerciales*

Si bien el TEDH ha desarrollado, sobre la base del artículo 10 del Convenio, toda una doctrina con la finalidad de marcar los límites de las restricciones a la libertad de expresión, como se expondrá más adelante, hay que tener en cuenta en esta construcción doctrinal la denominada «doctrina del margen de apreciación»<sup>15</sup>. En virtud de esta doctrina, el TEDH concede un determinado ámbito de libertad, opción o maniobra a las autoridades nacionales, siempre que las medidas de limitación, restricción, condición o sanción aprobadas sean necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la defensa del orden y la prevención del delito o la protección de la salud, entre otros intereses generales. Sin que esto suponga la exclu-

<sup>13</sup> STEDH, asunto *Casado Coca vs. España*, de 24-2-1994 (TEDH 1994, 1), apartado 36 al indicar que: «los anuncios litigiosos indicaban simplemente el nombre, profesión, dirección y número de teléfono del demandante. Perseguían, seguramente, una finalidad publicitaria, pero suministraban a las personas que necesitasen asistencia jurídica informaciones de una utilidad cierta y que podían facilitar su acceso a la justicia».

<sup>14</sup> Esta idea se alumbró en la citada STEDH, asunto *Casado Coca vs. España*, de 24-2-1994 (TEDH 1994, 1), al integrar en la libertad de expresión los mensajes del abogado en cuestión, pero sólo en cuanto proporcionaban información de gran utilidad para quien necesitase de asistencia jurídica, facilitando de esta manera su acceso a la justicia, y no porque se tratase de una mera finalidad publicitaria.

<sup>15</sup> STEDH, asunto *Casado Coca vs. España*, de 24-2-1994 (TEDH 1994, 1), Fundamento de Derecho 55.

sión de la supervisión del Tribunal europeo, ya que éste analizará si la medida restrictiva ha sido establecida por ley y si resulta necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, sí que puede conllevar una presunción a favor de la corrección del enjuiciamiento previo por dichos tribunales nacionales<sup>16</sup>. De la jurisprudencia del TEDH se desprende que el margen de apreciación nacional va a depender de la relevancia y del contexto de la comunicación en la que se enmarca la libertad de expresión, «dicho margen de apreciación es particularmente necesario en materia comercial, especialmente en un campo tan complejo y fluctuante como es la competencia desleal (...). Conviene, sin embargo, relativizar el alcance de ésta cuando lo que está en juego no es el discurso estrictamente «comercial» de dicho individuo sino su participación en un debate que afecta al interés general como, por ejemplo, la salud pública; en este caso, no se podría negar la existencia de dicho debate sobre los efectos de los microondas en la salud humana»<sup>17</sup>, «En el caso presente, la extensión del margen de apreciación es reducida, ya que lo que entra en juego no son intereses puramente “comerciales” de un individuo dado, sino su participación en un debate que afecta al interés general»<sup>18</sup>. Por tanto, el TEDH reconoce un margen de maniobra a las autoridades internas para determinar dónde se halla el equilibrio justo entre la libertad de expresión y los objetivos citados, que varía en función de cada una de las finalidades que permiten limitar este derecho y según la naturaleza de las actividades en juego. Margen que flexibiliza el juicio de proporcionalidad y que otorga a la publicidad una posición secundaria con relación al discurso que contribuye a un debate de interés general<sup>19</sup>.

c) *Regulación de la publicidad del tabaco*

En atención a esta posición subordinada, cabe considerar los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) sobre el papel de la libertad de expresión en la regulación de la

<sup>16</sup> Lo que se entiende por la propia jurisprudencia del TEDH, véase STEDH, asunto *Hertel vs. Suiza*, de 25-8-1998 (TEDH 1998, 42), Fundamento de Derecho 47, tras rechazar que lo que estaba en juego fuese materia comercial: «El Tribunal, en consecuencia, va a proceder a un atento examen de la proporcionalidad de las medidas enjuiciadas con el fin perseguido. A este respecto, le corresponde hacer balance de las exigencias de la protección de los derechos de los miembros de la asociación demandante con la libertad de expresión del señor Hertel». Asimismo, Fundamento de Derecho 72 de la STEDH, asunto *VGT Verein Gegen Tierfabriken vs. Suiza*, de 28-6-2001 (TEDH 2001, 407): «El Tribunal examinará por lo tanto atentamente si las medidas en cuestión eran proporcionadas al fin perseguido».

<sup>17</sup> STEDH, asunto *Hertel vs. Suiza*, de 25-8-1998 (TEDH 1998, 42), Fundamento de Derecho 47.

<sup>18</sup> STEDH, asunto *VGT Verein Gegen Tierfabriken vs. Suiza*, de 28-6-2001 (TEDH 2001, 407), Fundamento de Derecho 71.

<sup>19</sup> Al igual que el TEDH, también el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta doctrina, reconociendo el margen de apreciación de los Derechos nacionales para valorar la necesidad social imperiosa para introducir restricciones. Destaca la STJCE, asunto *RTL Television GMBH vs. Niedersächsische Landesmedienanstalt für Privaten Rundfunk* (C-245/2001), de 23-10-2003 (TJCE 2003, 345), Fundamentos de Derecho 70 y 72.

publicidad del tabaco. En un primer momento, al ser anulada en su totalidad la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco por falta de base jurídica suficiente en el Tratado CE<sup>20</sup>, el TJCE se eximió de pronunciarse sobre la protección de la publicidad de los productos del tabaco mediante la libertad de expresión<sup>21</sup>.

Sin embargo, la Directiva 98/43/CE fue reemplazada por la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco. Esta Directiva tiene por objeto reglamentar la publicidad y el patrocinio en los medios de comunicación y eliminar las trabas a la libre circulación de mercancías y servicios. En adelante, se prohíbe en las manifestaciones o actividades con efectos transfronterizos la colocación de publicidad en los paneles de un emplazamiento deportivo y también en los vehículos o los propios deportistas. Dicha Directiva fue impugnada por las autoridades alemanas, lo que obligó al TJCE a considerar el argumento relativo a la posible vulneración de la libertad de expresión<sup>22</sup>. Si bien el Estado alemán defendía la protección de la publicidad más como subsidio de las empresas de prensa que como manifestación de la libertad de expresión<sup>23</sup>, el Tribunal diferenció la libertad de expresión en sentido estricto y el uso mercantil de la libertad de expresión. Así, por un lado reconocía que, a pesar de las medidas de prohibición de la publicidad o del patrocinio previstas en la Directiva, la libertad de expresión en el periodismo quedaba intacta, de tal modo que las colaboraciones de los periodistas no quedaban incluidas en dicha prohibición<sup>24</sup>. Por otro, y sin referirse a la protección de la expresión mercantil por la libertad de expresión, replicando la jurisprudencia del TEDH, señaló que en un ámbito tan complejo y fluctuante como el de la publicidad, las autoridades competentes debían contar con cierto margen de apreciación en el examen del carácter razonable y proporcionado de una injerencia<sup>25</sup>.

