



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Departamento de Derecho Privado y de la Empresa

**LOS ACTOS DENIGRATORIOS EN LA
LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

Tesis Doctoral

Dirigida por:

Prof. Dr. D. EDUARDO ESTRADA ALONSO

ELISEO OCAMPO JARAMILLO

Oviedo, 2014

A mi esposa Sofía, el amor de mi vida, por ser la luz que me guía y quien da sentido a mi existencia.

A mis padres Aurora y Eliseo, por su amor incondicional y por hacerme quien soy. Tenerlos como papás ha sido el regalo más maravilloso que pude haber recibido.

A mi hermana Ofelia, por ser un gran ejemplo para mí, y porque su bondad, entrega y generosidad sin límites me hacen admirarla cada día más.

A mi hermano Salvador, por estar siempre ahí cuando le he necesitado, y por seguir siendo al día de hoy un referente en mi vida.

A mi amigo y mentor Carlos Fernández Collado, por creer en mí, por apoyarme y abrirme las puertas a muchos mundos, pero sobre todo por su amistad.

| | |
|----------------------------|----|
| TABLA DE ABREVIATURAS..... | 8 |
| INTRODUCCIÓN..... | 11 |

CAPÍTULO I

LAS PROTECCIÓN CONTRA LOS ACTOS DENIGRATORIOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

| | |
|--|----|
| I. ANTECEDENTES..... | 17 |
| II. ARTÍCULO 10 CE, SOBRE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA..... | 25 |
| III. ARTÍCULO 15 CE, SOBRE EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL..... | 30 |
| IV. ARTÍCULO 18 CE, SOBRE EL DERECHO AL HONOR..... | 36 |
| V. ARTÍCULO 20 CE, SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN..... | 48 |
| VI. ARTÍCULO 38 CE, SOBRE EL PRINCIPIO DE LIBRE EMPRESA..... | 58 |
| VII. ARTÍCULO 51 CE, SOBRE LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES..... | 63 |

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS ACTOS DENIGRATORIOS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO AL HONOR

| | |
|--|-----|
| I. EL ARTÍCULO 1902 DEL CÓDIGO CIVIL COMO BASE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL..... | 70 |
| A. Antecedentes y definición..... | 72 |
| B. Características y aplicación del daño moral..... | 75 |
| 1. Concepto y antecedentes del daño moral..... | 76 |
| 2. Cuantificación del daño moral..... | 79 |
| 3. Reparación del daño moral..... | 85 |
| 4. Comprobación del daño moral..... | 90 |
| II. LA LEY ORGÁNICA 1/1982, DE PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN..... | 91 |
| A. Antecedentes..... | 92 |
| B. Límites y conflicto entre la libertad de expresión y de información y el derecho al honor..... | 108 |
| 1. Criterios para la prevalencia de la posición preferente de la libertad de expresión..... | 118 |
| 2. La <i>lex artis</i> en el caso de los profesionales de los medios de comunicación..... | 126 |
| 3. El reportaje neutral..... | 135 |
| 4. El derecho al honor en el caso a los personajes públicos..... | 140 |
| III. EL CÓDIGO PENAL Y LOS DELITOS CONTRA EL HONOR..... | 146 |

| | |
|--|-----|
| A. Antecedentes..... | 146 |
| B. Artículos 205 al 216: la calumnia y la injuria..... | 151 |
| IV. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA DE DERECHO AL HONOR Y DAÑOS MORALES..... | 169 |
| V. EL DERECHO AL HONOR EN EL SIGLO XXI: <i>INTERNET</i> COMO MEDIO PARA LA DENIGRACIÓN..... | 181 |

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LOS ACTOS DENIGRATORIOS EN EL CONTEXTO DE LA LEY DE COMPETENCIA DESLEAL

| | |
|--|-----|
| I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS..... | 200 |
| A. El principio de la libertad de empresa y la libre competencia..... | 204 |
| B. El marco normativo de la competencia desleal antes de la Constitución Española..... | 208 |
| C. La evolución de la regulación de los actos de denigración..... | 212 |
| II. LA PROTECCIÓN CONTRA LOS ACTOS DENIGRATORIOS EN LA NORMATIVA COMUNITARIA EUROPEA..... | 215 |
| A. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo sobre prácticas desleales..... | 216 |
| 1. Ámbito objetivo de aplicación..... | 222 |
| 2. Ámbito subjetivo de la aplicación..... | 225 |
| B. Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa..... | 226 |

| | |
|--|-----|
| 1. Ámbito objetivo de aplicación..... | 228 |
| 2. Ámbito subjetivo de la aplicación..... | 229 |
| III. LEY 3/1991, DE 10 DE ENERO, DE COMPETENCIA DESLEAL..... | 231 |
| A. Diferencia entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia..... | 231 |
| B. Creación de la Ley de Competencia Desleal..... | 234 |
| C. Las 3 categorías normativas que engloban los actos de competencia desleal..... | 238 |
| 1. Normas que protegen los intereses de los competidores..... | 238 |
| 2. Normas que protegen los intereses de los consumidores y usuarios..... | 240 |
| 3. Normas que protegen el mercado..... | 240 |
| D. Los actos de denigración..... | 241 |
| 1. Elementos de los actos de denigración..... | 249 |
| 2. La <i>exceptio veritatis</i> | 261 |
| IV. LA LEY 17/2001 DE 7 DE DICIEMBRE, DE MARCAS, Y SU PROTECCIÓN CONTRA LA DENIGRACIÓN EN LA MATERIA..... | 269 |
| A. Antecedentes..... | 269 |
| B. El acto denigratorio en el derecho de marcas..... | 274 |
| V. LA LEY GENERAL DE LA PUBLICIDAD Y SU PROTECCIÓN CONTRA LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA..... | 281 |
| A. Antecedentes..... | 281 |
| B. El acto denigratorio en el derecho de la publicidad..... | 283 |
| VI. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA DE ACTOS DENIGRATORIOS EN EL MARCO DE LA COMPETENCIA DESLEAL..... | 291 |

| | |
|--|-----|
| A. El bien jurídico protegido en los actos de denigración..... | 292 |
| B. La aptitud de las manifestaciones y el <i>animus injuriandi</i> | 296 |
| C. Elementos del tipo..... | 303 |
| D. La veracidad, exactitud y pertinencia de las manifestaciones..... | 308 |
| E. La colisión de la denigración con los derechos fundamentales..... | 316 |
| F. La manifestación sobre las aptitudes, capacidad y solvencia de un tercero..... | 323 |
| CONCLUSIONES..... | 332 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 340 |
| ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES..... | 349 |

TABLA DE ABREVIATURAS

| | |
|--------|---|
| ADC | Anuario de Derecho Civil |
| AFD | Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura |
| AP | Audiencia Provincial |
| CC | Código Civil |
| CCJJ | Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil |
| CE | Constitución Española |
| Cfr. | Confróntese |
| cit. | Citado/a |
| DLL | Diario La Ley |
| InDret | InDret: Revista para el Análisis del Derecho |
| LCD | Ley de Competencia Desleal |
| LDC | Ley de Defensa de la Competencia |
| LGDCU | Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios |
| LGP | Ley General de la Publicidad |
| LM | Ley de Marcas |

| | |
|-----------|--|
| LO 1/1982 | Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen |
| LPI | Ley de Propiedad Intelectual |
| n. | número |
| p. (pp) | página (s) |
| RAC | Revista Actualidad Civil |
| RAJ | Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez |
| RAP | Revista de Administración Pública |
| RBB | Revista de Derecho Bancario y Bursátil |
| RGDE | Revista General de Derecho Europeo |
| RCD | Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución |
| RDP | Revista de Derecho Privado |
| REDUR | Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja |
| REPC | Revista de Estudios Penales y Criminológicos |
| RJUAM | Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid |
| RLL | Revista La Ley |
| RSID | Revista de Sistemas de Información y Documentación |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| ss. | siguientes |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STJCE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |

| | |
|-------------|---|
| TCE | Tratado constitutivo de la Comunidad Europea |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| <i>Vid.</i> | Véase |
| Vol. | Volumen |
| VV. AA. | Varios autores |

INTRODUCCIÓN

La presente tesis doctoral tiene por objeto llevar a cabo un detallado análisis sobre la regulación que tienen en la legislación y la jurisprudencia española los actos y manifestaciones denigratorios y su tratamiento, así como su impacto en la vida social, política y económica del país. Hemos decidido abordar este tema porque observamos no sin preocupación que la dignidad, la intimidad y el honor de las personas se ven golpeados y vejados frecuentemente en nuestros días en aras de una presunta libertad de expresión e información que desde nuestro punto de vista ha sido en muchas ocasiones malentendida. Los procesos judiciales en la materia se han caracterizado por su lentitud y falta de eficacia, y la aplicación de la ley por parte de los jueces ha sido cuando menos polémica, creando una nutrida jurisprudencia en la cual hemos observado que el derecho al honor pasa a un segundo plano en incontables ocasiones para ceder su lugar, no siempre con argumentos claros, al derecho a la libertad de expresión, dejando indefensos a quienes sufren un menoscabo en su dignidad, y contraviniendo lo indicado por el artículo 20.4 CE , en el cual se establece que los límites de la libertad de expresión son precisamente los que marca el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

Así mismo, además de contemplar los actos denigratorios en el derecho al honor, hemos desarrollado una segunda vertiente en la cual se contemplan los actos denigratorios en el contexto de la Ley de Competencia Desleal, que son aquellos que producen un menoscabo en el crédito o reputación comercial de un competidor

dentro del mercado, pero que consideramos que tienen estrecha relación con el derecho al honor, puesto que en ambos casos se trata de actos o manifestaciones que producen daños morales o extrapatrimoniales que son de difícil determinación, dañando elementos incorpóreos como el honor, la reputación, el crédito, la dignidad, la imagen o la intimidad, sólo por mencionar algunos. Procuraremos así mismo contrastar algunos puntos en común que resulten comparables entre el tratamiento que una y otra normativa dan a los actos denigratorios, de manera que podamos observar algunas semejanzas y diferencias que existen en su regulación.

Nuestro trabajo se encuentra dividido en tres capítulos. En el primero de ellos abordaremos la protección contra los actos denigratorios desde el punto de vista de la Constitución Española. Haremos un análisis de aquellos artículos relacionados con la protección al derecho al honor, la intimidad y la imagen de las personas, y también con la protección al prestigio y reputación comercial de un competidor dentro del mercado, las dos vertientes de nuestro estudio. Comenzaremos con el artículo 10 CE que protege la dignidad de la persona, dándole un estatus privilegiado al situarla como “fundamento del orden público y la paz social”. Dicha concepción constituye una de las bases esenciales de nuestra investigación, puesto que consideramos que en la realidad la dignidad del ser humano no se encuentra del todo protegida y en innumerables ocasiones se ve desplazada por otro tipo de consideraciones que a nuestro juicio no tienen la misma relevancia constitucional.

Continuaremos nuestro análisis pasando por el artículo 15 CE en el cual se contempla la protección de las dos dimensiones de la integridad de la persona: la física y la moral, siendo de nuestro interés particular esta última. El artículo 18 CE es directamente el que protege el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Sobre él profundizaremos para determinar los alcances de dicha protección al igual que sus límites, así como su relación con la protección a otros derechos fundamentales. En el artículo 20 CE encontramos la tutela que se ejerce sobre los derechos a la información y a la libertad de expresión, ambos considerados nucleares dentro de un Estado

democrático. La garantía de una opinión pública libre e informada se encuentra sustentada en dicho precepto, pero es también el mismo el que marca cuáles son los límites de los derechos que protege, que desde nuestra perspectiva se han visto excedidos en las resoluciones judiciales que sobre la materia analizaremos, dándoles una preminencia que no en todos los casos es conveniente ni justa, como ya nos encargaremos de demostrar.

Finalmente, en este mismo capítulo haremos un esbozo de los artículos 38 CE, defensor del principio de libre empresa, y del artículo 51 CE, que protege los derechos de los consumidores dentro del mercado. En ambos casos dichos artículos tienen relación con nuestro trabajo puesto que son determinantes para entender la protección que debe existir de una competencia lícita y justa, que se ve en muchas ocasiones menoscabada por los actos denigratorios que se cometen dentro del mercado y que perjudican tanto al propio mercado como a quienes participan en él, ya sean competidores o consumidores.

Dentro del segundo capítulo desarrollaremos un análisis de los actos denigratorios en el contexto del derecho al honor, que como ya hemos dicho, es la primera de las vertientes de nuestra tesis. Partiendo del artículo 1902 CC como base de la responsabilidad haremos un recorrido por la evolución que ha experimentado el tratamiento que la legislación da a los daños morales o extrapatrimoniales. Desglosaremos a detalle la LO 1/1982, reglamentaria del artículo 18 CE y que tiene por objeto la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, poniendo especial atención en la responsabilidad objetiva que establece y que no siempre es respetada en esos términos por los Tribunales. Analizaremos también los considerados delitos contra el honor dentro de la normativa penal, concretamente a través de los tipos penales de calumnia e injuria. Dentro de este mismo capítulo haremos una recapitulación de la jurisprudencia relevante en materia de derecho al honor y comentaremos de la trascendencia que ha

adquirido una herramienta como *Internet* en la difusión de información, y la posibilidad de que a través de dicho medio se lleven a cabo actos denigratorios.

En el capítulo tercero y último perfilaremos la vertiente de nuestra tesis relativa a los actos denigratorios desde el punto de vista de la Ley de Competencia Desleal. En esta sección estudiaremos la evolución normativa en la protección de los actos desleales y concretamente de los actos denigratorios, esbozando así mismo una parte de la normativa comunitaria europea, y por supuesto, revisaremos a fondo lo relativo a la Ley 3/1991 de Competencia Desleal y el tratamiento que da a los actos denigratorios. Haremos así mismo una disección de los actos denigratorios en la Ley de Marcas y en la Ley General de la Publicidad. Para cerrar el capítulo desarrollaremos una revisión de la jurisprudencia relevante en materia de actos denigratorios en el marco de la competencia desleal.

Conviene señalar que a pesar de que tanto en la normativa española como en la comunitaria europea se habla de límites a la libertad de expresión y a la libertad de información, veremos que en la práctica la jurisprudencia tiende a desvanecer dichos límites y a dar preferencia generalmente a dichas libertades sobre el derecho al honor. Del análisis jurisprudencial hemos observado que los daños al honor y a la intimidad no se reparan habitualmente. Así mismo y a reserva de lo que vayamos descubriendo a lo largo de nuestro estudio para llegar a unas conclusiones, podemos adelantar brevemente que nuestra búsqueda nos ha mostrado que la protección a los actos denigratorios en materia de competencia desleal parece revestir mayor eficacia que la protección de los mismos en materia de derecho al honor. A pesar de la protección constitucional, el camino que ha tomado la jurisprudencia en materia de derecho al honor con referencia a su colisión con el derecho a la libre expresión parece declarar como claro vencedor a este último, dejando en muchas ocasiones desprotegida a la persona que sufre un menoscabo en su honor, en su intimidad o en su imagen.

Por otro lado, la protección a la reputación comercial y al correcto funcionamiento del mercado a través de la Ley de Competencia Desleal parece contar con herramientas más eficaces y expeditas para brindar protección y seguridad jurídica, y los criterios para determinar si existe o no un acto ilícito desde el punto de vista concurrencial tienden a brindar una mayor protección a quienes padecen de manera injusta algún daño en su prestigio o imagen y a ser más objetivos, a pesar de que también existe jurisprudencia que maneja algunos criterios de carácter subjetivo.