Esta sentencia del TJCE se centra sobre el eventual impacto del derecho

<sup>20</sup> STJCE, asunto *República Federal de Alemania vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (C-376/98), de 5-10-2000 (TJCE 2000, 239).

<sup>21</sup> STJCE, asunto *The Queen vs. Secretary of State for Health y otros* (C-74/99), de 5-10-2000 (TJCE 2000, 238).

<sup>22</sup> STJCE, asunto *Alemania vs. Parlamento y Consejo de la Unión Europea* (C-380/03), de 12-12-2006 (TJCE 2006, 356).

<sup>23</sup> STJCE, asunto *Alemania vs. Parlamento y Consejo de la Unión Europea* (C-380/03), de 12-12-2006 (TJCE 2006, 356). Fundamento de Derecho 153.

<sup>24</sup> STJCE, asunto *Alemania vs. Parlamento y Consejo de la Unión Europea* (C-380/03), de 12-12-2006 (TJCE 2006, 356). Fundamento de Derecho 156.

<sup>25</sup> STJCE, asunto *Alemania vs. Parlamento y Consejo de la Unión Europea* (C-380/03), de 12-12-2006 (TJCE 2006, 356). Fundamento de Derecho 155.

a la libertad de expresión en el marco del principio de proporcionalidad comunitario. Dicho principio, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que las medidas que aplica una disposición comunitaria sean aptas para alcanzar el objetivo propuesto y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo<sup>26</sup>. En este sentido, se reconoce al legislador comunitario una amplia facultad discrecional en una materia como la del presente caso, aunque sin olvidar la importancia de valorar si las limitaciones o restricciones a la publicidad son compatibles con la libertad reconocida en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Por consiguiente, sólo el carácter manifiestamente inadecuado de una medida adoptada en este ámbito, en relación con el objetivo que tiene previsto conseguir la institución competente, puede afectar a la legalidad de tal medida. El TJCE, valorando si en el caso concreto concurría dicha legalidad, en particular, si las medidas resultaban proporcionadas a la finalidad legítima perseguida, concluyó que las disposiciones contenidas en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2003/33/CE eran aptas para alcanzar el objetivo que perseguían y que, habida cuenta de la obligación del legislador comunitario de garantizar un nivel elevado de protección de la salud humana, no excedían de lo necesario para lograr dicho objetivo.

Estas medidas de prohibición contempladas en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2003/33/CE, son aplicables al caso presente objeto de estudio, en particular el artículo 3, al ir referido a la publicidad en los medios de comunicación impresos<sup>27</sup>. Asimismo, junto a la Directiva, en el contexto internacional hay que citar el Convenio marco de la Organización Mundial de la Salud para el control del tabaco, adoptado por los Estados miembros el 21 de mayo de 2003<sup>28</sup>. Este Convenio marco contiene el principio según el cual la prohibición de la publicidad, la promoción y el patrocinio de los productos del tabaco reducen su consumo. El artículo 13 prevé que los Estados signatarios, entre ellos Francia, se comprometan a instaurar una prohibición global de toda publicidad, promoción y patrocinio del tabaco en el periodo transitorio de cinco años. Al comparar el contenido del citado artículo 3 de la Directiva 2003/33/CE con el del artículo 13 del Convenio marco, resulta

<sup>26</sup> Vid., STJCE, asunto *Maizena Gesellschaft mbH y otros vs. Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung* (C-137/85), de 18-11-1987 (TJCE 1988, 40), apartado 15; STJCE, asunto *Käserer Champignon Hofmeister GmbH and Co. KG contra Jonas* (C-210/00), de 11-7-2002 (TJCE 2002, 226), apartado 59.

<sup>27</sup> Artículo 3: «Publicidad en los medios de comunicación impresos y en los servicios de la sociedad de la información: 1. La publicidad en la prensa y otras publicaciones impresas se limitará a las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco y a las publicaciones impresas y editadas en terceros países, siempre que dichas publicaciones no vayan destinadas principalmente al mercado comunitario. Se prohíbe cualquier otra publicidad en la prensa y otras publicaciones impresas. 2. La publicidad no autorizada en la prensa y otras publicaciones impresas tampoco se autorizará en los servicios de la sociedad de la información».

<sup>28</sup> Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco, hecho en Ginebra el 21 de mayo de 2003, ratificado por Instrumento de 30 de diciembre de 2004 (BOE de 10-2-05).

de especial interés la interacción entre ambas disposiciones, teniendo en cuenta que, mientras el Convenio marco impone con carácter general la obligación de proceder a una prohibición total de toda forma de publicidad, la Directiva, en su artículo 3.1, excluye de su prohibición de publicidad a las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco. Así, en línea con lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 2003/33/CE<sup>29</sup>, si los Estados no pueden imponer prohibiciones a la publicidad de los productos del tabaco en los casos en los que la Directiva lo permite, la interacción entre ambos instrumentos resulta muy problemática. Ya que, para salvar la compatibilidad entre dichas disposiciones la prohibición de la publicidad de tabaco en las publicaciones destinadas exclusivamente a los profesionales del comercio del tabaco, resultaría contraria al derecho fundamental a la libertad de expresión y, además, podría verse obstaculizada la libre circulación de publicaciones en el mercado interior.

Por último, no debemos olvidar la presencia en las legislaciones nacionales de prohibiciones o restricciones a la publicidad. Si bien la aplicación de las medidas prohibitivas o restrictivas establecidas a escala nacional deja de ser admisible en los ámbitos armonizados de manera plena por una directiva<sup>30</sup>, en la medida en que esas normas nacionales, habida cuenta de la finalidad que persiguen y del cumplimiento de las condiciones requeridas, puedan ser conformes al Derecho comunitario y vayan en ciertos aspectos más allá de lo establecido en la norma comunitaria, resulta de interés analizar su contenido. En el caso de España, habría que citar la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco<sup>31</sup>. Las prohibiciones del artículo 9 de esta Ley van en ciertas cuestiones más allá que las establecidas en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2003/33/CE. Y, por su parte, el artículo 10 regula la publicidad indirecta, siendo conforme con el Derecho comunitario en la medida en que esa modalidad publicitaria no es objeto de regulación en la Directiva 2003/33/CE. En concreto, el Considerando 12 de dicha Directiva establece de manera expresa que la publicidad indirecta es una forma de publicidad que no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva, por lo que, en principio, los Estados

<sup>29</sup> El carácter de máximos de la armonización llevada a cabo por la Directiva 2003/33/CE se corresponde con la inclusión en su artículo 8 de una norma que asegura la libre circulación entre los Estados miembros de los productos que cumplan las exigencias de la Directiva.

<sup>30</sup> Interpretación de la STJCE, asunto *Alemania vs. Parlamento y Consejo de la Unión Europea* (C-380/03), de 12-12-2006 (TJCE 2006, 356), acerca del alcance de la competencia atribuida a las instituciones comunitarias en el marco del artículo 95 TCE para adoptar medidas de armonización que contribuyan al correcto funcionamiento del mercado interior y a la eliminación de los obstáculos derivados de la existencia de normativas nacionales diversas, apartados 36-89.

<sup>31</sup> Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco (BOE de 27-12-05).

miembros conservan la facultad de regular estas cuestiones si lo consideran necesario para garantizar la protección de la salud humana.

En el caso de Francia, resulta de aplicación el Código de Salud Pública, cuyas disposiciones sobre la publicidad y patrocinio del tabaco proceden de la Ley Évin, núm. 91-32, de 10 de enero de 1991. Así, el artículo L. 3511-3 dispone lo siguiente: «Se prohíbe la propaganda o publicidad, directa o indirecta, del tabaco, los productos del tabaco o los ingredientes definidos en el segundo párrafo del artículo L. 3511-1, así como la distribución gratuita o venta de un producto del tabaco a un precio promocional contrario a los objetivos de salud pública». Esta disposición es el reflejo de que corresponde a los Estados miembros decidir en qué nivel pretenden asegurar la protección de la salud pública y de qué manera debe alcanzarse dicho nivel. El régimen francés de publicidad de tabaco consiste en prohibir toda propaganda o publicidad, directa o indirecta, del tabaco o de los productos relacionados con él<sup>32</sup>.

Respecto a la publicidad indirecta del tabaco, objeto de análisis en el caso de autos, el artículo L. 3511-4, párrafo 1, del citado Código de Salud Pública, considera propaganda o publicidad indirecta, «la propaganda o publicidad de un organismo, un servicio, una actividad, un producto o un artículo que no sea el tabaco, un producto del tabaco o un ingrediente definido en el segundo párrafo del artículo L. 3511-1 cuando, por su grafismo, su presentación, la utilización de una marca, un emblema publicitario u otro signo significativo, haga recordar el tabaco, un producto del tabaco o un ingrediente definido en el segundo párrafo del artículo L. 3511-1». En el ámbito del Derecho comunitario, también debemos citar la anulada Directiva 98/43/CE, de 6 de julio de 1998, relativa a la publicidad y patrocinio de los productos del tabaco. En la misma, se consideraba como publicidad de tal producto, «la publicidad que, sin mencionar directamente un producto del tabaco, intente eludir la prohibición de la publicidad utilizando nombres, marcas, símbolos u otros elementos distintivos de productos del tabaco». Como puede observarse, en el marco legislativo nacional<sup>33</sup> como comunita-

<sup>32</sup> La agencia pública que dirige la red de metro y autobuses de París, en un acto de rigurosa aplicación de la Ley Évin, ha considerado recientemente que la imagen escogida por la Filmoteca Francesa para anunciar una exposición sobre el cineasta Jacques Tati –un fotograma de la película *Mi tío* (1958) en el que aparece Monsieur Hulot llevando en su vélosolex al pequeño Gérard Arpel y fumando en su sempiterna pipa (que, por cierto, siempre estaba apagada)–, infringe esa norma. Por ello, en los carteles destinados al metro y los autobuses han transformado la pipa en un molinillo de color amarillo. Asimismo, dicha sociedad ha vetado los carteles de la película sobre Coco Chanel, ya que la actriz protagonista tiene un cigarrillo en la mano, lo cual representa una publicidad indirecta del tabaco, y por tanto incumple la ley.

<sup>33</sup> En la normativa estatal española debemos citar también la Ley 22/1999, de 7 de junio, de Modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora a nuestro Ordenamiento la Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre, del Consejo, y conocida como «Ley de Televisión sin Fronteras». En su artículo 3, apartado e), se define la publicidad indirecta como, «aquella que sin mencionar directamente los productos, utilice marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de tales productos o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan su producción o comercialización». Por su

rio, se ha tratado de definir la figura de la publicidad indirecta del tabaco. De todas estas definiciones puede concluirse que la publicidad indirecta es una modalidad publicitaria que realza una marca, generalmente notoria, que distingue un determinado producto (en nuestro caso el tabaco), con el pretexto de identificar un nuevo producto, suscitando en el consumidor el recuerdo de un producto diferente que, con anterioridad, ya venía distinguiendo esta misma marca. Por consiguiente, a través de esta figura publicitaria, el público asocia la publicidad del nuevo producto con el producto anterior, cuya publicidad está prohibida.

Trazado el perfil de la publicidad indirecta, esta modalidad publicitaria queda claramente deslindada de otras figuras afines, tales como la publicidad encubierta y la publicidad subliminal. Por contraste con la publicidad indirecta<sup>34</sup>, la publicidad encubierta<sup>35</sup> induce a engaño al público, ya que cree erróneamente que está en presencia de una información, de un programa, o de un espacio que no es publicitario, cuando lo cierto es que está en presencia de un auténtico anuncio<sup>36</sup>. En los casos de publicidad indi-

parte, la citada Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, en su artículo 10 prohíbe, «el empleo de nombres, marcas, símbolos o cualesquiera otros signos distintivos que sean utilizados para identificar en el tráfico productos del tabaco y, simultáneamente, otros bienes o servicios y sean comercializados u ofrecidos por una misma empresa o grupo de empresas».

<sup>34</sup> En España, los tribunales de justicia no han tenido siempre clara la diferencia entre los conceptos de publicidad indirecta y publicidad encubierta. La SAP de Madrid, de 29-9-2000 (AC 2000, 2083), utilizando una terminología correcta, calificó el anuncio enjuiciado como «publicidad indirecta de tabaco». Sin embargo, en el mismo asunto, la sentencia de instancia recurrida indicaba que «el artículo 8.5 de la Ley General de Publicidad prohíbe la publicidad televisiva de tabacos, y hay que entender que se refiere tanto a la publicidad directa, como a aquella disimulada o encubierta que, con fraude de ley, persigue dicho resultado publicitario y por tanto resulta efectiva, en cuanto hace llegar el producto prohibido a los consumidores, subsumiéndose así la conducta de la recurrente en el concepto de publicidad ilícita que define el artículo 3 de la Ley al definir, en concreto, la publicidad indirecta». Este error terminológico se recogió también en la STS, Sala Primera, de 26-7-1997 (RJ 1997, 6306), que recogía idénticas consideraciones aunque referidas a la publicidad de bebidas alcohólicas de más de veinte grados.