Por todo ello, el análisis llevado a cabo en el presente trabajo pretende dar una visión general del tratamiento que se da a los actos denigratorios dentro del marco jurídico español, partiendo desde el ordenamiento constitucional y pasando por las leyes reglamentarias y la jurisprudencia, sin olvidar la doctrina; y también tiene la pretensión de ser una modesta contribución jurídica en la lucha por la protección de la dignidad y el honor de la persona como sus bienes más valiosos e insustituibles, ello en un entorno social que cada día parece estimarlas en menos. Consideramos que como sociedad no podemos darnos el lujo de poner en riesgo aquello que nos permite la sana convivencia, que da sustento a la paz social, y que da esencia y sentido a todos nuestros demás derechos: el derecho a la dignidad.

Finalmente deseo manifestar mi sincero y profundo agradecimiento a quienes han hecho posible esta tesis. En primer lugar a mi director, Don Eduardo Estrada Alonso, quien ha sido para mí durante este periodo un auténtico maestro, guiándome con paciencia, sabiduría y experiencia por los vericuetos del marco jurídico español y europeo, y sobre todo brindándome su apoyo incondicional en todo momento. Es claro para mí que sin su cercanía, aliento y consejo esta tesis no habría visto la luz. Espero algún día poder ser mínimamente recíproco y devolverle aunque sea un poco de lo mucho que de él he recibido.

Quiero también agradecer especialmente a Doña Isabel Huerta Viesca por sus pertinentes consejos y por confiar en mí. Su entusiasmo e integridad fueron y seguirán siendo motivo de mi admiración y constituyendo para mí un ejemplo a seguir.

Al Departamento de Derecho Privado y de la Empresa de la Universidad de Oviedo mi gratitud por su apoyo, en especial a Don José Luis Rodríguez y a Doña Carmen Bárcena, por su disposición y amabilidad.

A mi universidad de origen, la Universidad de Celaya, en México, mi deuda perenne por formarme como estudioso del derecho y darme las herramientas necesarias para desempeñarme profesionalmente.

CAPÍTULO I

*LAS PROTECCIÓN CONTRA LOS ACTOS DENIGRATORIOS EN LA
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA*

I. ANTECEDENTES

La Constitución Española, como ley suprema dentro del Estado Español, protege de manera general el derecho que tiene cualquier individuo a que se le repare el daño que le haya sido causado, ya sea un daño material o sobre bienes inmateriales. Así mismo, el artículo 1902 CC recoge una cláusula general del daño, ello sin tipificación de conductas, entendiendo por daño injusto cualquier perjuicio o menoscabo que la víctima no tenga ninguna razón para soportar, sin necesidad de que llegue a considerarse como una lesión a un derecho subjetivo o a una conducta antijurídica.

Tanto en lo relativo a los daños que puedan causarse al crédito comercial de un ente o individuo dentro del mercado, asunto éste objeto de la normativa en materia de competencia desleal, como en lo que se refiere a los daños que alguien pueda sufrir en su integridad no sólo física sino también moral, la Constitución ha reconocido dentro de sus derechos fundamentales la protección que debe existir en contra de dichos daños¹.

¹ Es por ello que en el preámbulo de la misma se señala expresamente que *“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su*

El Título Primero de la misma es el encargado de la regulación de los derechos y libertades del individuo. Se trata de un tema complicado sin duda alguna, puesto que al momento de llevar a cabo el análisis del sistema de derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución ha establecido, sería necesario tener en cuenta que dicho estudio podría enfocarse desde distintas perspectivas, como pueden ser obviamente la jurídica, pero también la filosófica, la sociológica y la política, sólo por citar algunas².

Sin embargo, en el tema concreto de los actos denigratorios que pueden menoscabar el crédito de un competidor en el mercado o el honor de un individuo, el aspecto moral resulta determinante, puesto que se trata de derechos sobre bienes jurídicos que son difíciles de medir o cuantificar. No hay medidas específicas como los kilos, o los metros, o los euros, para saber cuánta dignidad o cuánto honor, o cuánto crédito comercial puede haberse perdido o haber resultado afectado con motivo de determinados actos o manifestaciones ilícitas.

La dificultad de valorar el daño moral o el daño en los llamados derechos de la personalidad, tanto si se considera que la función del llamado *pretium doloris* es penar o castigar al causante del daño, como si se entiende que su fin es el de compensar a la víctima o si se estima que ambos son los papeles que juega en práctica, lo cierto es que el Tribunal Constitucional se ha rendido en la tarea de alcanzar un resultado exacto, al declarar constitucionales los criterios para su estimación establecidos en el Real Decreto Legislativo 8/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que ha establecido el baremo que más extensamente se utiliza en la valoración de todo tipo

soberanía, proclama su voluntad de:..." "Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo..." "Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones".

² Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 295.

de daños. Y resulta que cualquier efecto que se estableciera sería siempre discrecional, necesariamente circunstancial y de imposible objetivación. Por ello, la fórmula jurisprudencial más expresiva sería la que manda determinar la indemnización en atención a las “circunstancias y necesidades del caso concreto”. En definitiva, una remisión a la subjetiva apreciación del juzgador. Es por ello que durante el desarrollo de esta tesis estaremos recurriendo más habitualmente a las valoraciones de carácter ético y filosófico para poder comprender la magnitud y las aristas que el tema a analizar presenta, que al monto de las indemnizaciones.

Analizando la vertiente histórica relacionada con los derechos y libertades fundamentales y su codificación, dentro de los cuales se encuentra el derecho al honor, resultaría una labor inabarcable para nuestro estudio el hacer un esbozo general de su codificación a través de la historia, además de no ser ese nuestro objetivo³. Sin embargo, conviene señalar que el punto de arranque en la sociedad moderna de la protección de los derechos fundamentales lo constituiría la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, que fuera aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Dicha declaración vendría a reflejar la aspiración de las naciones participantes en su elaboración de sentar un precedente sólido y definitivo en lo referente a la protección de los derechos de

³ Sin embargo es conveniente recordar que es a partir de la Edad Media cuando comienza el proceso de positivización de los derechos fundamentales. El antecedente de la Carta Magna de Juan Sin Tierra en 1215 parece ser el punto de partida de los textos constitucionales, donde ya se reconocían derechos específicos en favor de los súbditos. Vendría después la Petition of Rights de Carlos I en 1628 y el célebre Habeas Corpus Amendment Act de 1679 que representa una de las cumbres en cuando a la consagración derechos fundamentales y protección en contra de los actos arbitrarios. Finalmente y dentro de esta narrativa de documentos ingleses, pioneros en la defensa de los derechos, se encuentra el Bill of Rights de 1689, que se considera el documento que más se parece a las actuales declaraciones de derechos. En todos estos documentos encontramos que, a pesar de sus diferencias, existe una clara pretensión de proteger al individuo en contra de los actos arbitrarios y limitar el poder de los gobernantes de manera que el ciudadano no se encuentre en un estado de indefensión y de que por lo menos se le reconozcan ciertos derechos esenciales. Posteriormente vería la luz la Declaración de 1776 en los Estados Unidos y las primeras enmiendas de 1791, hasta llegar a la Declaración de Derechos de 1789, en Francia, obra cúlmine en el reconocimiento de las libertades y derechos esenciales y de gran influencia hasta nuestros días.

hombres y mujeres en todo el mundo⁴. A nivel continental se celebraría el Convenio Europeo de 1950, con la pretensión de proteger y salvaguardar los derechos y libertades fundamentales, contando con una serie de pactos sucesivos que lo irían desarrollando. Se daría también la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como un órgano supranacional encargado de proteger la legalidad y de ejercer una influencia permanente entre los Estados europeos.

Los documentos e instituciones que hemos referido han tenido su origen en la intención de proteger y positivizar los derechos fundamentales del individuo de la manera más amplia y concreta posible. Han sido intentos, algunos más exitosos y otros menos, de crear consensos alrededor de cuáles son o deben ser los derechos esenciales de toda persona⁵. Más allá de las discusiones que puedan generarse

⁴ En el preámbulo de la misma puede leerse que *“Considerando que...” “...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;...” “...el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;...” “...los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad...” “los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre...”* Concluye el propio preámbulo estableciendo que *“LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción”*.

⁵ Así lo considera ÁLVAREZ CONDE al señalar que *“esta serie de documentos internacionales ha planteado, a nivel terminológico, además de las correspondientes polémicas entre iusnaturalistas y positivistas, la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. En cuanto a la primera expresión, las tesis iusnaturalistas señalan que los derechos humanos no son sino una prolongación de los derechos naturales, mientras que la tesis mayoritaria sostiene que con la expresión “derechos humanos” se engloban tanto los llamados derechos naturales como a los derechos que el hombre posee por ser miembro de una comunidad.*

alrededor de lo que significa el término “derechos fundamentales”, o el término “derechos humanos”, que pueden ser interminables y no constituyen nuestro objeto de estudio, hemos decidido tomar la definición que hiciera el recientemente desaparecido Gregorio Peces-Barba con su concepto dualista de los derechos fundamentales, considerando que por una parte son derechos subjetivos del ciudadano frente al Estado, garantizando con ello un estatus jurídico de libertad para el individuo, y por otra, que son valores que configuran y fundamentan el propio sistema político, integrándolo y transformándolo⁶, y que pueden ser defendidos frente a las agresiones de otros privados.

Esto último nos parece decisivo y estamos de acuerdo con Peces-Barba cuando señala que los derechos fundamentales son valores que configuran nuestro sistema político, que lo integran y transforman. Nada más cierto. Son esos valores, adecuadamente codificados, los que marcan pautas decisivas dentro del comportamiento social y construyen en gran medida la convivencia dentro de nuestra sociedad. Ello resulta determinante nuestro tema: los actos denigratorios, considerándolos como actos ilícitos que dañan severamente el tejido social y que atacan la dignidad de personas que no tienen obligación de soportarlos, y en el caso de la competencia desleal, como actos que menoscaban la reputación dentro del mercado de un competidor económico. La dignidad como un valor fundamental es una de las premisas sobre la que hemos construido nuestra argumentación, puesto que no puede entenderse una sociedad respetuosa de los derechos fundamentales si no se protege la dignidad humana como uno de esos valores de los que habla Peces-Barba como aquellos que configuran nuestro sistema político. A lo largo de nuestro texto defenderemos la

En realidad, se trata de una expresión no exenta de contradicciones, pues todos los derechos son humanos, y que suele reservarse para el ámbito del Derecho internacional. Por su parte, la expresión “derechos fundamentales” se remonta en su origen a la Declaración francesa de 1789”. Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, ob. cit., p. 313.

⁶ Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, ob. cit., p. 313.

dignidad como un valor esencial, al que desafortunadamente consideramos no del todo protegido por el marco jurídico actual, y en ocasiones puesto de lado en beneficio de otras consideraciones de menor relevancia que pueden llegar a poner en juego el equilibrio de poderes.

Volviendo a la regulación de que han sido objeto los derechos fundamentales, encontramos que en España no existe una evolución tan clara de su regulación como la que pudiera existir, por ejemplo, en Inglaterra. La Constitución de 1978 representa sin lugar a dudas un parteaguas hacia una nueva realidad. Si bien es cierto en la Constitución de 1869 ya existía una relativa homologación con la normativa europea en materia de derechos humanos, y también lo es que la Constitución republicana de 1931 marca también una pauta en el reconocimiento de dichos derechos, no es hasta la actual Constitución cuando existe una clara pretensión de poner a España en sintonía con el resto de Europa. En los apartados sucesivos del presente trabajo iremos desglosando algunos de los derechos fundamentales protegidos por el texto constitucional de 1978 y que atañen directamente a nuestro objeto de estudio, que no es otro que el tratamiento que se le da a los actos denigratorios como aquellos que causan un daño tanto al honor y la dignidad de una persona, o bien como aquellos que menoscaban el crédito dentro del mercado de un ente económico en el caso de los actos denigratorios en materia de competencia desleal.

Dentro del capítulo primero analizaremos el artículo 10 CE que se refiere al derecho a la dignidad que tienen las personas como *“fundamento del orden público y la paz social”*. Continuaremos con una reflexión sobre el artículo 15 CE que establece que toda persona posee un derecho protegido constitucionalmente a no sufrir un daño que sea injusto contra un bien o derecho objeto de tutela jurídica⁷, lo que se encuentra contenido en los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral a

⁷ Cfr. REGLERO CAMPOS, Fernando, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 39 y ss.

que hace referencia el citado artículo que establece, que *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas y tratos inhumanos o degradantes...”*, dejando claro que existe una garantía constitucional para proteger al individuo de los daños injustos pero aún más, reconociendo que existe un derecho a la integridad moral, lo cual resulta esencial para la fundamentación de nuestros argumentos. Ello significa que la integridad que protege la Constitución no solamente se refiere a la integridad física o de los bienes, sino que también extiende su protección a una integridad intangible, inmateral, que tiene que ver con la imagen y el honor, dándole la misma importancia a nivel constitucional. Dicha protección es de suma importancia para nosotros, dado que precisamente los daños que se están considerando se refieren a aquellos causados por actos denigratorios en contra del prestigio o del crédito comercial de una persona o empresa dentro del mercado, así como a la imagen y el honor particular del individuo.

En materia de protección al honor y a la intimidad personal es el artículo 18 CE el encargado de velar por este derecho fundamental que da sustento de manera directa a una de las vertientes de nuestro trabajo, que es la relativa al derecho al honor. En dicho artículo *“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”* como uno de los derechos esenciales del individuo, y que como iremos viendo a lo largo de este texto, se trata de uno de los derechos más complicados de proteger dada su naturaleza abstracta e intangible.

Enseguida haremos un pormenorizado análisis del artículo 20 CE, que tiene por objeto proteger los derechos a la libre expresión y a la libertad de información, los cuales resultan esenciales en la conformación de un estado libre y democrático, pero que también han sido objeto de innumerables polémicas y teorías debido a su frecuente colisión con otro de los derechos fundamentales que es el ya citado derecho al honor, así como a los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Como veremos, el hecho de que el propio texto constitucional parezca establecer los límites

del derecho a la libre expresión y a la libre información no ha resuelto de fondo la controversia, que ha sido objeto de una profusa y variada jurisprudencia⁸.

En lo que se refiere a la protección del crédito comercial de un ente dentro del mercado y a la procuración de la libre competencia, que será la otra vertiente a analizar dentro de los actos que pueden ser denigratorios, encontramos que en el artículo 38 CE *“se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.”* Señala asimismo que *“los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación”*. Dicha libertad de empresa es uno de los fundamentos constitucionales para la protección de la libre competencia y el combate a la competencia desleal, además de sentar las bases para la búsqueda de un funcionamiento eficiente del mercado.

Finalmente haremos también un breve repaso al artículo 51 CE, que tiene por objeto la protección y defensa de los consumidores y de sus intereses, misma que constituye uno de los pilares para el correcto funcionamiento del mercado y de la economía, y que puede verse severamente afectado por los actos denigratorios que se contemplan en la normativa concurrencial y que revisaremos a detalle en el desarrollo del trabajo.