<sup>35</sup> Modalidad publicitaria prohibida, que se produce en aquellos supuestos en los que el mensaje publicitario se presenta ante el público sin revelar de forma clara su naturaleza publicitaria, bajo una falsa apariencia de información neutral. En estos casos, la publicidad se arroga la objetividad propia de los contenidos informativos, que no le corresponde, por lo que el consumidor puede confundir el mensaje persuasivo del anunciante con un mensaje informativo imparcial emitido por un tercero, otorgándole el mismo crédito. Sobre la caracterización de la publicidad encubierta, véase la aportación doctrinal de FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La publicidad encubierta», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 3 (1976), págs. 371 y ss.

<sup>36</sup> Si bien, nuestra doctrina científica, entre otros, TATO PLAZA, A., «La publicidad ilícita en la jurisprudencia y en la doctrina del Jurado de la Publicidad», en *Revista de Autocontrol*, núm. 27, 1999, págs. 25-26, o LEMA DEVESA, C., «La publicidad indirecta», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 19 (1998), págs. 75-76, ha interpretado que la publicidad encubierta puede entenderse comprendida en la amplia definición de publicidad engañosa plasmada en el artículo 4 de la Ley General de Publicidad de 1988, en definitiva, la publicidad encubierta supone la infracción de la exigencia de autenticidad

recta, por el contrario, la naturaleza persuasiva de la comunicación queda revelada con claridad, pero el mensaje publicitario no identifica el producto a cuya promoción va realmente dirigido. En la hipótesis de la publicidad subliminal, por su parte, no se percibe conscientemente la publicidad<sup>37</sup>. En el caso de la publicidad indirecta se percibe, aunque en la mente del consumidor se asocia la marca del producto anunciado con otro producto distinto.

Una vez delimitadas determinadas figuras frente a la publicidad indirecta, resulta de interés abordar el concepto de esta última modalidad publicitaria, para analizar a continuación su posible traslado a la sentencia del TEDH de 5 de marzo de 2009, al estimarse en la misma un caso de publicidad indirecta infractora de la legalidad.

d) *Concepto de publicidad indirecta de tabaco*

En virtud de la regulación de la publicidad del tabaco, estamos ante un supuesto de publicidad indirecta cuando, sin anunciar abiertamente los productos o servicios sometidos a una prohibición publicitaria, el material publicitario está configurado de tal modo que provoca un efecto indirecto de promoción en favor de los mismos, en fraude de la prohibición legal<sup>38</sup>. La publicidad indirecta no es sino una forma o manifestación del fraude de ley, porque la configuración evocadora de la misma provoca que el consumidor la asocie con un producto (cuya publicidad esta prohibida) distinto de aquel que se anuncia directamente. En consecuencia, para poder decir que estamos ante un supuesto de publicidad indirecta del tabaco, y por ende ilícita, es necesario analizar el concreto material publicitario para determinar si la publicidad de un determinado producto promueve o no indirectamente un producto como el tabaco cuya publicidad está prohibida. Como puede observarse, a pesar del loable esfuerzo de objetivación plasmado en la legislación, nos encontramos con una noción de perfiles borrosos y, además, hay que tener en cuenta que esta prohibición legal incide directamente en la esfera de los derechos de marca y del ejercicio de los mismos por su titular.

Efectivamente, el anunciante es el titular de la marca y a él le corresponde

de los mensajes publicitarios, al no revelar éstos su verdadera naturaleza comercial y persuasiva.

<sup>37</sup> El artículo 7 de la Ley General de Publicidad de 1988 define con detalle esta modalidad publicitaria al señalar que es aquella que «mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, puede actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida». En la actualidad, en virtud de la aprobación de la 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 (BOE de 31-12-09), cambia su numeración, pasando a ser delimitada en el artículo 4 de la Ley General de Publicidad.

<sup>38</sup> La publicidad indirecta es un acto ejecutado en fraude de ley, por lo que en virtud del artículo 6.4 del Código Civil no impide la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

el legítimo derecho a la libre explotación de sus marcas y a la diversificación de su oferta, por lo que, en principio, puede extender la utilización de su marca generalmente asociada a tabaco a otros productos distintos de aquél. Es evidente que la prohibición de la publicidad indirecta no debe impedir de manera definitiva la aplicación de una marca de tabaco en relación con productos distintos<sup>39</sup>, porque ello supondría una expropiación de la marca de la que es titular el anunciante<sup>40</sup>. Ahora bien, en atención a la prohibición legal de publicidad del tabaco, el anunciante deberá ser especialmente cuidadoso a la hora de diseñar la publicidad de los productos distintos de aquél en la que va a emplear tal marca, de forma que resulte claro para el público que se está anunciando un producto distinto del tabaco<sup>41</sup>. Así las cosas, cuando se plantean situaciones como éstas, las obligaciones de honestidad y buena fe suponen que aquel anunciante que utiliza para sus nuevos productos y su publicidad una marca utilizada también en relación con el tabaco, debe poner todos los medios a su alcance para evitar que la publicidad de estos nuevos productos sea entendida por el público como una publicidad indirecta del tabaco en cuestión<sup>42</sup>. En consecuencia, sólo atendiendo a

<sup>39</sup> En este sentido, son interesantes las reflexiones realizadas por el Pleno del Jurado de la Publicidad de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, asunto *Larios*, en su Resolución de 23-9-1997, al señalar que: «La prohibición de la publicidad indirecta de bebidas alcohólicas no puede ser interpretada en un sentido tal que suponga una prohibición absoluta de utilizar la marca de una bebida alcohólica en relación con otro producto distinto. Esta situación, claro está, supondría, en dramática expresión de alguna de las partes, una expropiación de la marca. El titular de la marca tiene derecho a utilizar la misma sin más limitaciones que las legalmente establecidas. Luego, el ejercicio del derecho de marca puede quedar limitado cuando suponga la producción de una actividad legalmente prohibida, como sería la de realizar publicidad indirecta de bebidas con contenido alcohólico superior a 20º».

<sup>40</sup> En el asunto *For Sun* (SAP de Madrid, de 29-9-2000 [AC 2000, 2083], nota 35), la sentencia de instancia recurrida, a pesar de la calificación de ilicitud del anuncio controvertido, argumentaba que ello no implicaba «que en ningún caso pueda realizarse publicidad televisiva de productos no tabaqueros bajo marcas de tabaco, pues ésta será lícita si se realiza de modo explícito, de modo que el anuncio no induzca a error o confusión acerca de lo que se pretende ofertar o coincida sustancialmente a través de otros signos con las campañas publicitarias de tabaco».

<sup>41</sup> En la citada Resolución de 23-9-1997, asunto *Larios* (nota 40), el Pleno del Jurado de la Publicidad, órgano de vigilancia en la aplicación del sistema de autocontrol en España, expresaba lo siguiente: «¿Cuándo se podría utilizar publicitariamente una marca que coincide con la de un producto cuya publicidad está prohibida? Cuando el uso de la misma sea legítimo y responda a una finalidad cierta y razonable desde una perspectiva mercantil, de forma que la eventual publicidad indirecta que pudiera resultar no sea más que un efecto residual, habiéndose adoptado por el anunciante las cautelas necesarias para minimizar ese efecto residual».

<sup>42</sup> Si se puede probar que al hacer publicidad de un nuevo producto se anuncia indirectamente un producto o bien sujeto a prohibición, esta actividad publicitaria también podría ser merecedora de un reproche de deslealtad al amparo de la cláusula general de represión de la competencia desleal recogida en el artículo 4.1 (inciso primero) de la nueva Ley de Competencia Desleal. La 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, consagra en dicho precepto que «se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la

los casos concretos y a las circunstancias que rodean a éstos se podrá determinar si se ha cumplido con estas obligaciones<sup>43</sup>.

Al analizar el concepto de publicidad indirecta se observa que en esta modalidad publicitaria ilícita está presente la publicidad de nuevos productos «pretexto», que sólo sirven para intentar eludir las prohibiciones de publicidad de bebidas alcohólicas o de tabaco en los diversos medios de difusión. La publicidad indirecta pretende burlar la prohibición legal de hacer publicidad de determinados productos (alcohol, tabaco), por lo que el sujeto responsable de la misma es la empresa que comercializa y anuncia el producto pretexto [que puede ser la misma que fabrique o venda el tabaco o la bebida alcohólica indirectamente promocionada (o no)]<sup>44</sup>. Así pues, en materia de responsabilidad publicitaria, el criterio de la intencionalidad<sup>45</sup> apunta hacia la persona del anunciante. En virtud de nuestra legislación<sup>46</sup>, se entiende por anunciante la persona física o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad.

Una vez abordado el concepto legal de publicidad indirecta, resulta de interés la aplicación de tales consideraciones al supuesto ahora examinado para determinar la responsabilidad de los demandantes en el asunto *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy contra Francia*. Tal y como se argumentó, la fotografía que reproducía la marca de dos fabricantes de cigarrillos se inscribía en el marco de una información sobre un acontecimiento deportivo de interés en aquel momento. Siendo esto así, cabía afirmar que la sociedad que editaba y publicaba la revista donde se divulgó dicha fotografía no podía

buena fe». Esta cláusula general prohibitiva también constituyó uno de los ejes básicos del Derecho Español de la Publicidad y así se implantó en el apartado b), *in fine*, del artículo 6 de la Ley General de Publicidad de 1988, para combatir eficazmente la publicidad desleal. En la actualidad, el nuevo texto de la Ley General de Publicidad ya no la contempla, ya que en esta materia la ley publicitaria se remite en bloque a lo dispuesto en la nueva Ley de Competencia Desleal.

<sup>43</sup> En España, ha sido el Jurado de la Publicidad quien, en su actividad de resolución extrajudicial de controversias publicitarias, ha elaborado un conjunto ordenado de criterios interpretativos a la hora de dilucidar cuándo un determinado material constituye un supuesto de publicidad indirecta ilícita, y cuándo, por el contrario, se trata de la legítima utilización o extensión de la marca. Resultan relevantes las tres resoluciones emitidas por el Pleno del Jurado con fecha 23 de septiembre de 1997, publicadas en la *Revista de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial*, núm. 13, octubre de 1997.

<sup>44</sup> La citada SAP de Madrid (nota 34), realizó unas interesantes consideraciones a efectos de determinar los sujetos responsables por la publicidad ilícita difundida. La Audiencia consideró responsables de la publicidad ilícita enjuiciada tanto a la empresa que comercializaba y anunciaba el producto «pretexto», como a la empresa dedicada a la fabricación y venta del tabaco indirectamente publicitado, y el criterio esencial empleado radicaba en el «beneficio» que la publicidad indirecta de tabaco difundida en televisión reportaba a ambas compañías.

<sup>45</sup> El Jurado de la Publicidad, entre los indicios que permiten determinar si se está en presencia de una publicidad legítima de otro producto o de una publicidad indirecta de tabaco o de alcohol, incluye la existencia o no de una intención seria del anunciante de expandir el mercado y diversificar su oferta.

<sup>46</sup> Artículo 8 de la nueva Ley General de Publicidad.

ser considerada como «anunciante», sino como «medio»<sup>47</sup> que actuaba en ejercicio de la libertad de prensa<sup>48</sup> y de forma totalmente independiente de los fabricantes de tabaco. En consecuencia, la actuación del divulgador no suponía publicidad, es decir no trataba de promover un determinado producto<sup>49</sup>. Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia de París sostuvo que aquella divulgación de información sobre un acontecimiento deportivo se calificaba de publicidad, en este caso de publicidad indirecta, porque estaba orientada a hacer recordar el tabaco y a incitar al consumo de los productos del tabaco, al margen de que no existiera un vínculo con los fabricantes o comercializadores, ya que poco importaba que el divulgador no hubiese sido remunerado por aquéllos o no hubiese percibido ninguna remuneración por tal difusión. El Tribunal de apelación de París confirmó la argumentación de que la difusión por un tercero de información, en el caso de autos, se consideraba publicidad indirecta, aunque ese tercero actuara por cuenta propia.

Partiendo del análisis del tenor literal del artículo 2. b) de la citada Directiva 2003/33/CE<sup>50</sup>, cabe concluir que dicha normativa comunitaria no impide que el mensaje publicitario provenga de un tercero independiente y no exige tampoco que la publicidad se haga en el marco de una actividad comercial o industrial. Por tanto, dicha normativa comunitaria no excluye que un mensaje procedente de un tercero independiente tenga carácter publicitario. Dicho esto, hay que determinar si la actuación del divulgador constituía una actividad publicitaria. Es evidente que no se trataba de una publicidad directa, ya que no trataba «como tal» de promover la compra de cigarrillos. Empero, la aparición de las marcas de tabaco, notorias y en un entorno deportivo y de campeones que seducen al público y en particular

<sup>47</sup> El vocablo «medio» tiene una doble acepción. Por una parte, objetiva, que significaría vehículo o soporte de la comunicación. Por otra parte, subjetiva, que significaría la persona titular del soporte como vehículo de la comunicación; es quien, gracias a esa titularidad, decide los contenidos del soporte y divulga éste. Vid., en nuestra doctrina, DE LA CUESTA RUTE, J. M<sup>a</sup>, «Apuntes sobre el contrato de difusión publicitaria según la Ley General de Publicidad», en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 225-226, donde se refiere al medio en sentido subjetivo como parte del contrato de difusión publicitaria.