⁸ De acuerdo con la STC de 7 de junio de 1994, (RTC 1994/170), se establece que: *“El límite inmanente son los demás derechos fundamentales y los derechos de los demás (STC 15/1993 (RTC 1993/15)) y entre ellos – muy especialmente- a título enunciativo y nunca –“numerus clausus”, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como advierte el párrafo cuarto del art. 20 de nuestra Constitución, que en su nivel mínimo de exigencias para la convivencia social se reflejan en el Código Penal. Aquí la colisión se predica del derecho al honor, aun cuando como premisa mayor del razonamiento jurídico haya que esclarecer cuál de ambas libertades, trenzadas a veces inextricablemente, ha sido la protagonista porque las consecuencias son muy diferentes en cada caso si se recuerda que además de los límites extrínsecos, ya indicados atrás y comunes para una y otra, la que tiene como objeto la información está sujeta a la exigencia específica intrínseca de la “veracidad””*.

Resumiendo, en los siguientes apartados del presente capítulo enunciaremos y desarrollaremos cada uno de los preceptos constitucionales que hemos señalado anteriormente, todos ellos base esencial para el tratamiento de los comportamientos denigratorios. Analizaremos su importancia y citaremos tanto doctrina como jurisprudencia que nos permitirán delimitar sus alcances y clarificar los motivos que tuvo el legislador para su redacción, así como estudiar su eficacia en el contexto actual.

II. ARTÍCULO 10 CE, SOBRE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

El artículo 10 CE, dentro del título sobre los derechos y deberes fundamentales, tiene por objeto esencial la protección de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. A la letra señala:

- 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 derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*
- 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a la 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.*

La dignidad es pues uno de los fundamentos esenciales para la concepción de los derechos humanos⁹, y es también uno de los puntos de partida de la argumentación

⁹ Se trata de un valor jurídico fundamental de acuerdo con la STC de 11 de abril de 1985, (RTC 1985/53), que establece que “*indisolublemente ligado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos “que le son inherentes”*”. La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el artículo 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo

que desarrollaremos. Consideramos que la dignidad es la base de todos los derechos fundamentales de la persona, por las razones que iremos abordando y explicando en los párrafos siguientes.

Como bien señala PASCUAL LAGUNAS, *“al abordar como tema de estudio la dignidad humana, es prácticamente imposible hacerlo sin referirse a un derecho moral”*¹⁰. Se trata de una cualidad intrínsecamente presente en el ser humano que deviene en fuente de todos los demás derechos esenciales que lo que pretenden es garantizar para el hombre una vida digna y plena, en igualdad de condiciones en la cual pueda desarrollar al máximo su potencial. La dignidad no es solamente un valor jurídico, sino que es además un valor espiritual y moral que lo hace distinto de muchos otros bienes jurídicos que se tutelan¹¹.

Consideramos que efectivamente la dignidad es un valor tanto jurídico como moral, que resulta indispensable para la ordenación de una convivencia pacífica de los ciudadanos en una sociedad regida por un orden legal. El marco normativo debe

15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el “prius” lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos”.

¹⁰ Cfr. PASCUAL LAGUNAS, Eulalia, *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 25 y ss.

¹¹ En este sentido, la ya referida STC de 11 de abril de 1985, (RTC 1985/53) considera que: *“Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución”.*

desarrollarse de manera que la proteja en el individuo, como es la pretensión de las innumerables declaraciones que a lo largo de la historia se han hecho sobre los derechos humanos y de las que ya hemos citado algunas, de forma que no quede lugar a dudas sobre la posición de la dignidad como eje central en torno al cual giran los demás derechos fundamentales¹².

La concepción de la dignidad como una cualidad de carácter moral tiene raíces muy antiguas, aunque la doctrina cristiana se encargó de consolidarla al considerar que todo ser humano, por el simple hecho de serlo, poseía una dignidad propia¹³. Sin embargo, e independientemente del probable origen cristiano del concepto de dignidad, en el mundo actual los sistemas democráticos le han guardado un lugar muy especial en sus ordenamientos jurídicos, y como hemos visto, el español no ha sido la excepción. El artículo 10 CE se ha encargado de instituir el derecho a la dignidad de la persona como un elemento de gran relevancia dentro del sistema jurídico, pasando por su concepción del Estado y las relaciones que tiene éste con los ciudadanos. El propio Tribunal Constitucional ha llevado a cabo la tarea de destacar la importancia

¹² También así lo contempla el Tribunal Constitucional al considerar la dignidad como un “*minimum*” invulnerable que todo estatuto jurídico debe procurar asegurar. A través de la STC de 27 de junio de 1990, (RTC 1990/120) establece que “*proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto “valor espiritual y moral inherente a la persona” (STC 53/1985 (F. 8º)) (RTC 1985, 53), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre – también, qué duda cabe-, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria –arts. 3, 18, 20, 23, 26 b) LOGP y 3, 1, 74.9, 80, 182 b), 230.1 RP-constituyendo, en consecuencia, un “minimum” invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona. Pero sólo en la medida en que tales derechos sean tutelares en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan”.*

¹³ El filósofo Jürgen Habermas ha señalado que la traducción filosófica de la idea de que el hombre está hecho a imagen y semejanza de Dios es una idea apuntala las tesis filosóficas sobre la dignidad humana. Cfr. PASCUAL LAGUNAS, Eulalia, *ob. cit.*, pp. 31 y ss.

del concepto de dignidad y su protección en el desarrollo social y político del estado español, llegando a afirmar que *“un sistema que no garantice la dignidad humana (los derechos derivados de ésta) es un sistema en el que se quiebra la paz social...”*¹⁴.

Sin embargo, y a pesar de lo antes citado, la gran paradoja en nuestro sistema jurídico es el hecho de que la dignidad no es considerada como un derecho fundamental en la Constitución, y por lo tanto no posee las garantías necesarias ni la protección de nuestro texto constitucional. Inclusive el propio Tribunal Constitucional, a pesar de sus encendidos textos sobre la importancia de la misma, no considera la dignidad como un derecho fundamental que pueda, por ejemplo, tener acceso a la protección del recurso de amparo¹⁵. La dignidad, se ha dicho, es esencial en el desarrollo político y social del Estado, es un valor tanto jurídico como moral, y sin embargo su protección es ineficaz, por decir lo menos¹⁶. Además, no debemos olvidar que la dignidad se desarrolla también en otros preceptos constitucionales través de los cuales debe adquirir eficacia, y que deben ser interpretados a la luz de la misma.

En lo que atañe a la presente investigación, el concepto de dignidad es especialmente significativo puesto que los actos denigratorios pueden llegar a producir un menoscabo en el honor del individuo, lo cual está íntimamente vinculado con la dignidad, siendo ambas consideraciones del mismo tipo, aunque como es bien sabido, el honor sí se considera un derecho fundamental. Tomando en cuenta que la CE reconoce y protege los daños que puedan causarse no sólo en la integridad física, sino

¹⁴ Cfr. STC de 7 de junio de 1994, (RTC 1994/170). En sentido complementario se manifiesta la STC de 12 de abril de 1988, (RTC 1988/64) al señalar que *“el art. 10.1 CE, en su apartado 1 vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad, y en su apartado 2, los conecta con los llamados derechos humanos, objeto de la Declaración Universal y de diferentes Tratados y acuerdos Internacionales ratificados por España”*.

¹⁵ Cfr. STC de 28 de febrero de 1994, (RTC 1994/57).

¹⁶ Todo ello a pesar de que el propio Tribunal Constitucional en algunas de sus sentencias sí ha afirmado que la dignidad es un derecho fundamental, como es el caso de la STC de 20 de noviembre de 1995, (RTC 1995/166).

también en la integridad moral, resulta claro que la dignidad de una persona se ve violentada cuando se ataca su honor o su propia imagen.

Ahora bien, es conveniente que en lo que a la concepción de dignidad se refiere vayamos más allá de establecer la relación que con el derecho al honor tiene y que nos es de especial interés para la redacción de esta tesis, y hagamos especial énfasis en que la redacción del artículo 10 CE considera que la dignidad de la persona es “*fundamento del orden político y de la paz social*”. Es en esta afirmación donde queremos detenernos, puesto que no se nos ocurre una redacción por parte del legislador en la cual se le pudiera atribuir una mayor importancia a la protección de la dignidad, o dejara más en claro su trascendencia. Si el texto constitucional considera que de la dignidad humana depende la paz social, estamos ante un concepto de elevadísimo nivel jurídicamente hablando. Considerar la dignidad como lo hace la Constitución efectivamente sitúa su importancia en el centro en torno al cual giran los derechos fundamentales. Se dice pues que la estabilidad social depende de la existencia de esa dignidad, lo cual no es poca cosa. En cuanto a esos derechos fundamentales que giran en torno a la dignidad humana y que conforman su núcleo encontramos que la jurisprudencia ha señalado específicamente a los derechos de la personalidad que establece el artículo 18 CE y también los relativos a la vida y la prohibición de tratos humanos degradantes que consagra el artículo 15 CE¹⁷. Ambos artículos constitucionales serán analizados en este mismo capítulo para establecer su conexión con el concepto jurídico de dignidad y concretamente su relación con los actos denigratorios objeto de nuestro trabajo.

Para concluir lo referente al artículo 10 CE y a la dignidad como un valor jurídico y moral determinante dentro de nuestro marco jurídico, nos parece que lo expuesto se resume en enfatizar nuevamente que consideramos que la dignidad es, sin lugar a

¹⁷ Así lo considera la STC de 28 de febrero de 1994, (RTC 1994/57) y también la STC de 31 de mayo de 1985, (RTC 1985/70).

dudas, la base de todos los derechos fundamentales de la persona. Constituye, como diría HABERLE, “*la premisa cultural antropológica del Estado Constitucional*”¹⁸. Sobre dicha consideración nos basaremos para ir desarrollando las diversas vertientes en lo que respecta a los actos denigratorios y su tratamiento por la legislación española.

III. ARTÍCULO 15 CE, SOBRE EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL

La CE tutela el derecho esencial a la vida y también a la integridad física y moral a través de su artículo 15 que específicamente señala lo siguiente:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

Resulta claro que es el derecho a la vida el que acaba por dar sentido a todos los demás y protege el bien jurídico más valioso. Como señala ÁLVAREZ CONDE, “...*nuestra Norma Fundamental no constitucionaliza cualquier derecho a la vida, sino un determinado derecho a la vida que se prolonga en el derecho a la integridad física y moral...*”¹⁹. Del contenido de este artículo, y en virtud del tema que se trata, nos interesa más el análisis del derecho a la integridad física y moral, pero sobre todo a esta segunda. Los actos denigratorios causan un menoscabo de carácter intangible, no físico, que puede perfectamente calificarse de moral, como más adelante veremos cuando analicemos la normativa de carácter civil en materia de derecho de daños.

En la redacción del artículo 15 CE se pone de manifiesto claramente que el legislador sitúa en un plano de igualdad la integridad física y la integridad moral. No hace

¹⁸ Cfr. HABERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, UNAM, México, 2001, pp. 169 y ss.

¹⁹ Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *ob. cit.*, p. 400.

distinción entre ellas en términos de importancia, las refiere prácticamente como equivalentes. Ahora bien, la simple determinación del significado de integridad es una cuestión que entraña por sí misma varios problemas, de entre los cuales el más importante de ellos consiste en determinar específicamente cuál es el bien jurídico protegido, puesto que no sólo se habla de la integridad física, que sería más fácil de determinar, sino de una integridad personal compuesta tanto por el aspecto físico como por el aspecto moral²⁰.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional la integridad física se ha delimitado como *“derecho a no sufrir lesión o menoscabo de su cuerpo o apariencia externa sin su consentimiento”*²¹. Se entiende así que tanto el cuerpo como en general la apariencia física son los aspectos que se consideran para determinar si existe la violación del derecho a la integridad corporal, siempre y cuando se dé el factor que resulta clave en este supuesto que es la falta de consentimiento. Así pues, resulta que para la verificación de la probable lesión a la integridad física se cuenta con que dicha lesión es observable físicamente hablando. Se puede percibir en la mayoría de los casos en el individuo si su integridad corporal ha sido menoscabada. En otros casos podrá acreditarse mediante la oportuna pericial médica o psicológica.

²⁰ Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pp. 87 y ss.

²¹ Cfr. STC de 16 de diciembre de 1996, (RTC 1996/207). La misma establece que *“...aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (tal y como señalamos en la STC 35/1996 (F. 3º)), su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por “toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular”. Resulta de ello, por tanto, que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición “sine qua non” para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física”*.

En el caso de la integridad moral las cosas cambian radicalmente, podríamos decir sin temor a errar que se complican²². De acuerdo con CANOSA USERA²³, en el caso de un atentado contra la integridad moral lo determinante es la producción de un trastorno de la psique de la víctima que le impida el libre desarrollo de su personalidad, si bien es cierto que hay otros autores que hablan de términos como “humillación” o “envilecimiento”²⁴. Tendemos a coincidir con la visión del autor antes citado: un daño moral se caracteriza por generar en el individuo que es víctima un trastorno, una situación que le impide el correcto desarrollo de su personalidad y de sus actividades, y que por lo tanto debe ser resarcido. Se trata evidentemente de un daño que no es visible, que en apariencia no deja huella como en el caso del daño físico, de ahí la dificultad para determinarlo. Sin embargo, la huella que deja es espiritual, moral, invisible, y a veces permanente. Sobre ello profundizaremos más adelante.

Así pues, en el derecho al honor, los daños causados por un acto o manifestación denigratorios son de carácter moral y generan precisamente una situación que puede llevar a que quien los sufre vea limitado su desarrollo personal, ello independientemente de que pudiera existir en ellos un componente de humillación o de vejación. En el caso de los actos denigratorios en materia concurrencial lo que resulta afectado no es precisamente el honor, sino el prestigio, la reputación o el buen nombre de un competidor en el mercado, que son también consideraciones con una fuerte e innegable carga moral y que evidentemente poseen un carácter inmaterial e intangible, aunque también pueden generar un perjuicio patrimonial.

²² Ello por no mencionar que la Constitución Española solamente habla de integridad física o moral, cuando otros documentos como el Pacto de San José o la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea hablan también de una integridad psíquica.

²³ Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *ob. cit.*, p. 94.

²⁴ Cfr. PEREZ, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 341.

El Tribunal Constitucional se pronunció por vez primera con respecto al alcance de la integridad moral en la STC de 21 de enero de 1987, en la cual ligaba la integridad moral con el trato degradante que se sufría en el aislamiento en celda de un recluso, coincidiendo en ello con la línea que previamente había marcado el TEDH²⁵. Sin embargo no es sino hasta la STC de 25 de noviembre de 2002, cuando vería la luz la resolución en la cual el Tribunal lleva a cabo una identificación de la integridad moral con la integridad física, refiriéndose al caso de una menor que deseaba permanecer con su familia de acogida y no con su familia adoptiva, considerando la autoridad judicial que ello podría producir un daño en la integridad moral de la niña²⁶.