<sup>48</sup> La existencia de un derecho para el público a recibir informaciones ha sido reconocido en numerosas ocasiones por el TEDH en asuntos relativos a la restricción de la libertad de prensa, como corolario de la función propia de los periodistas de difundir informaciones o ideas sobre cuestiones de interés general. Véase, STEDH, asunto *Observer y Guardian vs. Reino Unido*, de 26-11-1991 (TEDH 1991, 51) y STEDH, asunto *Guerra y otros contra Italia*, de 19-2-1998 (TEDH 1998, 2).

<sup>49</sup> A efectos de la Directiva 2003/33/CE sobre publicidad y patrocinio de los productos del tabaco, se entiende por «publicidad»: toda forma de comunicación comercial cuyo objetivo o efecto directo o indirecto sea la promoción de un producto del tabaco [art. 2. b)].

<sup>50</sup> Directiva 2003/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26-5-2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DOUE L 152, de 20-6-03).

a los jóvenes, buscaba hacer recordar los cigarrillos comercializados e incitar al consumo de estos productos: «El nombre de marcas de tabaco aparecía de forma insidiosa en un entorno deportivo, de competición, de campeones que seducen al gran público y en particular a los jóvenes»<sup>51</sup>. El divulgador era un tercero, sin embargo era evidente la existencia de intención de eludir la prohibición de publicidad que le afectaba utilizando la fotografía en la revista so pretexto de presentar imágenes deportivas. Así, la fotografía difundida era susceptible de hacer recordar el tabaco o un producto del tabaco, por lo que constituía publicidad indirecta de productos del tabaco.

e) *Publicidad indirecta de tabaco: prohibición justificada*

Por lo que se refiere a la delicada cuestión de si se había producido una violación de la libertad de expresión que resultaría de la condena de los demandantes por publicidad indirecta de los productos del tabaco, el TEDH fue tajante al considerar como punto de partida que la fotografía en litigio no se inscribía en un marco estrictamente comercial, por lo que el margen de apreciación del Estado se hallaba limitado. Por ello, el Tribunal procedió a un examen atento de la proporcionalidad de la medida en litigio respecto a la finalidad perseguida, y a dicho objeto, sopesó las exigencias de la protección de la salud pública y la libertad de expresión de los demandantes<sup>52</sup>. Es decir, aplicó sobre la base de las exigencias del artículo 10 del Convenio, su doctrina tendente a marcar los límites de las restricciones a la libertad de expresión.

En primer lugar, es necesario que las restricciones estén previstas por la Ley, lo que exige un mínimo de precisión en aras de la seguridad jurídica<sup>53</sup>. En el caso de autos, la injerencia en la libertad de expresión de los demandantes se fundaba en las disposiciones de los artículos L. 3511-3, L. 3511-4 párrafo 1 y L. 3512-2 párrafos 1 y 3 del Código de Salud Pública, que definen el delito de publicidad a favor del tabaco o de los productos del tabaco. En segundo lugar, deben estar legitimadas por el fin<sup>54</sup>. La cuestión sobre qué fines son legítimos pasa por determinar si éstos figuran entre los taxativamente enumerados en el apartado 2 del artículo 10 del Convenio. En el caso de autos, la finalidad de la injerencia se refería al objetivo que perseguía la Ley de 10 de enero de 1991 (cuyas disposiciones se contienen en el citado

<sup>51</sup> STEDH, asunto *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy vs. Francia*, de 5-3-2009 (TEDH 2009, 31), Fundamento de Derecho 48.

<sup>52</sup> En la STEDH, asunto *VGT Verein Gegen Tierfabriken vs. Suiza*, de 28-6-2001 (TEDH 2001, 407), en atención a que la película de la asociación demandante no entraba en el contexto comercial en el sentido de incitar al público a comprar un producto determinado, sino que más bien, reflejaba opiniones controvertidas pertenecientes a las sociedades modernas en general, se concluyó que la negativa a la emisión del anuncio constituía una limitación desproporcionada a la libertad de expresión (Fundamentos de Derecho 69 y 71).

<sup>53</sup> Vid., STEDH, asunto *Hertel vs. Suiza*, de 25-8-1998 (TEDH 1998, 42), Fundamento de Derecho 31.

<sup>54</sup> Vid., STEDH, asunto *Stambuk vs. Alemania*, de 17-10-2002 (JUR 2003, 47812), Fundamentos de Derecho 29, 30 y 31.

Código de Salud Pública) de proteger la salud pública. Es más, el TEDH estimó, al igual que el Gobierno francés, que dicha reglamentación constituía el eje esencial de una estrategia más global de lucha contra la epidemia social del tabaquismo. Así, las consideraciones primordiales de salud pública, sobre las que el Estado francés y la Unión Europea han legislado<sup>55</sup>, pueden primar, no sólo sobre los imperativos económicos, sino también sobre ciertos derechos fundamentales como la libertad de expresión, de tal manera que la prohibición de la publicidad del tabaco es permisible porque sirve al propósito legítimo de proteger la salud, indicado expresamente en el apartado 2 del artículo 10 del Convenio. En tercer lugar, una medida restrictiva de un derecho fundamental ha de ser adecuada, apta o idónea para la consecución de la finalidad legítima perseguida<sup>56</sup>. El juicio de adecuación consiste en una valoración empírica de la relación entre la medida prevista y la finalidad que se persigue<sup>57</sup>. Es decir, no sería suficientemente respetuoso respecto a la libertad de expresión permitir que el legislador restrinja el ejercicio de esta libertad sin prueba evidente alguna de que tal restricción generará probablemente cambios de conducta, que a su vez probablemente beneficien a la salud pública. No obstante, las exigencias probatorias pueden ser menos rigurosas cuando está en juego la salud pública, de ahí que se adopte una postura deferente hacia el legislador para la evaluación de las consecuencias de la adopción de una medida determinada<sup>58</sup>. Ante el consenso europeo de que una amplia prohibición de la publicidad

<sup>55</sup> Por STJCE, asunto *Alemania vs. Parlamento y Consejo de la Unión Europea* (C-380/03), de 12-12-2006 (TJCE 2006, 356), el TJCE se pronunció sobre algunas de las disposiciones de la Directiva 2003/33/CE, habida cuenta de la obligación del legislador comunitario de garantizar un nivel elevado de protección de la salud humana.

<sup>56</sup> MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 313. En el caso de una prohibición absoluta de realizar publicidad comparativa, inspirada en la protección de los consumidores, estaríamos ante una medida injustificada, dada la falta de adecuación o idoneidad entre dicha medida y el fin perseguido. De hecho, la publicidad comparativa se encuadra en la política de protección de los consumidores en cuanto les permite obtener información útil y valiosa sobre las cualidades de los productos y servicios de competidores y, por tanto, realizar elecciones racionales.

<sup>57</sup> Vid., Conclusiones del Abogado General Fennelly, asuntos acumulados *Alemania* (C-376/98) y *Imperial Tobacco* (C-74/99), presentadas el 15-6-2000, «cuando se ha comprobado que una medida comunitaria restringe la libertad de expresión comercial, como claramente lo hace la Directiva sobre publicidad, el legislador comunitario debe estar obligado a demostrar al Tribunal de Justicia que existían motivos razonables de interés público para adoptar la medida discutida. Así, debe probar de manera consistente que la medida será eficaz para conseguir el objetivo de interés público invocado –en los presentes autos, una reducción del consumo de tabaco en comparación con el nivel que, de no ser por dicha medida, aquél habría alcanzado–, y de que otras medidas menos restrictivas no habrían sido igualmente eficaces».

<sup>58</sup> Vid., Conclusiones del Abogado General Fennelly, asuntos acumulados *Alemania* (C-376/98) y *Imperial Tobacco* (C-74/99), presentadas el 15-6-2000, «mi conclusión, sobre la base de los informes presentados, es que el legislador comunitario tenía motivos razonables para creer que una amplia prohibición de la publicidad del tabaco conduciría a una reducción importante en los niveles de consumo y contribuiría así a la protección de la salud pública».

del tabaco lograría una reducción significativa de los niveles de consumo y contribuiría, así, a proteger la salud pública, dicha medida resultaba totalmente adecuada e idónea, por lo que el enjuiciador se limita a admitirla cuando las autoridades competentes por motivos razonables la han considerado necesaria. En el caso de autos, el TEDH indica expresamente que no le corresponde juzgar el impacto real de la prohibición de la publicidad, incluso indirecta, en el consumo de tabaco, siendo suficiente que la actuación de los demandantes se calificase como publicidad indirecta y que la fotografía en cuestión se considerase susceptible de incitar al consumo, en particular de los jóvenes, para justificar la injerencia.

Por último, el criterio clave de estas exigencias lo constituye el relativo a la necesidad social imperiosa de la injerencia, que por lo general supone un doble juicio: presencia de una necesidad social acuciante y la proporcionalidad de la medida adoptada para alcanzar el objetivo considerado legítimo. Así, por un lado, la medida prevista debe ser necesaria, esto es, no deben existir medidas alternativas menos gravosas o restrictivas para la consecución del fin expresado. En este sentido, cuanto más restrictivos sean los efectos, más necesario resulta que el legislador pruebe que una medida menos gravosa no habría sido suficiente. En lo que atañe a este requisito de que las restricciones impuestas no sean más gravosas de lo necesario, los tribunales suelen también mostrarse muy deferentes hacia la consideración realizada por el legislador<sup>59</sup>. Por otro lado, la medida deberá ser proporcionada. En este juicio reside la esencia de la ponderación, al acreditarse que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida de prohibición y los daños derivados de tal prohibición. Cabe afirmar, que si se cumplen los requisitos relativos a la eficacia y a la imposición de medidas que sean estrictamente necesarias, la prohibición total de la publicidad de productos peligrosos no lesiona de manera inaceptable los derechos como la libertad de expresión comercial. En el caso de autos, el TEDH consideró que la injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión respondía a la necesidad de actuar en el ámbito del consumo de tabaco y era proporcional al fin legítimo perseguido. Otra cosa diferente hubiera sido si la fotografía en litigio hubiera sido considerada inequívocamente como un elemento que reproduce unos hechos reales y cuya publicación trata de comunicar al público una imagen exacta de un acontecimiento. En este caso, la protección de la salud pública no justificaría la alteración de dicha fotografía. Tal alteración lesionaría, sin duda, la esencia misma del derecho a comunicar informaciones. Sin embargo, en el presente caso, la imagen en litigio no constituía con carácter nítido el testimonio de un momento particular, sino más bien la reproducción de la puesta en escena, por unos patrocinadores, de un deportista con fines publicitarios, «en efecto, no hay duda de que la

<sup>59</sup> Vid., Conclusiones del Abogado General Fennelly, asuntos acumulados *Alemania* (C-376/98) y *Imperial Tobacco* (C-74/99), presentadas el 15-6-2000, «mi conclusión es que el legislador ha cumplido esa obligación de prueba en los presentes autos, al demostrar que tenía motivos razonables para considerar que las restricciones limitadas de la promoción del tabaco son ineficaces».

fotografía tiene por objeto asegurar, entre otras, la publicidad de marcas de tabaco. Aun cuando los logotipos puestos en tela de juicio sólo ocupan en la fotografía un espacio mínimo, son fácilmente identificables y se asocian directamente al éxito de un deportista»<sup>60</sup>.

Teniendo en cuenta la importancia de la protección de la salud pública, la necesidad social imperiosa de actuar frente al tabaquismo y la existencia de un consenso europeo sobre la prohibición de la publicidad del tabaco, la injerencia, en este caso, en la libertad de expresión comercial de los demandantes respondía a tal necesidad y era proporcional al fin legítimo perseguido. Para cumplir las prescripciones de la Ley era suficiente con difuminar los logotipos de las marcas de cigarrillos en la imagen publicada. En efecto, los demandantes debieron haber difuminado tales logotipos, siendo este procedimiento técnico muy fácil, sin que tal modificación alterase la propia esencia de la fotografía ni afectase a la retransmisión exacta de la información, «este matiz en la expresión estaba al alcance de los demandantes, profesionales de la prensa, que debían estar al corriente de las disposiciones legales aplicables y la jurisprudencia en la materia, con la posibilidad de recurrir al asesoramiento de juristas especializados»<sup>61</sup>. En el presente caso, la condena de los demandantes encuentra su base legal en textos accesibles y claros, los artículos L. 3511-3 y L. 3511-4, párrafo 1 del Código de Salud Pública, que a su vez proceden de la Ley Évin, de 10 de enero de 1991, relativa a la lucha contra el tabaquismo y el alcoholismo.

## **2. Prohibición de la publicidad indirecta del tabaco y diferencia de trato entre medios de comunicación**

En la demanda objeto de análisis, los actores alegaban ser objeto de una diferencia de trato en relación a los medios de comunicación audiovisuales que transmiten competiciones de deportes mecánicos en un país en el que la publicidad del tabaco no está prohibida. Al no estar éstos sujetos a la prohibición de la publicidad indirecta de los productos del tabaco, invocaban, a este respecto, el artículo 14 del Convenio, en relación con el artículo 10.

El artículo 14 del Convenio dispone que: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

<sup>60</sup> STEDH, asunto *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy vs. Francia*, de 5-3-2009 (TEDH 2009, 31), Fundamento de Derecho 49.