²⁵ La STC de 21 de enero de 1987, (RTC 1987/2) expresaba que *“...no cabe duda que cierto tipo de aislamientos en celdas negras, el confinamiento absolutamente aislado o cerrado es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes, y por ello han venido siendo vedados en los más modernos sistemas penitenciarios. De ahí las restricciones que la Ley y el Reglamento Penitenciario establecen para la aceptación, residual, de este tipo de sanción...”* *“...esta regulación legal restrictiva supone, por un lado, que este tipo de sanción no es una más de las que están a disposición de las autoridades penitenciarias, sino que sólo debe ser utilizada en casos extremos, y en segundo lugar que esta sanción se reduce a una cofinanciación separada, limitando la convivencia social con otros reclusos, en una celda con condiciones y dimensiones normales, llevar una vida regular, y que se le pueda privar de aquellos beneficios (biblioteca, posesión de radio, etc.) abiertos a los demás internos.”* *“...la sanción de aislamiento en celda, como tal y de acuerdo con las garantías que para su imposición y aplicación establece la Legislación penitenciaria vigente, no puede ser considerada como una pena o trato inhumano o degradante. En segundo lugar, tampoco en la aplicación concreta al recurrente ni siquiera se ha alegado el que no se hayan observado esas exigencias legales, y haya cumplido las sanciones en circunstancias y condiciones que supusieran la existencia de un trato inhumano o degradante”.*

²⁶ En la STC de 25 de noviembre de 2002, (RTC 2002/221) se decía que *“... una de las vulneraciones constitucionales que se aduce en el recurso de amparo interpuesto por los guardadores de hecho de la menor es la del derecho a la integridad moral de ésta...”* *“...la cuestión que debemos examinar es si la Audiencia Provincial, al revocar el auto del Juez de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla por el que se acordó atribuir la guarda de la menor a la Junta de Andalucía para que la llevara a cabo manteniendo la situación de guarda de hecho en la que se encontraba la menor, y ordenar que se procediera a dar cumplimiento al Auto de 18 septiembre 1998, lo que conllevaba reiniciar el proceso de reinserción de la menor con su familia adoptiva, ha adoptado una decisión que justificase debidamente la ausencia de peligro para la integridad moral de la menor”.* No podemos dejar de mencionar que también en la normativa penal existe una tipificación expresa de delitos en contra de la integridad moral. El Código Penal en su artículo 173 se refiere al trato degradante que humilla y envilece a la víctima, protegiendo con ello específicamente la integridad moral, puesto que la integridad física se encuentra tutelada por medio de otros preceptos a través de la tipificación del delito de

Así pues, de manera taxativa, el artículo 15 CE establece que a nadie podrá someterse a torturas o tratos inhumanos o degradantes²⁷, protegiendo con ello la integridad personal tanto en su aspecto físico como moral. La prohibición debe considerarse total, tal y como lo ha también sostenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, si bien es cierto que no se trata de un derecho absoluto²⁸. Expresa así mismo un juicio de valor en relación con los malos tratos que considera que son en todos los casos ataques a la dignidad, que es como hemos ya señalado, un valor supremo del cual dependen, según la propia Constitución, el orden político y la paz social. Desde nuestro punto de vista sería necesario dilucidar sobre si es o no el derecho a la integridad moral un derecho que debiera ser puesto en la balanza con otros derechos para tomar decisiones, y no más bien considerarlo como un derecho que debiera considerarse superior a cualquier otro que pretendiera oponérsele. Sobre ello nos extenderemos más adelante.

lesiones. Dicha concepción del daño que puede generarse a la integridad exclusivamente moral acerca nuestro Código Penal a la doctrina que ha establecido el TEDH y que ha retomado el Tribunal Constitucional. Cfr. CANOSA USERA, Raúl, *ob. cit.*, p. 96. Sobre el tratamiento que la ley penal da a las conductas lesivas de la integridad moral hablaremos en apartados sucesivos.

²⁷ Lo relativo a la prohibición de la tortura o de los tratos inhumanos o degradantes aparece ya recogido en diversos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996 o el Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Vid.* también PASCUAL LAGUNAS, Eulalia, *ob. cit.*, pp. 70 y ss.

²⁸ De acuerdo con la STC de 16 de diciembre de 1996, (RTC 1996/207) se establece que *“la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (-art. 18.2 y 3 CE-), mas ello no significa que sean derechos absolutos, pues pueden ceder ante razones justificadas de interés general convenientemente previstas por la Ley, entre las que, sin duda, se encuentra la actuación del “ius puniendi” (STC 37/1989 (FF. 7º y 8º)). Así pues, el interés público propio de la investigación de un delito y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal, siempre y cuando dicha medida esté prevista por la Ley”*.

Sin embargo, debemos reconocer que puede darse la situación de que existan faltas leves a la integridad moral cuando se ejercen otros derechos fundamentales. En estos casos consideramos que resulta necesario hablar de ponderación de derechos para determinar si hay o no conductas que sean sancionables o reprochables. Se trata de un tema central para el presente estudio, pues como veremos con posterioridad, en el ejercicio de derechos como el de libre expresión o el de libertad de información pueden darse casos en los cuales se agreda en mayor o menor medida la integridad moral del individuo. A reserva de un tratamiento más detallado ya podemos adelantar que nuestra postura aboga más por el respeto a la dignidad y a la integridad personal de los individuos como valores esenciales de nuestro sistema político y de nuestra sociedad, que por la preminencia de cualquier otro derecho también considerado fundamental. Por tanto no se trata sólo de que nadie tenga que soportar agresiones a su dignidad, sino que como ya hemos señalado, la dignidad como eje en torno al cual giran una serie de derechos fundamentales no puede quedar desprotegida en ningún caso. Sin embargo, y entendiendo la importancia de todos y cada uno de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, consideramos que el juzgador tiene que llevar a cabo un detallado análisis de cada uno de los casos, realizar un auténtico balance de intereses entre los derechos en cuestión, para determinar cuál de ellos debe prevalecer en cada caso, sin desproteger el derecho al honor como *de facto* ha ocurrido hasta ahora, dando prevalencia al derecho a la libertad de expresión.

Para cerrar el presente apartado consideramos conveniente resumir que sin lugar a dudas lo que resulta lesionado a través de una manifestación o acto denigratorios es la integridad moral del individuo, o en el caso de la normativa concurrencial se lesiona la reputación de un competidor dentro del mercado. Un acto denigratorio que genera un menoscabo en la integridad moral de la persona le causa un trastorno que puede truncar o detener su desarrollo vital. No debe en ningún caso menospreciarse o subestimarse la gravedad de un daño moral producido por un ataque al honor, una humillación o una difamación. Como señala STAMATEAS, cuando se inventa una

calumnia, un chisme o un rumor hay por lo general una intención de destruir a la persona, de destruir su vida, su tranquilidad, sus sueños²⁹. Y si hablamos de la denigración en materia de competencia desleal, de igual forma los actos denigratorios lo que lesionan en primera instancia no son bienes físicos o materiales, sino el prestigio y la reputación de un ente económico que se mueve dentro del mercado, con el consabido componente moral que ya hemos mencionado, siendo que dicho daño puede acarrear también (y normalmente sucede así) consecuencias de carácter económico que generan un daño que puede trastocar el libre desarrollo al que una empresa o entidad comercial tiene derecho, haciéndole perder participación en el mercado y en muchas ocasiones lesionando también el correcto funcionamiento de éste.

IV. ARTÍCULO 18 CE, SOBRE EL DERECHO AL HONOR

En este apartado haremos un breve bosquejo del artículo 18 CE, que concretamente es el que procura garantizar el derecho de las personas al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que tan importante resulta para nosotros.

Dicho artículo establece lo siguiente:

- “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*
- 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*
- 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

²⁹ Cfr. STAMATEAS, Bernardo, *Quiero un cambio*, Ediciones B, Barcelona, 2013, p. 148.

4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

Como puede observarse, la intención del legislador por proteger el honor, la intimidad y la imagen de las personas es clara y directa. Los derechos que protege el artículo 18 CE han sido todos ellos genéricamente considerados bajo el término de “Derechos de la Personalidad”, tomando en cuenta que en la exposición de motivos de la LO 1/1982, que es la encargada de regular específicamente el derecho al honor y que posteriormente analizaremos, son referidos de esa forma³⁰.

El derecho al honor, en tanto derecho de la personalidad que tiene por objeto asegurar al individuo una de las facultades precisamente de su personalidad, es un derecho subjetivo privado³¹. Garantiza a la persona el goce de su propia dignidad y de su propia estima. Se trata de un derecho privado puesto que el ejercicio de las acciones para su defensa está en poder de la voluntad de su titular para ejercerlo. Pero es al mismo tiempo un derecho de carácter público, un patrimonio social, puesto que se desarrolla a través del amparo de la Constitución a la ya citada dignidad humana, que como hemos visto es fundamento de la paz social³².

³⁰ La protección del derecho al honor en el Ordenamiento Jurídico Español ya aparece en el artículo 4º del Fuero de los Españoles, en el cual podía leerse que “los españoles tienen derecho al respeto de su honor personal y familiar y quien lo ultrajare, cualquiera que fuese su condición, incurrirá en responsabilidad”. Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1988, p. 17.

³¹ Si bien conviene mencionar que en general los derechos fundamentales tienen un doble carácter, puesto que son derechos subjetivos pero también son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo. El carácter subjetivo consiste en el derecho de exigir del Estado una abstención o bien que proteja ciertos bienes permitiendo algunas conductas. Por otro lado, el carácter objetivo es el que impone al Estado la creación de las condiciones necesarias para su ejercicio. Cfr. JAEN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, 1992, Madrid.

³² Señala también ESTRADA ALONSO que se trata de un derecho de carácter irrenunciable, inalienable, intransferible, imprescriptible, indisponible y extrapatrimonial. Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.*, pp. 47 y ss. También es conveniente citar en este punto a ALEGRE MARTÍNEZ, que sobre el honor señala lo

Es necesario recalcar en este punto, y antes de iniciar el análisis, una de las consideraciones o premisas esenciales desde las cuales parte este trabajo: lo descuidado que está el derecho al honor y la dignidad en España, y lo poco que parece importar. Tomando en cuenta que se trata de un derecho fundamental para la conservación del orden y de la paz social, se entiende entonces los daños que sufre esta última por la falta de respeto a la dignidad que existe actualmente en el territorio español, ello en virtud de la idea equivocada de que en aras de la libertad de expresión, por cierto malentendida, todo está permitido. Lo anterior da lugar a que se difundan con frecuencia noticias que son falsas o inexactas y que dañan la dignidad de terceros, y que se hagan aseveraciones sobre la vida privada de las personas que no concuerdan con la realidad, o bien que infringen su intimidad³³. Basta ver la televisión o escuchar la radio para darnos cuenta de que la dignidad de las personas se valora en poco o casi nada. Quienes tienen acceso a los medios de comunicación en muchas ocasiones llevan a cabo ataques en contra de personas, ya públicas o ya privadas, y ello es visto como algo normal. Se pone en tela de juicio con excesiva frecuencia el honor y la dignidad de las personas, sin que dichas personas tengan la oportunidad y

siguiente: *“La doctrina viene distinguiendo en el concepto de honor dos posibles vertientes. Así, en un sentido objetivo, el honor sería el “resultado del juicio de valor que los demás hacen de nuestras cualidades”. La vertiente subjetiva abarcaría, a su vez, la conciencia del honor (“representaciones que el sujeto tiene de sí mismo”) y el sentimiento del honor (“voluntad de afirmar su propio valor”). Cfr. ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel, El derecho a la propia imagen, Tecnos, Madrid, 1997, p. 39.*

³³ Sobre ello comenta el ex presidente del Gobierno de España Felipe González: *“Siempre he pensado respecto de las cosas que se publican que son una mezcla de información y opinión, y que sólo de la primera, de la información, se puede decir que sea verdadera o falsa. La opinión, por el contrario, es libre y no puede estar sometida al juicio sobre lo verdadero o lo falso. Lo malo de este asunto es que de una información falsa –es decir, de una información en la que se miente sobre datos de la realidad- se pueden deducir opiniones distorsionadas, porque parten de una falsedad que se acepta como verdad para elaborar esa opinión. A mí me pasa constantemente. Leo y oigo informaciones sobre lo que hago, tengo o soy, desde lo banal, como las vacaciones, hasta lo importante, como lo que hice o dije en mis responsabilidades de gobierno o de partido o sobre las supuestas riquezas que poseo y el modo de vida que me atribuyen, que nada tienen que ver con la verdad. Algunos dirán que por qué no las desmiento, bajo el viejo y tramposo adagio de que “el que calla otorga”. Pueden creerme que tendría que dedicar mi tiempo al completo para hacer esa inútil y aburrida tarea”. Cfr. GONZALEZ, Felipe, En busca de respuestas, Debate, Barcelona, 2013, p. 14.*

las herramientas legales para llevar a cabo una defensa eficaz de los derechos que les están siendo vulnerados. Ello nos lleva a la situación de que socialmente hablando, la dignidad y el honor sean muy poco valorados, apenas y tomados en cuenta, como si fuesen derechos de segunda categoría que a nadie le interesa proteger. Sobre dichas consideraciones volveremos a lo largo de nuestro estudio, y también sobre la desdichada realidad de que la defensa del honor ante los Tribunales Españoles es complicada y costosa.

Regresando al aspecto normativo, en lo que se refiere al concepto jurídico de lo que es el honor es necesario tener en cuenta la inexistencia del mismo de manera específica, ni en la Constitución ni en ninguna otra ley. Se trata sin duda de una tarea complicada en la que los diversos autores no han logrado ponerse de acuerdo, puesto que depende en gran medida, como ya tendremos ocasión de analizar, de las circunstancias, de las personas, de las épocas, de la ubicación geográfica y de muchas otras consideraciones³⁴. Sin embargo, algunos de ellos han elaborado sus propias ideas y conceptos³⁵. Según LOPEZ JACOISTE el honor consiste en la estima en que la persona es tenida por la sociedad o grupo al que pertenece y donde desarrolla su actividad³⁶. Otros, como ESTRADA ALONSO proponen, inspirándose en el espíritu constitucional, una concepción normativa en la cual se habla de “*el derecho a ser*

³⁴ A reserva de profundizar más en las definiciones y concepciones del honor en apartados subsiguientes cuando nos refiramos a la LO 1/1982, la STC de 13 de noviembre de 1989 proporciona pautas decisivas para la concreción de dicho derecho al establecer que “*el contenido del derecho al honor, que la Constitución garantiza como derecho fundamental en su art. 18, ap. 1, es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Tal dependencia se manifiesta tanto con relación a su contenido más estricto, protegidos por regla general con normas penales, como su ámbito más extenso, cuya protección es de naturaleza meramente civil.*”

³⁵ Sobre la materia han escrito figuras tan destacadas como Beccaria, Castán Vázquez, Saavedra Fajardo, Ferrara y otros muchos. Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.*, pp. 21 y ss.

³⁶ Cfr. LÓPEZ JACOISTE, José Javier, *Intimidación, honor e imagen ante la responsabilidad civil*, en *Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, Vol. IV, Madrid, 1989, p. 578.

respetado”³⁷. BECCARIA por su parte diría que “*la palabra honor es una de aquellas que ha servido de base a dilatados y brillantes razonamientos sin fijarle alguna significación estable y permanente*”³⁸. FRAILE OVEJERO considera que “*el honor es el sentimiento que anima al hombre en el propósito y la norma de conducta que fundamenta el hacer de su vida, basándose, esencialmente, en el carácter de su ser íntimo*”³⁹. Por su parte GÓMEZ GARRIDO considera que “*hoy en día estamos ante un concepto complejo, que más o menos se podría asociar con la dignidad sin ser sinónimos...*”⁴⁰

Es la propia jurisprudencia la que en los albores del siglo XX (año 1912) hablaría ya del honor, si bien no con el concepto actual, sí como indemnización por daño moral de acuerdo con el artículo 1902 CC en el famoso caso del periódico “*El Liberal*” con el encabezado de primera plana “*Fraile, raptor y suicida*”, caso que analizaremos a detalle más adelante, pero que citamos ahora porque en la sentencia del mismo ya se hablaba de que “*la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede parecer en una sociedad civilizada...*” y además en la propia sentencia se producía un acercamiento para definir lo que era un ataque al honor al hablar de términos como “*expoliación de la dignidad*” o “*estimación pública*”⁴¹.

Sin embargo, sería hasta el año de 1962 cuando, a través de la STS de 7 de febrero, se sentaría una doctrina general sobre el honor, estableciendo que: “*La tutela del honor*

³⁷ Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.*, p. 32.

³⁸ Cfr. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Orbis, Barcelona, 1984, p. 41.

³⁹ Cfr. FRAILE OVEJERO, Fidelio, *El honor y la fama*, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, p. 644.

⁴⁰ Cfr. GÓMEZ GARRIDO, Javier, “Derecho al honor y persona jurídico-privada”, en *REDUR*, No. 8, 2010, pp. 206-207.

⁴¹ Cfr. O’CALLAGHAN MUÑOZ, Javier, *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pp. 548 y 549.

en la vía civil se amplía, debiendo abrazar todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona (honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, etc.) y otorga al ofendido no sólo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible, el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado, y precisamente porque se trata de la tutela de la integridad moral, que es un derecho de la personalidad, la acción civil encuentra buen fundamento, aunque se dirija tan solo a obtener el reconocimiento de la ilicitud del comportamiento al ofensor, que ha atribuido al actor hechos o actos deshonrosos, con evidente menosprecio de la dignidad y del honor de aquél, quien tiene un verdadero y propio interés jurídico en pedir al Juez la tutela de un derecho de su personalidad, cual es el honor, independientemente de todo el daño patrimonial, directo o indirecto.”

Como puede verse en el extracto anterior, ya se habla claramente de derechos de la personalidad, pero también se utilizan frases como “tutela de la integridad moral”, “menosprecio de la dignidad y del honor”, que conducen a pensar ya en un reconocimiento específico al derecho al honor y se comienzan a desglosar sus elementos, mismos que a partir de entonces serán retomados por otras sentencias en casos similares y que irán conformando paso a paso un cuerpo de jurisprudencia que será decisivo para dotar de efectividad jurídico conceptos como la dignidad, el honor, la intimidad o la propia imagen.

Ampliando el análisis jurisprudencial para una mejor comprensión de sus elementos, encontramos que el derecho al honor que protege el artículo 18 CE tiene un significado personalista⁴², es decir, que se refiere a las personas individualmente

⁴² Al respecto, la STC de 8 junio de 1988, (RTC 1988/107) establece que: “En el contexto de estos asuntos de relevancia pública, es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen las protección

consideradas, si bien de manera excepcional se ha reconocido que también las personas jurídicas pueden ser titulares del mismo y la controversia no está resuelta del todo⁴³. La STC de 11 de noviembre de 1991 resume la postura del Tribunal al

penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública.

Por el contrario, la eficacia justificadora de dichas libertades pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento públicos son innecesarios, por tanto, para la formación de la opinión pública libre en atención a la cual se les reconoce su posición prevalente”.

⁴³ De acuerdo con ARAGÓN REYES existen tres etapas del derecho al honor en este sentido. Durante una primera etapa se reconoció la existencia del derecho al honor de las personas jurídicas a partir de la STS de marzo de 1930, etapa que duró más de 50 años. Posteriormente, comenzó una segunda etapa a raíz de la aparición de la STC de 8 de junio de 1988 (RTC 1988/107), en la cual se establece que el derecho al honor que protege la Constitución tiene un significado personalista, aseverando que el honor es un valor referido a personas individualmente consideradas y que se hace “inadecuado” hablar de honor en el caso de instituciones públicas o de determinadas clases del Estado. En esta sentencia “no se sostiene, tajantemente, que las personas carezcan de derecho al honor, máxime cuando ya, desde el inicio de la actividad del Tribunal Constitucional, éste había considerado (Auto 106/1980 FJ 2) “que el derecho al honor puede ser patrimonio (...) también de personas jurídicas”. En la sentencia sólo se indica que tal derecho está vinculado a las “personas”, “individualmente consideradas” (característica que, en principio, podría predicarse tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas). En ese sentido, lo que aparentemente se niega es que puedan ser titulares del derecho al honor los grupos no personificados o “las clases de personas” (y hemos empleado el término “aparentemente” porque, como después se verá, el TC, en ocasión posterior, reconocerá el derecho al honor de grupos sociales sin personalidad). Sin embargo, y en realidad, lo único que rotunda y claramente se niega (como igualmente ocurre en las posteriores SSTC 51/1989 y 121/1989) es que puedan ser titulares de ese derecho unas clases determinadas de personas (las “clases del Estado”) y un determinado tipo de personas jurídicas (las personas jurídicas de Derecho público, es decir, las “instituciones públicas”). En esta Sentencia (y en las posteriores del TC 51/1989 y 121/1989) no se dice, pues, de ninguna manera, que carezcan de derecho al honor las personas jurídicas de Derecho privado. Vendría después una tercera etapa según el autor, la actual, que puede fijarse a partir de la STC de 11 de noviembre de 1991, (RTC 1991/214), en la que se reconoce la titularidad del derecho al honor a las personas jurídicas no públicas, así como a los grupos no personificados, no así a cuerpos funcionariales o a cualquier agrupación de servidores públicos. Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información”, en *Estudios de Teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Vol. 3, Universidad Complutense, Madrid, 2001, p. 14. También CASADO ANDRÉS enfatiza que el Tribunal Supremo no tiene un criterio unívoco al respecto. Cfr. CASADO ANDRÉS, Blanca, *El daño moral en las personas jurídicas*, consultado en <http://noticias.juridicas.com/articulos/45->

establecer que *“el derecho al honor tiene en nuestra constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado respecto de las cuales, y sin negar que en algunos casos puedan ser titulares al honor (y así lo ha reconocido el TEDH, por ejemplo, con respecto al “Poder Judicial”: asunto Barfod, S. 22 de febrero de 1989), es más correcto desde el punto de vista constitucional emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas físicas (SSTC 107/1988, 51/1989 y 121/1989 (RTC 1989, 121))”*⁴⁴. Sin embargo, la misma sentencia señala posteriormente que también puede existir derecho al honor cuando se daña a un determinado colectivo de personas y este daño trasciende a los individuos que lo componen⁴⁵.

[Derecho-Civil/201203-3215416664221.html](#). Por su parte VIDAL MARÍN considera que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la titularidad del derecho al honor por parte de las personas jurídicas *“no ha gozado de la precisión y claridad que es dable esperar del máximo intérprete de la Constitución y, consecuentemente, de los derechos fundamentales”*. Cfr. VIDAL MARÍN, Tomás, “Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional”, en *InDret*, No. 1, 2007, p. 11.

⁴⁴ Cfr. STC de 11 de noviembre de 1991, (RTC 1991/214).

⁴⁵ En la propia STC de 11 de noviembre de 1991, (RTC 1991/214) se establece también que *“lo anterior no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad. Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados “ad personam”, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor en la totalidad de las personas jurídicas, incluidas de las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada,*

Si bien es cierto que de acuerdo con lo expresado en la citada resolución puede quedar claro que el derecho al honor protege también a las personas jurídicas, el Tribunal matiza excesivamente los supuestos en los cuales dicha protección estaría justificada y los hace depender de la actividad y naturaleza de la actividad de la persona jurídica. No parece que nos encontremos frente a una protección sólida e incuestionable. Ello aunado a la propia opinión del Tribunal respecto del carácter personalista del derecho al honor nos lleva a pensar que se trata de un derecho esencialmente destinado a proteger a las personas individualmente consideradas y no tanto a las personas jurídicas⁴⁶.

Es necesario poner especial énfasis en que el derecho al honor, al igual que el derecho a la intimidad y a la propia imagen, son verdaderos derechos fundamentales que el legislador ha considerado que forman parte integrante de los bienes de la personalidad, y que están estrechamente relacionados con el concepto de dignidad que ya hemos desarrollado previamente y que consideramos prioritario y esencial en

genérica o imprecisa” (F. 2). En el mismo sentido se manifiesta la STC de 26 de septiembre de 1995 (RTC 1995/139) al señalar que *“puede sostenerse que desde un punto de vista constitucional, existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Ahora bien, esta capacidad reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental.”* En el mismo sentido vid. FRAILE OVEJERO, Fidelio, *ob. cit.*, p. 657.

⁴⁶ De acuerdo con JIMÉNEZ-BLANCO *“el derecho al honor tiene un significado personalista en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecerán la protección penal que el legislador les dispense..”* *“... este carácter personalista del derecho al honor del artículo 18.1, referido así a personas individualmente consideradas, no puede confundirse con los valores de dignidad, reputación o autoridad moral de las instituciones públicas y clases del Estado, los cuales, sin mengua de su protección penal, gozan frente a la libertad de expresión de una garantía menor y más débil que el que corresponde al honor de las personas de relevancia pública, máxime cuando las opiniones o informaciones que pueden attentar contra tales valores se dirigen no contra una institución, clase o cuerpo como tal, sino indeterminadamente contra los individuos que pertenezcan o formen parte de los mismos en un momento dado”*. Cfr. JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, *Comentario a la Constitución*, Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 141

cualquier sociedad democrática que se precie de serlo⁴⁷. Es por ello que estimamos que su protección debe ser un asunto de máxima importancia dentro del marco jurídico de cualquier Estado, que no puede dejarse al azar ni pueden ser regateados los recursos para su defensa, puesto que a la fecha y derivado del análisis jurisprudencial que haremos a lo largo de nuestro estudio, nos encontramos con que los daños que se causan a la dignidad, el honor y la intimidad de las personas por lo general no son indemnizados justamente, y se menosprecia su importancia en aras de beneficiar a otros derechos como los de libertad de información y expresión, sin que se dé un análisis cuidadoso de los elementos en cada caso particular.

El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen constituyen además, y según el texto constitucional en su artículo 20.4, un límite claro y específico a la libertad de expresión y a la libertad de información, consideración que representa uno de los pilares sobre los que se sostienen gran parte de los argumentos y análisis de la presente tesis y a la que recurriremos en diversas ocasiones a lo largo del texto, en virtud de que la realidad se desarrolla por derroteros distintos, como ya tendremos oportunidad de demostrar en el siguiente capítulo, concretamente en el apartado relativo al conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libre expresión. Así pues, la intención central del artículo 18 CE es proteger al individuo en contra de las humillaciones o el escarnio que pudiese llegar a sufrir ante sí mismo o ante los demás, a través precisamente de expresiones o manifestaciones que puedan resultar injuriosas o despectivas, o bien que carezcan de relación con la información que se da a conocer o con el pensamiento que se formula, puesto que el marco legal que protege la libertad de información y la libertad de expresión existe para garantizar una opinión pública libre en una sociedad democrática, y ello es lo que debe ser

⁴⁷ Si revisamos las sentencias STC de 10 de marzo de 1983, (RTC 1983/19), STC de 30 de octubre de 1987, (RTC 1987/170), STC de 2 de diciembre de 1988, (RTC 1988/231) y la STC de 14 de noviembre de 1991, (RTC 1991/214) podremos percatarnos de que el derecho al honor se considera un derecho personalísimo ligado a la propia existencia del individuo.

ponderado por el juzgador al momento de poner en la balanza el derecho al honor con los derechos antes mencionados. Podría decirse que el marco legal procura evitar la utilización de manifestaciones injuriosas o que menosprecien⁴⁸. Así mismo es necesario dejar claro que, respecto de dichas manifestaciones, *“es irrelevante tanto el número de personas que lleguen a conocer esas expresiones o frases como el medio empleado para difundirlas que puede ser oralmente en el curso de una conversación o en la radio o en un programa de televisión o por escrito mediante artículos, entrevistas, dibujos o caricaturas, o pasquines”*⁴⁹

Otra de las consideraciones centrales en lo que rodea al derecho al honor que consagra el artículo 18 CE y que nos resulta importante en virtud de las dos vertientes por las cuales se desarrolla nuestra tesis se refiere a que desde la perspectiva de la protección que le brinda la Constitución no es lo mismo necesariamente el honor de una persona que su prestigio profesional⁵⁰. Si bien es cierto que las diferencias son finas y de difícil distinción, no debemos confundir lo que es una simple crítica a la habilidad y pericia en el ejercicio de la actividad profesional con lo que es una lesión al honor de un individuo, a pesar de que en ciertos casos la difusión de hechos relativos al ejercicio de la actividad profesional si puedan constituir violaciones al derecho al honor cuando excedan la simple crítica a la labor profesional y se den elementos o formas que puedan llegar a afectar la dignidad y la consideración personal del individuo⁵¹. Sobre ello volveremos más adelante, puesto que los actos denigratorios

⁴⁸ En este sentido se manifiesta la STC de 8 de junio de 1992, (RTC 1992/85). Ver también JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, *ob. cit.*, p. 142.

⁴⁹ Cfr. SERRANO ALONSO, Eduardo y SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *Manual de Derecho Civil*, EDISOFER, Madrid, 2011, p. 342.

⁵⁰ Aunque es cierto que en el caso del honor de las personas jurídicas hay quienes consideran que sí puede llegar a incluirse el prestigio profesional. Cfr. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, “Implicaciones del uso de Internet en la protección del derecho al honor”, en *RAC*, No. 4, abril de 2014, Madrid, p. 423.

⁵¹ Cfr. STC de 30 marzo de 1992, (RTC 1992/40), STC de 14 de diciembre de 1992, (RTC 1992/223).

desde el punto de vista de la competencia desleal están precisamente relacionados en muchas ocasiones con la actividad profesional, o con el desempeño dentro del mercado de una entidad económica o empresa, mientras que el derecho al honor como ya hemos visto es un concepto estrechamente relacionado con la dignidad de la persona.

Así, que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen que protege el artículo 18 CE deben ser considerados como derechos fundamentales que están cercanamente unidos a la propia personalidad del individuo, que además se derivan de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE y que tienen por objeto proporcionar un cierto nivel de dignidad a la vida de las personas⁵². El desarrollo del artículo 18 CE para la protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen se llevará a cabo a través de la LO 1/1982, que será la encargada de la regulación de dichos derechos que hasta antes de su aparición se habían considerado a través de la legislación en materia penal, concretamente con el tratamiento de las calumnias y las injurias, delitos éstos que tocaremos más adelante, al igual que la propia LO 1/1982 antes citada.

Conviene cerrar el presente apartado recordando que el derecho al honor consagrado en la CE es un derecho fundamental basado en la dignidad del individuo, en su derecho a ser respetado, y que de acuerdo con la propia Constitución el citado derecho marca el límite para otros derechos como el de libre expresión y libre información, asunto que ha generado innumerable jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre todo en referencia al tema del juicio ponderativo entre derechos que debe realizar el juzgador y a la posición prevalente del derecho a la libre expresión y a la libre información en determinadas circunstancias.

⁵² Cfr. CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet*, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 60.