<sup>61</sup> STEDH, asunto *Hachette Filipacchi Presse Automobile y Dupuy vs. Francia*, de 5-3-2009 (TEDH 2009, 31), Fundamento de Derecho 49, donde el TEDH se remite a la STEDH, asunto *Lindon y otros vs. Francia*, de 22-10-2007 (TEDH 2007, 71), Fundamento de Derecho 41.

a) *Violación del artículo 14: diferencia injustificada*

La violación del artículo 14 del Convenio implica una diferencia en el trato discriminatorio. Para que haya discriminación, en el sentido del citado artículo, es necesario que la diferencia carezca de justificación objetiva y razonable, es decir, que no persiga un fin legítimo, o que no haya una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido<sup>62</sup>. Es evidente que la prensa escrita y los medios de comunicación audiovisuales no se hallan en una situación análoga y ello se constata en la propia norma. Es la propia Ley, en su artículo L. 3511-5 del Código de Salud Pública, la que hace una distinción entre la prensa escrita y la retransmisión deportiva de competiciones de deportes mecánicos que se desarrollan en un país en el que se autoriza la publicidad del tabaco: «Las cadenas de televisión garantizan la retransmisión de competiciones de deportes mecánicos que se desarrollan en países en los que se autoriza la publicidad del tabaco». En virtud de este artículo, los medios de comunicación audiovisuales están autorizados a retransmitir en Francia las competiciones de deportes mecánicos, sin ocultar las marcas de cigarrillos colocadas en los automóviles, los monos de los pilotos o el circuito, cuando se desarrollan en países que autorizan la publicidad de los productos del tabaco.

Una vez constatado que los dos tipos de medios de comunicación no se hallan en una situación absolutamente análoga, la segunda cuestión a la que se debe responder es si se debe considerar justificado el régimen derogatorio concedido a este respecto por la Ley Évin, de 10 de enero de 1991, para la retransmisión por las cadenas de televisión de competiciones de deportes mecánicos.

b) *Situaciones de hecho distintas*

En el caso presente, el Gobierno francés estimó que la diferencia de trato no podía considerarse una discriminación a favor de los medios audiovisuales, puesto que se basaba en una situación de hecho diferente. Tal y como señaló el Tribunal de Primera Instancia de París, «no se puede invocar la discriminación cuando la diferencia de trato se justifica, como en el caso de autos, por la especificidad de los medios de comunicación en cuestión». La especificidad se refiere a los medios técnicos; así, mientras que los medios técnicos no permiten actualmente disimular los emblemas, logotipos o publicidades en las imágenes retransmitidas, es perfectamente posible no fotografiar tales signos, ocultarlos o difuminarlos en las páginas de las revistas. Los medios de prensa escrita disponen así del tiempo y la facilidad técnica necesarios para modificar la imagen y difuminar los logotipos que recuerdan los productos del tabaco. El TEDH, en la misma línea, tuvo en cuenta también las consideraciones técnicas para invocar situaciones de hecho diferentes. Así, se trae a colación lo señalado por el Tribunal de Casación fran-

<sup>62</sup> Vid., STEDH, asunto *Fretté vs. Francia*, de 26-2-2002 (TEDH 2002, 10), Fundamento de Derecho 34; STEDH, asunto *Karlheinz Schmidt vs. Alemania*, de 18-7-1994 (TEDH 1994, 27), Fundamento de Derecho 24.

cés, en una sentencia de 14 de mayo de 2008, sobre la cuestión de la difusión de imágenes de acontecimientos deportivos varias horas o varios días después de la prueba. Este Tribunal confirmó que la retransmisión de una carrera en tiempo real constituía la única excepción a la prohibición de la publicidad indirecta de productos del tabaco. De estas palabras, cabe deducir que el hecho de limitar la autorización a la necesidad estricta de la información deportiva sobre la carrera y su entorno en tiempo real tiene que ver con la dificultad técnica de seleccionar los planos o intervenir para evitar u ocultar las referencias a las marcas de productos del tabaco o logotipos que recuerden tales marcas. Por ello, los medios de comunicación audiovisuales cuando no retransmitan la carrera en el mismo momento en el que se desarrolla, han de tomar las mismas precauciones que los medios de prensa escrita. En cualquier caso, en consideración a la motivación del tribunal interno francés, la visión de la publicidad por el telespectador tendría menos influencia que la visión por la persona que compra una revista. Así, la influencia de la publicidad indirecta es menos importante para un telespectador debido al rápido cambio continuo de imágenes, mientras que la persona que compra una revista tiene la posibilidad de entretenerse en cada fotografía y examinar sus detalles. En consecuencia, las situaciones de hecho y, sobre todo, los respectivos medios técnicos de la prensa escrita y la prensa televisiva totalmente diferentes, justifican la diferencia de trato existente, por lo que el artículo 14 del Convenio no era aplicable al caso de autos.

### III. CONSIDERACIÓN FINAL

Mientras el Gobierno francés sostenía que la imagen en litigio constituía publicidad indirecta del tabaco, y que, por ello, no formaba parte de la libertad de expresión, los demandantes mostraban su desacuerdo explicando que la imagen reproducía un acontecimiento deportivo y que de esa manera, sin modificarla o difuminarla, se comunicaba al público una «información», por lo que formaba parte, sin duda, de la libertad de expresión. Así las cosas, la tarea fundamental a la que se enfrentaba el intérprete consistía en delimitar adecuadamente la publicidad frente a la información. La determinación del carácter publicitario o informativo de una determinada comunicación, aparentemente, es clara. Sin embargo, pueden plantearse supuestos en los que resulte difícil, en un principio, determinar la concreta naturaleza. El criterio esencial es la función que cumple la comunicación. Si la función es esencialmente informativa dicha comunicación no puede calificarse como actividad publicitaria. Por el contrario, si con esa comunicación se alienta el consumo de determinados productos no existirán dudas de su naturaleza publicitaria. En el caso de autos, el TEDH, de manera acertada argumentó que la imagen a pesar de inscribirse en el marco de una información sobre un acontecimiento de actualidad afectaba al ámbito comercial, porque en lugar de reproducir un momento particular, reproducía el montaje por unos patrocinadores de un deportista con fines publicitarios. La fotografía tenía por efecto indirecto la promoción de un producto del tabaco, por lo que su divulgación tal cual constituía una activi-

dad ilícita por estar prohibida. Los actores debían haber difuminado los logotipos, sin que tal modificación supusiera menoscabar la libertad de expresión. Como se ha expuesto, se produjo una injerencia en este derecho, en concreto en el uso mercantil de la libertad de expresión, pero respetando los límites que se desprenden de la jurisprudencia del TEDH, por lo que estaba justificada, quedando intacta la libertad de expresión que integra el derecho a comunicar información.