V. ARTÍCULO 20 CE, SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El artículo 20 CE está encargado de garantizar las libertades de expresión y de información. Dicho precepto, que se encuentra contenido en el Título Primero, de los Derechos y Deberes Fundamentales, Capítulo II sobre Derechos y Libertades y Sección I, De los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, señala que:

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

- a. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*
- b. A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*
- c. A la libertad de cátedra.*
- d. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La Ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

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

Analizando el texto constitucional consideramos que, si bien para la presente investigación resultan determinantes los apartados 1 y 4 (derechos a la libre expresión y libre información en el primero, y sus límites en el segundo), prácticamente todas las libertades y derechos que consagra el citado artículo son concreciones a la libertad de expresión, razón por la cual en muchas ocasiones se utilizan de manera indistinta los términos libertad de expresión y libertad de información, tomando en cuenta que en diversos textos legales constitucionales al igual que internacionales se engloban ambos conceptos en la categoría de derecho a la libertad de expresión⁵³. Sin embargo, conviene hacer la distinción entre ambos derechos señalando que fundamentalmente la libertad de expresión se considera como el derecho que toda persona tiene de manifestar sus ideas, mientras que la libertad de información tiene por objeto la comunicación de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos⁵⁴.

El marco legal creado por el legislador tiene la intención de proteger ambos derechos, tanto el de libertad de expresión como el de libertad de información, en aras de garantizar la existencia de una opinión pública libre e informada. La tutela sobre los derechos de libertad de expresión y libertad de información es una protección constitucional que no queda solamente en un formalismo, sino que la misma

⁵³ En lo que respecta solamente al derecho a la información encontramos que garantiza dos derechos conexos que no son por ello iguales: el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos y las opiniones, y el derecho a la comunicación libre de información veraz. De acuerdo con la STC de 25 de octubre de 1999, (RTC 1999/192), puede leerse que “*nuestro texto constitucional protege la libre difusión de creencias y juicios de valor personales y subjetivos, mientras que en el otro garantiza la divulgación de hechos*”, no sin olvidar hacer mención de que no siempre es fácil distinguir unos de otros. En lo relativo a las noticias que pueden ser hechos, ideas u opiniones, ahí el Tribunal Constitucional suele distinguir entre “*libertad de expresión*” para referirse a la comunicación de ideas y opiniones, y “*libertad de información*” para referirse a los hechos, en los cuales puede caber el criterio de veracidad del que hablaremos más adelante.

⁵⁴ Cfr. JAEN VALLEJO, Manuel, *ob. cit.*, p. 41. En el mismo sentido se encuentra la STC de 23 de noviembre de 1983 (RTC 1983/105), en la cual se hablaba de las características que debían tener los hechos en materia de libertad de información.

Constitución a través del artículo 53.1, donde se establece que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I, que abarca los artículos 14 al 38, los protege al establecer que se consideran vinculantes para todos los poderes públicos. Ello puede darnos una idea del lugar de privilegio que el legislador ha dispuesto para proteger la libertad de expresión y la libertad de información, siendo considerados de igual rango que derechos como el derecho a la vida o el derecho a la libertad⁵⁵.

Si revisamos los antecedentes constitucionales en referencia con los derechos a la libre expresión y a la información nos encontramos que ya desde la Constitución de Cádiz de 1812, a través de su artículo 371, se establecía que *“todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidad que establezcan las leyes.”* Los posteriores ordenamientos

⁵⁵ Los derechos a la libertad de expresión e información que son consagrados en este artículo constitucional tienen una naturaleza jurídica que queda definida en la STC de 16 marzo de 1981, (RTC 1981/6), al señalar que *“la libertad de expresión que proclama el art. 20.1 a), es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la Ley, e incluso frente a la propia Ley en cuanto éste intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite. Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d)), fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar, que en cierto sentido puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también sin duda todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social. Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen por mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio y desde luego no el de transformar en su favor, lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad, en un derecho de prestación que los legitime para exigir de los poderes públicos la creación o mantenimiento de medios de comunicación a través de los cuales puedan expresar sus opiniones o comunicar información”*.

constitucionales, el de 1837, el de 1845 y el de 1869, reconocerían de igual manera dichas libertades siguiendo la línea de la Constitución de Cádiz⁵⁶.

En la Constitución de 1867 podía leerse en su artículo 13 que *“todo español tiene derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa”*, y en la del año 1931 se establecía que *“toda persona tiene derecho a emitir libremente sus ideas y opiniones, valiéndose de cualquier medio de difusión sin sujetarse a previa censura”*. Lo anterior nos indica que la protección que brinda la Constitución de 1978 puede considerarse como heredera de las libertades que ya la célebre Constitución de Cádiz consagraba, y que como hemos visto, sería retomada por las constituciones de todo el siglo XIX y principios del XX⁵⁷.

La protección del derecho a la libertad de expresión se encuentra también contemplada a nivel europeo. Encontramos que el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece lo siguiente⁵⁸:

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

⁵⁶ De hecho, la libertad de expresión se configuró como una de las primeras conquistas del constitucionalismo liberal. Cfr. ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *ob. cit.*, pp. 464 y ss.

⁵⁷ Cfr. JAEN VALLEJO, Manuel, *ob. cit.*, pp. 38 y ss.

⁵⁸ El texto está extraído de la Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los derechos y las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983.

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

El citado convenio contempla que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, considerando sin embargo que dicha libertad puede estar sujeta a ciertas restricciones y revisiones de acuerdo con la propia ley, dentro de las cuales se habla específicamente de la protección de la salud o de la moral, así como de la reputación o de los derechos ajenos, si bien algunos autores como JAEN VALLEJO no le otorgan reconocimiento a la complementariedad de los textos internacionales, señalando que no pueden ni ampliar ni reducir los límites que la propia Constitución marca⁵⁹. Sin embargo, lo que consideramos importante enfatizar es el hecho de que tanto la normativa europea como la constitucional española consideran que existen límites a la libertad de expresión entre los que se encuentra la protección a la moral y a la reputación del individuo, y que por contrapartida el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado, al igual que el Tribunal Constitucional, interpretaciones favorables a la libertad de expresión⁶⁰, dándole una posición de preminencia que desde nuestra perspectiva resulta muy discutible, como ya iremos analizando a lo largo de nuestro texto.

⁵⁹ Cfr. JAEN VALLEJO, Manuel, *ob. cit.*, p. 26.

⁶⁰ Así puede verse a nivel europeo en el caso “*Lingens*”, en el cual se flexibilizó notablemente la exigencia de la prueba de la verdad como una condición necesaria para el ejercicio legítimo de la libertad de expresión. En sentido similar se manifestó también el Tribunal Europeo en los casos “*Handyside*” y “*Sunday Times*”. Cfr. Caso Ligens, STEDH de 8 de julio de 1986 (TEDH 1986/8). En el caso del Tribunal Constitucional ya iremos desarrollando a lo largo de nuestro estudio varios ejemplos de sentencias en las cuales se preferencia el derecho a la libertad de expresión.

Dentro de la normativa concurrencial y atendiendo a la relación que guardan dichos actos con la libertad de expresión, quienes plantean la denigración como un acto ilícito en tanto que difunde información falsa o que distorsiona la opinión racional que puedan tener los consumidores dentro del mercado, justifican que cuando las expresiones vertidas sobre un tercero cumplen con el criterio de veracidad que establece la *exceptio veritatis*, criterio éste de excepción, no puede decirse que se produzca ningún menoscabo. En estos casos podría decirse que las expresiones están amparadas en los principios constitucionales de libertad de expresión que protege el artículo 20 CE, y hay quienes hablan de “denigración leal” o no denigración, puesto que consideran que ésta no se produce⁶¹. Sobre ello volveremos y profundizaremos cuando analicemos a detalle los actos denigratorios en la LCD y su jurisprudencia, y haremos algunas reflexiones al respecto, sobre todo en el sentido de que la propia LCD es muy clara al señalar que para que exista un acto desleal basta con que se realice dentro del mercado y sea apto para denigrar, independientemente de otras consideraciones, lo cual podría no coincidir con el criterio de veracidad, asunto que ha generado jurisprudencia encontrada y la crítica de algunos estudiosos del derecho.

En el caso del derecho al honor y los actos que puedan provocar un daño al mismo, la relación con los derechos a la libertad de expresión es mucho más directa como ya hemos visto, puesto que el propio ordenamiento constitucional es el que establece en el artículo 20.4 que los límites son precisamente el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Es decir, que los derechos a la libre expresión y a la libertad de información no son absolutos⁶². Sin embargo, existe de igual manera un criterio de

⁶¹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 226.

⁶² Así, encontramos que en la STC de 15 noviembre de 1993, (RTC 1993/336) se establece que “*ha de recordarse que cuando se ejercita la libertad de expresión reconocida por el art. 20.1 CE los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratara de particulares sin proyección pública... Sin embargo, aunque la libertad de expresión ampare ciertamente la*

veracidad que, basándose fundamentalmente en la exigencia de una determinada diligencia en quien obtiene y difunde la información, puede servir de excepción en el caso de los daños al derecho al honor. Sin embargo dicho criterio, más de diligencia que de veracidad como ya comentaremos, puede resultar contrario a la responsabilidad objetiva que marca el artículo 9 de la LO 1/1982.

Consideramos fundamental ir perfilando, a reserva de extendernos en capítulos posteriores y específicos, el tema del derecho al honor y su posible colisión con el derecho a la libertad de expresión, ambos protegidos constitucionalmente. En lo que se refiere a la controversia entre ambos derechos, la Constitución en su artículo 20.4 señala de manera expresa y como hemos visto, refiriéndose a las libertades de expresión y de información, que *“...estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”*. Hasta este punto queda claro que la libertad de expresión y la libertad de información están claramente acotadas por el derecho al honor que protege el artículo 18 CE. Sin embargo, las cosas cambian sustancialmente cuando revisamos la jurisprudencia. Conviene en este punto citar la posición que al respecto ha adoptado el Tribunal Constitucional a través de la STC de 13 de febrero de 1995 que señala de manera diáfana:

crítica respecto al comportamiento y las manifestaciones de quien ostenta un cargo público como el de Alcalde –e incluso la crítica molesta, acerba o hiriente- quien la ejerce no puede olvidar que dicha libertad, como los demás derechos y libertades fundamentales no es absoluta (SSTC 159/1986, 254/1988, 7 219/1992).” Señala también la STC de 20 diciembre de 1999, (RTC 1999/241): *“Para la precisión del ámbito propio de la libertad de expresión es innecesario recordar que el ejercicio de ésta no se concibe constitucionalmente como ilimitado, debiendo coordinarse con otros valores constitucionales cuando se producen entre ellos encuentros conflictivos. Junto a lo anterior, cuando nos situamos en una relación de prestación de servicios, cabe invocar (según cuál sea su naturaleza jurídica) la buena fe o la especial confianza intercurrente entre ambas partes como límite adicional al ejercicio del derecho de la libertad de expresión, por resultar inherente al vínculo jurídico que las une (SSTC 120/1983 (RTC 1983, 120), 88/1985 (RTC 1985, 88), 6/1988, 6/1995 (RTC 1995, 6) y 90/1999 (RTC 1999/90)”*.

“Según los criterios que se han ido perfilando en la jurisprudencia constitucional, la confrontación de los derechos entre la libre comunicación de información y la libertad de expresión, por una parte, y el derecho al honor, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica, que respecto de los derechos denominados de la personalidad del art. 18 CE ostentan los derechos a la libertad de expresión e información del art. 20.1 de la CE, en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública (SSTC 104/1986 (RTC 1986, 104), 171/1990 (RTC 1990, 171), 172/1990 (RTC 1990, 172), 40/1992 (RTC 1992, 40), 85/1992 (RTC 1992,85) y 170/1994 (RTC 1994, 170) “alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información” (SSTC 107/1988 (RTC 1988, 107) y 240/1992 (RTC 1992,240))”⁶³.

Como puede verse, lo que busca proteger el marco legal es la formación de una opinión pública libre en el marco de un Estado plural políticamente hablando. Sin embargo, y a pesar de que la propia sentencia antes citada habla de la posición prevalente de los derechos a la libertad de expresión y de información, la resolución matiza al señalar que *“... en el conflicto entre las libertades reconocidas en el art. 20 CE y otros bienes jurídicamente protegidos, como el honor y la dignidad de las personas, los órganos judiciales no deben estimar preponderante en todo caso uno de los derechos, sino que deben, habida cuenta de las circunstancias del caso, ponderar los derechos en juego a fin de determinar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o, por el contrario, si se ha transgredido ese ámbito...”* *“... Cuando del ejercicio de la libertad de expresión e información resulta afectado el derecho al honor, el órgano judicial está obligado a realizar un juicio*

⁶³ Cfr. STC de 13 febrero de 1995, (RTC 1995/42).

ponderativo de las circunstancias del caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente pudiera estar justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información, de suerte que si falta tal ponderación o resulta manifiestamente carente de fundamento, se han de entender lesionadas aquellas libertades (SSTC 104/1986, 107/1988, 51/1989, 201/1990 (RTC 1990, 201), 214/1991 y 123/1992 (RTC 1992, 123) y AATC 480/1986, 76/1987 y 350/1989)."

Lo vertido en el párrafo anterior nos parece más adecuado y acorde con lo que marca la Constitución, puesto que matiza que no se trata de hacer prevalecer siempre el derecho a la libertad de expresión o de información, sino que habla de un *"juicio ponderativo de las circunstancias del caso concreto"* para poder llegar a una determinación. Ello nos parece fundamental para el desarrollo de nuestra investigación, puesto que sostenemos que cada caso debe ser evaluado detenidamente por el juzgador, analizando todas sus aristas y posibilidades, y no ser resuelto en base a "fórmulas" preconcebidas que no permitan el razonamiento jurídico de cada situación⁶⁴, como desafortunadamente parece estar sucediendo y hemos podido comprobar a la luz del análisis de diversas resoluciones. La existencia o no de actos denigratorios debe proceder de un análisis razonado y minucioso en cada circunstancia, de una revisión casi milimétrica de sus elementos, y no como también sucede en ocasiones, cuando es la ideología o el sesgo particular del juzgador lo que determina su existencia o no. Sobre ello volveremos más adelante cuando desglosemos la LO 1/1982 al igual que la normativa en materia de competencia desleal para ver similitudes y diferencias en su tratamiento a los actos y manifestaciones denigratorias.

Es pues necesario analizar las concretas expresiones utilizadas, su conexión o no con la opinión que se pretendía transmitir y su carácter necesario o superfluo para poder hacer un análisis justo y claro. En este sentido el Tribunal Constitucional ha

⁶⁴ En el mismo sentido se manifiesta O'CALLAGHAN. Cfr. O'CALLAGHAN, Xavier, *ob. cit.*, p. 546.

considerado que *“aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto resulten innecesarias a la esencial del pensamiento, idea u opinión expresa”*⁶⁵, es decir, que no existe causa de justificación alguna cuando las manifestaciones sean formalmente injuriosas, o bien, cuando carezcan de interés público, y por lo tanto se consideren innecesarias.

Hasta este punto hemos analizado de forma somera las particularidades del derecho a la libre expresión y a la libertad de información de acuerdo con el artículo 20 CE y en el contexto de la tutela que brindan a dichos derechos, pero también hemos visto que existen límites, los cuales están específicamente establecidos en el propio texto constitucional, estando entre dichos límites la protección al honor, la intimidad y la propia imagen. Hemos también comentado que tanto a nivel estatal como a nivel europeo, a pesar del establecimiento de dichos límites, la autoridad jurisdiccional se ha encargado de dar prevalencia a la libertad de expresión sobre el derecho al honor, estableciendo el criterio de veracidad para poder determinar en qué casos sí se produce un menoscabo al honor de las personas.

En los capítulos segundo y tercero de la investigación abordaremos a detalle el conflicto que existe entre el derecho a la libre expresión e información y el derecho al honor, en un caso, y la protección a la reputación de un competidor dentro del mercado, así como la protección al correcto funcionamiento de éste último. Analizaremos tanto doctrina como jurisprudencia para ver en la realidad como se da esta presunta ponderación de derechos y conocer en qué sentido se han manifestado los Tribunales en los casos específicos.

⁶⁵ En el mismo sentido se manifiesta la STC de 30 de junio de 1998, (RTC 1998/144) sobre el Caso diplomático Sr. Jover c. *Interviú*.

VI. ARTÍCULO 38 CE, SOBRE EL PRINCIPIO DE LIBRE EMPRESA

El artículo 38 CE consagra el principio de libre empresa sobre el que se mueve el sistema económico español. Dicho artículo establece que:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”

Se entiende que el artículo 38 CE consagra uno de los derechos fundamentales, si bien es cierto que no goza de la protección del recurso de amparo, en virtud de que sobrepasa los límites a los que se refiere el artículo 53.2, que es el que fija su ámbito material⁶⁶. De cualquier forma este precepto constitucional representa una manifestación clara y directa de la voluntad que tiene el Estado de regular la economía. La idea fundamental del artículo es la regulación del derecho de iniciar y mantener en libertad dicha actividad empresarial⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. STC de 27 de mayo de 1983, (RTC 1983/46) y STC de 13 de diciembre de 1983, (RTC 1983/118).

⁶⁷ Así lo expresa la STC de 24 de julio de 1984, (RTC 1984/83), cuando establece que: *“Igualmente y con relación al derecho de libre empresa encontramos que la STC 96/2002, de 25 abril (RTC 2002, 96) establece que “... con relación a la libertad de empresa hay que recordar que el art. 38 del Texto Constitucional dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa de acuerdo con las exigencias de la economía general. Dicho mandato debe ser interpretado poniéndolo en relación, primero, con los artículos 128 y 131 CE (SSTC 37/1981, de 16 noviembre (RTC 1981, 37), F. 2; 111/1983, de 2 diciembre (RTC 1983, 111), F. 10; y 225/1993, de 8 julio (RTC 1993, 225), F. 3.B)), viniendo a implicar, fundamentalmente, el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial (STC 83/ 1984, de 24 julio (RTC 1984, 83), F. 3), y a hacerlo en libre competencia (SSTC 88/1986, de 1 julio (RTC 1986, 88), F. 4; y 135/1992, de 5 octubre, F. 8), lo que exige, entre otras cosas, la defensa de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de esa libertad (STC 71/1982, de 30 noviembre (RTC 1982, 71), F. 15). Ahora bien, también hay que ponerlo en relación con el art. 139.2 CE, pues toda medida que impida o fomente el traslado de empresas, incidirá lógicamente en la libertad de circulación y, por tanto, en la libertad de las empresas. Efectivamente, es nuestra doctrina que “el traslado de industrias guarda estrecha relación con los principios de la constitución económica a los que acaba de hacerse referencia, no sólo en la medida en que la actividad de traslado industrial de un lugar a otro dentro del Estado implica desplazamiento espacial de medios productivos y circulación, en consecuencia, de bienes y personas por el territorio nacional, sino también por cuanto constituye una relevante manifestación de la libertad de empresa que el art. 38 de la*

Resulta indispensable mencionar que la libertad de empresa de la que hablamos se encuentra enmarcada en una economía de mercado, estableciendo así mismo los límites dentro de los cuales deberán moverse los poderes constituidos cuando lleven a cabo medidas que incidan sobre el sistema económico dentro de la sociedad⁶⁸. La libertad de empresa que consagra la CE es una de las bases sobre las que se asienta la libre competencia. La regulación de los actos de competencia desleal tiene sentido porque nos encontramos en un mercado abierto en el cual los abusos por parte de algunos de quienes participan en él son posibles y el Estado debe vigilar dichas conductas ilícitas y proteger no sólo a los consumidores sino también el correcto funcionamiento del mercado. Dentro de dichas conductas ilícitas es que se encuentran contemplados los actos denigratorios, regulados específicamente dentro de la LCD por el artículo 9.

Profundizando un poco en lo que podría llamarse la “constitucionalización” de la libertad de empresa, encontramos que resulta un concepto particular sobre todo por situarse en relación con la llamada economía de mercado, que no es un derecho o libertad, sino más bien un sistema económico dentro del cual la libre empresa constituye un factor trascendente, si bien no el único. Para que la economía de mercado funcione requiere también de que exista una libertad de consumo, libertad de trabajo y un mercado sólido que regule tanto la oferta como la demanda⁶⁹, si bien es cierto que en la mayoría de los países en que existe la economía de mercado, ésta

Constitución reconoce (...), entendida aquí como libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado, cuyo ejercicio en condiciones básicas de igualdad queda constitucionalmente garantizado, y cuyo respeto marca los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad (SSTC 37/1981, de 16 noviembre, F. 2; y 4/1990, de 5 abril (RTC 1990, 4), F. 4)”.

⁶⁸ Cfr. JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, *ob. cit.*, pp. 505 y ss.

⁶⁹ Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 38.

no ha necesitado ser reconocida por la ley fundamental, sino más bien se ha impuesto la realidad de un sistema económico que hoy se extiende por todo el orbe.

En lo que toca a las fronteras o límites que pudiera llegar a tener la libertad de empresa dentro del mercado resulta que dicha libertad es un derecho que coexiste en la Constitución de 1978 con otros muchos derechos de diversa índole, razón por la cual se trata de un derecho que se encuentra matizado y limitado⁷⁰. Así ocurre que en el marco de una economía de mercado, el ejercicio del derecho a la libertad de empresa no es absoluto, sino que debe hacerse de acuerdo con las exigencias de la economía en general en la cual la defensa de la competencia es insoslayable, tal y como lo indica la STC de 11 de noviembre de 1999 que establece que *“...la defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el art. 38 CE. Como dijimos en la tan citada STC 88/1986 “el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta –art. 38, inciso segundo- por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de la tendencia naturales de éste”*⁷¹.

Queda claro entonces que la economía de mercado reclama para su correcto funcionamiento la existencia de la competencia, misma que entre otros factores pone

⁷⁰ La STS de 21 de enero de 1982 (RJ 1982/198), alude al principio de igualdad que consagra el artículo 14 CE como el cimiento de las limitaciones a la libre empresa.

⁷¹ Cfr. STC de 11 noviembre de 1999, (RTC 1999/208).

límite a la libertad de empresa, que como hemos dicho, no podría considerarse como un derecho absoluto, sino siempre en relación con otros derechos y con el funcionamiento de un sistema económico. Así mismo, la redacción constitucional incluyó el término de “planificación”, que si bien no es un concepto del todo preciso o determinable, sí proporciona la idea de que la libertad de empresa no es absoluta y que debe regirse por la exigencia de la economía general y cuando sea necesario de dicha planificación.

Habiendo dilucidado el tema del contenido esencial de la libertad de empresa de acuerdo con el texto constitucional, quedaría pendiente referirse al cauce normativo a través del cual podrían establecerse las limitaciones tanto generales como específicas a la libre empresa que protege el precepto legal. De entrada el propio artículo 38 no hace mención alguna a dicho cauce, pero como señala la STC de 16 de noviembre de 1981, la reserva de leyes establecida en el artículo 53.1 CE estatuye que *“los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vincular a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)”*⁷². Así pues, existe la exigencia de una ley en sentido formal y no simplemente de una norma de rango legal para que pudiera llevarse a cabo limitaciones al ejercicio de la libertad de empresa.

En lo que se refiere al contenido esencial de la libertad de empresa desde el punto de vista doctrinal encontramos que *“pese a las evidencias de la indefinición en que se mueve el Tribunal Constitucional respecto al contenido esencial de la libertad de empresa, tanto la doctrina administrativista como la jurisprudencia del Tribunal Supremo coinciden en afirmar que la libertad de empresa es un derecho subjetivo con exigencias jurídicas que pueden ser invocadas por el individuo en cada caso, exigencias que han sido reforzadas por la normativa comunitaria mediante la consagración de*

⁷² Cfr. STC de 16 de noviembre de 1981, (RTC 1981/37).

*derechos tales como la libertad de establecimiento y prestación de servicios..."*⁷³. Así mismo, una de las delimitaciones mejor logradas que puedan encontrarse en lo que respecta al contenido esencial de la libertad de empresa lo encontramos en RIVERO ORTEGA, que lo expresa de la siguiente:

"El contenido esencial de la libertad de empresa, proyectada sobre la libertad de comercio, consistiría en el respeto de la iniciativa del empresario, de manera que ésta no pueda quedar por completo al albur de la decisión administrativa. En esta tesis, el contenido esencial restringiría la capacidad del poder legislativo con el límite de no poder anular la previsibilidad para el ejercicio de la iniciativa empresarial y comercial, pues esta sería la principal necesidad y el presupuesto mismo de su ejercicio en libertad: El derecho a poder calcular (para acertar o equivocarse) los resultados de su iniciativa, sabiendo que en determinadas condiciones en todo caso podrá desarrollar su actividad. Toda Ley transgresora de esta calculabilidad, vulneraría a mi juicio el contenido esencial de la libertad de empresa.

*Esta tesis parece admitir la misma objeción que la formulada por Rubio Llorente al señalar la igualdad como clave explicativa del contenido esencial de la libertad de empresa: tendría un carácter más objetivo que subjetivo. Pero proyectada en concreto sobre la libertad de comercio deja un reducto en todo caso libre, pues ninguna prohibición podría ser absoluta, sino subordinada al cumplimiento de condiciones predeterminadas por las normas. Conociendo éstas, y estando protegido frente a la arbitrariedad, el empresario (comerciante) puede organizar y dirigir su empresa con autonomía para lograr el éxito (o fracasar) en su iniciativa. En el momento en que las normas no garantizaran esa capacidad de autonomía del empresario, que requiere calculabilidad, se derogaría el contenido esencial de la libertad de empresa"*⁷⁴.

⁷³ Cfr. VV.AA., *Apertura de grandes superficies comerciales y libertades comunitarias*, Reus, Madrid, 2011, p. 31.

⁷⁴ Cfr. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *La libertad de comercio*, Ponencia para la Asociación española de profesores de derecho administrativo, diciembre de 2009.

Resultaría complicado expresar con mayor claridad lo antes expuesto. Simplemente destacar dentro de la libertad de empresa la importancia de la libertad y autonomía que debe tener un empresario o comerciante para manejar su negocio dentro del mercado, y poder ser responsable de su éxito o fracaso.

Podemos concluir en lo referente a la libertad de empresa conceptuada en el artículo 38 CE, dentro del capítulo constitucional que consagra los deberes y derechos de los ciudadanos, que se trata de un derecho que posee todo ciudadano español, y que de acuerdo con el artículo 53 de la propia Constitución, puede ser tutelado por medio del recurso de inconstitucionalidad previsto en la propia ley fundamental.

VII. ARTÍCULO 51 CE, SOBRE LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES

El artículo 51 CE está destinado a garantizar la protección que deben tener los consumidores dentro de una economía de mercado. Dicho artículo establece lo siguiente:

- 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*
- 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán de éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la Ley establezca.*
- 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.*

El análisis del artículo 51 CE tiene sentido dentro de nuestra investigación en virtud de que consagra la protección y defensa de los consumidores y usuarios⁷⁵ dentro de una sociedad de libre consumo y libre mercado como es la sociedad española. Los actos denigratorios sancionados dentro de la normativa concurrencial perjudican no sólo a los competidores económicos dentro del mercado, sino que pueden llegar a distorsionar la percepción de ese mercado en detrimento de los usuarios y consumidores. La defensa de los consumidores es al día de hoy uno de los asuntos más importantes dentro de lo que ha dado a llamarse “sociedad de consumo”, dado que hasta hace poco tiempo a los consumidores se les tenía por ciudadanos simplemente y no se protegían sus intereses particulares⁷⁶. Así mismo, no estaríamos exagerando si dijésemos que la protección del consumidor es en el siglo XXI, además de un principio

⁷⁵ En referencia al concepto de defensa del consumidor, que es tan amplio y no está del todo delimitado, la STC de 30 de noviembre de 1982, (RTC 1982/71) ha señalado que *“la defensa del consumidor y, por pareja razón, el mercado interior es, sin embargo, un concepto de tal amplitud y de contornos imprecisos que, con ser dificultosa en ocasiones la operación calificadora de una norma cuyo designio pudiera entenderse que es la protección del consumidor, la operación no resolvería el problema, pues la norma pudiera estar comprendida en más de una de las reglas definidoras de competencias. Y esto podrá ocurrir –y como veremos, ocurre en el caso que enjuiciamos- cuando una regla que tiene por fin la protección del consumidor pertenece también a conjuntos normativos configurados según un criterio de clasificación de disciplinas jurídicas presente, de algún modo, en el art. 149.1, de la CE (nos referimos a la legislación civil, a la legislación procesal, etc.). Concurren así varias reglas competenciales, respecto de las cuales, en este recurso, deberá examinarse cuál de ellas es la prevalente y, por tanto, aplicable al caso. La concurrencia de reglas determinará, en ocasiones, la exclusión de una; mas en otras, la competencia, además de apoyarse en la definidora de competencia en el sector de la defensa del consumidor, podrá justificarse también por otra regla, lo que refuerza la solución. El carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la protección del consumidor, y también la plural inclusión de una regla en sectores distintos, como puede ser el del consumo y el de la sanidad, tendrá que llevarnos a criterios de elección de la regla aplicable. Por supuesto, las técnicas a utilizar para indagar cuál es la regla competencial que debe prevalecer –cuando no puedan aplicarse conjuntamente- tendrán que tener muy presente, junto con los ámbitos competenciales definidos, la razón o fin de la regla desde la perspectiva de distribución de competencias posibles según la Constitución”*.

⁷⁶ Cfr. PRADA ALONSO, Javier, *Protección de Consumidor y Responsabilidad Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 20.

rector de la política social y económica, un verdadero y auténtico principio general del Derecho⁷⁷.

Si hacemos una brevísima revisión histórica del asunto, encontramos que los Estados Unidos de América fueron el país pionero en positivizar la defensa de los consumidores, ello a partir de un famoso mensaje que el presidente John F. Kennedy pronunciara ante el Congreso en marzo de 1962, en el que resaltó que prácticamente todos los ciudadanos eran consumidores, y que por lo tanto la defensa de los mismos debía estar garantizada. En España encontramos que en la *Ley 110/1963, de 20 de junio, de represión de las prácticas restrictivas de la competencia*, ya se contenían algunas disposiciones que de manera colateral pretendían proteger los intereses de los consumidores. Sin embargo sería hasta la Constitución de 1978 cuando a través del artículo 51 se diera paso a una protección específica a los derechos de los consumidores, que desembocaría en la Ley 26/1984, de 19 de julio, llamada “Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, que nacería con la intención de articular la protección constitucional a los consumidores y de defender al consumidor o usuario en todos los ámbitos⁷⁸.

⁷⁷ Así lo considera YZQUIERDO TOLSADA. Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Derecho del Consumo*, Cálamo, Barcelona, 2005, p. 10.

⁷⁸ Sobre la naturaleza y los límites de defensa de los consumidores, la STC de 22 de marzo de 1991, (RTC 1991/62), señala que: “El art. 51 CE que, dentro de los principios rectores de la política social y económica, impone a los poderes públicos en general la obligación de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, la promoción de la información y educación de los mismos, el fomento de sus organizaciones, y la regulación por Ley dentro de este marco del comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales. No cabe duda que, como hemos afirmado en ocasiones anteriores (STC 88/1986 (F. 4º), y STC 15/1989 (F. 1º)), dicha norma no es conceptuable como distribuidora de competencias, si bien introduce un concepto de gran amplitud, no contemplado expresamente en el art. 149.1 CE entre las competencias reservadas al Estado frente a las Comunidades Autónomas que, como en el caso de la gallega, accedieron a la autonomía por la vía del art. 151.2 CE, permitiendo que aquéllas las asumieran en virtud de sus Estatutos (art. 149.3 CE). Así, Galicia asumió competencia exclusiva en defensa del consumidor y del usuario según lo dispuesto por el art. 30.1.4 EAG. Dicha competencia que queda acotada, conforme dispone la propia norma estatutaria, por el principio de libertad de Empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE; STC 88/1986 (F. 4º)), las competencias estatales en política monetaria (art. 149.1.11º CE) y las bases y

En conjunto con el ya referido artículo 38 CE, el artículo 51 constituye el fundamento de un sistema económico basado en la libertad de empresa y en la libre circulación de mercancías, y es necesario tener en cuenta que la propia ley que protege a los consumidores y usuarios nace en el marco de dicho sistema económico, considerando al consumidor como pieza fundamental de una economía de mercado cuyo funcionamiento debe ser también protegido.

Si realizamos un análisis del sentido del texto del artículo 51 CE, encontramos que en su primer párrafo se pretende la protección de los consumidores a través de los poderes públicos. Sin embargo, en dicho párrafo no se garantiza la libertad de consumo, sino que a partir de la misma se aborda la defensa de los consumidores y de los usuarios, ello en parte por razones económicas que proceden del desarrollo del tráfico mercantil y en parte también por criterios de carácter formal relativos al propio articulado. En una sociedad de consumo como en la que vivimos hoy, nos encontramos con que la oferta de bienes está en muchas ocasiones en manos de grandes empresas a nivel internacional, que hacen que el consumidor se vea empujado y sin posibilidad de negociar las condiciones en las que contrata, quedando prácticamente en la indefensión. Es por ello que los Estados modernos han

coordinación de la planificación general de la actividad económica (arts. 131 y 149.1.13º CE); y de acuerdo con la fórmula “sin perjuicio” que se utiliza en el propio punto 4 del art. 30.1, limitado también por la política general de precios y la legislación estatal sobre defensa de la competencia. Pero, asimismo, en razón del carácter pluridisciplinar del conjunto normativo que tiene por objeto la protección del consumidor (STC 71/1982 (F. 2º)), resultante de normas sectoriales reconducibles a otras materias sobre las que el Estado tiene atribuidas competencias, la competencia exclusiva de Galicia en la defensa del consumidor y usuario queda limitada por la competencia estatal en las regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes constitucionales (art. 149.1.1ª CE) y las competencias reservadas sobre distintas materias (legislación civil y mercantil, protección de la salud, etc.) en diferentes números del art. 149.1 CE, o por decirlo en los términos de la STC 15/1989, “ante materias que la Constitución toma como punto de referencia para fijar las competencias mínimas que, por corresponder al Estado, quedan al margen del ámbito de disponibilidad de los Estatutos de Autonomía”.

procurado buscar el equilibrio precisamente a través del reconocimiento jurídico de los derechos de los consumidores que pretender realizar la Constitución en su artículo 51 y en la ley que lo reglamenta⁷⁹.

En el segundo párrafo del artículo encontramos el sentido instrumental que se da a la protección de los consumidores. En dicho párrafo se busca la manera de que el contenido fundamental del primero pueda hacerse efectivo, y cuente con las herramientas necesarias para ponerlo en práctica. Encontramos de igual manera dos principios que pueden considerarse como rectores, el primero de ellos es el de la información y educación de los consumidores y usuarios, mientras que el segundo se refiere a la audiencia de las organizaciones de consumidores y usuarios en lo relativo a las cuestiones que puedan afectarles en los términos que la ley establezca.

Finalmente, dentro del párrafo tercero se encuentra la intención del legislador por regular el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales, respetando siempre la defensa de los consumidores que se contemplan en los párrafos previos. No se habla pues de una disposición jurídica, sino más de una disposición de carácter político que otorga un sustento constitucional para hacer que en el caso de que no se dé cabal cumplimiento a la norma pueda llegar a generar un recurso de inconstitucionalidad.

Como ya hemos comentado, el artículo 51 CE dio origen a que su contenido relativo a la protección de los consumidores se viese reglamentado a través de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que tenía entre sus objetivos el establecer procedimientos eficaces para la protección de los consumidores, y además extenderse en cuanto a los principios, criterios, derechos y obligaciones que operan en la defensa de usuarios y consumidores y que marcaran la actuación de los poderes públicos en ese sentido. Así mismo, es conveniente mencionar que finalmente de la redacción del

⁷⁹ Cfr. PRADA ALONSO, Javier, *ob. cit.*, pp. 38 y ss.

artículo 51 se pueden extraer, de acuerdo con PRADA ALONSO, las siguientes consecuencias:

“1. La proclamación de ciertos bienes e intereses como necesariamente defendibles, lo que permitirá precisar –en relación con el concepto del consumidor- los que pueden considerarse “derechos de los consumidores” y delimitar el ámbito y contenido de la tutela jurídica que debe prestárseles.

2. La previsión de una intervención escalonada y complementaria de los distintos medios útiles para lograr la defensa de los consumidores.

3. El reconocimiento a la protección de los consumidores y usuarios como uno de los principios constitucionales que han de ser observados por la legislación ordinaria, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

4.- La proclamación del principio pro consumatore de manera que las dudas interpretativas que puedan presentarse con ocasión de los negocios jurídicos en los que participen consumidores habrán de resolverse en sentido favorables a los mismos”⁸⁰.

Como hemos podido observar, tanto el artículo 38 como el artículo 51 de la Constitución se encargan de situar el marco jurídico dentro del cual se desarrolla el sistema económico que rige en España, basado en la libre empresa, en la libertad de consumo y de tráfico de mercancías, donde debe existir necesariamente la competencia⁸¹, y dentro del cual los derechos de los consumidores y usuarios son pilar fundamental, además de contar con la protección constitucional. Una parte importante de la protección que debe brindarse a los consumidores es respetar su

⁸⁰ Cfr. PRADA ALONSO, Javier, *ob. cit.*, pp. 40 y 41.

⁸¹ Como señala PÉREZ DE ANTÓN en relación con la competencia: *“La competencia nace de la escasez. Ninguna asociación humana puede escapar a este hecho ineludible. Lo único que diferencia a un sistema social de otro es el criterio seguido para hacerle frente”*. Cfr. PEREZ DE ANTÓN, Francisco, *La libre empresa*, Unión Editorial, Guatemala, 2004, p. 127.

derecho a tomar decisiones libres e informadas dentro del mercado, derecho que puede verse menoscabado en virtud del efecto que pudieran llegar a tener los actos o las manifestaciones denigratorias objeto de nuestro análisis. Es por ello que la libre empresa y la protección a los consumidores, consagrados ambos en la Constitución, son parte esencial del marco jurídico dentro del cual se trata la denigración, y constituyen un elemento no sólo jurídico, sino social y político que debe tomarse en consideración para llevar a cabo un análisis completo y pertinente de los actos ilegales que pudieran presentarse en el devenir de una economía de consumo abierta y con garantías.

A reserva del análisis que haremos sobre los actos denigratorios en el marco de la LCD conviene adelantar que la jurisprudencia nos permite ver de manera clara que los actos denigratorios por lo general menoscaban los derechos no sólo de los entes económicos participantes dentro del mercado, lo cual vulnera el derecho a la libertad de empresa, sino que inciden directamente en los derechos de los consumidores, puesto que por lo general y como veremos, distorsionan sensiblemente la información que poseen dichos consumidores para tomar decisiones dentro del mercado, generando que esas decisiones no se adopten de manera informada y racional, sino en muchas de las ocasiones basadas en prejuicios o informaciones que no se encuentran apegadas a la realidad. Sobre dichos artículos volveremos más adelante cuando revisemos a detalle la legislación en materia de actos denigratorios desde la perspectiva de la competencia desleal.

CAPÍTULO II

*ANÁLISIS DE LOS ACTOS DENIGRATORIOS EN EL CONTEXTO DEL
DERECHO AL HONOR*

Después de haber desarrollado un análisis de los preceptos constitucionales que están relacionados con la denigración, tanto en su vertiente de los daños que pudieran causarse al derecho al honor como en lo referente a la denigración en los actos de competencia desleal dentro de la normativa concurrencial, en este capítulo II la intención es llevar a cabo el estudio de la legislación que puede resultar aplicable en los casos de menoscabo al derecho al honor, comenzando con el Código Civil y su tratamiento en el caso de los daños morales, para continuar con la LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que regula de manera directa los temas de lesiones al honor, para finalmente tratar los delitos contra el honor que se encuentran contemplados dentro del Código Penal, como son concretamente los casos de injuria y de calumnia.

I. EL ARTÍCULO 1902 DEL CÓDIGO CIVIL COMO BASE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El artículo 1902 CC, que se erige como la base legal sobre la cual descansa la responsabilidad civil, es el que daría origen posteriormente al derecho de daños. Dicho artículo establece lo siguiente:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

La esencia del precepto radica en que establece un régimen de responsabilidad por hecho propio, que está basado en una conducta humana, consciente y además voluntaria, que no incluye hechos provenientes de la naturaleza. También puede considerarse que el daño puede ser causado por una omisión, y no solamente por una conducta activa. Es por esa razón que solamente se estima que son relevantes aquellas omisiones que son producidas en contra de un deber de actuar, siempre y cuando se considere que la conducta que ha sido omitida habría evitado el daño o cuando menos lo habría disminuido⁸².

En el caso que nos atañe, que es el relativo a los actos o manifestaciones que sean considerados denigratorios, encontramos a través del citado artículo y siguientes del Código Civil la base de la responsabilidad civil para poder exigir la indemnización por un daño, considerando que *“la noción de daño puede ser entendida desde una doble perspectiva de daño evento (danno evento, damage) o lesión de un interés jurídicamente protegido, y de daño consecuencia (danno conseguenza, damages) o daño indemnizable que deriva de dicha lesión, tanto si es directamente evaluable en dinero (daño patrimonial) como si no lo es (daño moral o no patrimonial)”*⁸³.

⁸² Cfr. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 288 y ss. Existen algunos autores que mencionan que dichas acciones u omisiones deben ser además antijurídicas, y también quienes señalan que la antijuridicidad tal vez ya no sea un elemento de la responsabilidad civil, y sirva en cambio, para ayudar a diferenciar entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, como es el caso de YZQUIERDO TOLSADA, si bien es cierto que hay autores como GARCÍA-RIPOLL que consideran que a pesar de que por un largo periodo la doctrina española ha aceptado sin demasiados problemas el requisito de antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil a pesar de no estar de acuerdo en lo que significa, al día de hoy consideran que mayoritariamente se rechaza como requisito. Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, REUS, Madrid, España, 2003, p. 130; y GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, “La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil”, en ADC, tomo LXVI, fasc. 4, 2013, pp. 1523-1529.

⁸³ Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, 2010, Valladolid, p. 2047. También conviene en este punto citar al respecto la STS 27 de julio de 2006 (RJ 2006/6548) en la cual se

En virtud de lo anterior es que se considera que la responsabilidad civil incluye también el daño moral, que se da cuando la lesión o el daño no recae sobre bienes materiales valorables económicamente, sino sobre aquellos que no lo son, tal y como lo ha establecido una variada jurisprudencia que ha reconocido como indemnizables tanto los daños patrimoniales como los no patrimoniales⁸⁴, dentro de los que se encuentran, por citar algunos ejemplos, las lesiones a los derechos que protege el artículo 18 CE relativos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, dado que las manifestaciones denigratorias pueden llegar a causar menoscabo en el honor y en la intimidad de las personas, mereciendo la tutela jurídica a través de la responsabilidad civil. Sin embargo, es menester mencionar en este punto que dichos daños morales han quedado relegados en el ya brevemente comentado baremo de indemnización de daños corporales, Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, sobre accidentes de tráfico que se aplica a todos los sectores por ampliación y que subsume los daños morales que produce el accidente dentro de la indemnización que se da por daños corporales, sobre el que volveremos más adelante.

En los párrafos siguientes haremos un breve esbozo de los orígenes y desarrollo de la responsabilidad civil, para de esa manera poder comprender cómo se ha llegado a su concepto actual y de qué forma es útil su participación en la protección en contra de las manifestaciones denigratorias.

A. Antecedentes y definición

encuentra contenida la distinción antes relatada sobre los diversos tipos de daños existentes y que son amparados a través del artículo 1902 CC, al establecer que *“atendido a su origen, el daño causado a los bienes o derechos de una persona puede ser calificado como daño patrimonial, si se refiere a su patrimonio pecuniario; daño biológico, si se refiere a su integridad física; o daño moral, si se refiere al conjunto de derechos y bienes de la personalidad.”*

⁸⁴ Revisar en este sentido la STS 27 de julio de 2006, (RJ 2006/6548) y la STS 12 de enero de 2009, (RJ 2009/544).

El origen de la responsabilidad civil en el derecho está basado en el principio esencial de no causar daño a otro. Desde el origen de las civilizaciones, se ha buscado a través de mecanismos de carácter jurídico sancionar a quienes han causado un daño a otras personas. Originalmente sólo contemplaba el sancionar al infractor, pero no el resarcimiento del daño causado a la víctima⁸⁵. En las comunidades primitivas en muchas ocasiones importaba más castigar al infractor que buscar la reparación del daño que se había sufrido. Ello se debía a que la venganza privada era el medio que se consideraba más adecuado para cobrarse el daño que se recibía.

Posteriormente vendrían las composiciones voluntarias, que se darían en un ámbito extralegal, por medio de las cuales las partes ya concebían la posibilidad de resarcir el daño en vez de solamente propinar un castigo⁸⁶. Sin embargo, es hasta la promulgación de la *Lex Aquilia*⁸⁷ que se establece la posibilidad de sustituir el castigo por los daños causados a cambio de su reparación, puesto que con anterioridad y como ya se ha mencionado, las normas buscaban el castigo del sujeto causante del daño más no la reparación del mismo⁸⁸.

⁸⁵ En referencia a ello, REGLERO CAMPOS abunda en el origen de la responsabilidad civil señalando que “en los albores del Derecho romano escrito la respuesta al daño era de naturaleza exclusivamente sancionatoria, y si bien en las XII Tablas se encuentran textos que aluden a su reparación, esto sólo se concebía a través de un pacto entre dañante y dañado, por el que la compensación pecuniaria sustituía a la pena corporal”. Cfr. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 46.

⁸⁶ En este sentido, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que “es verdad que la función punitiva estuvo en los orígenes de normas que hoy denominamos de responsabilidad civil extracontractual, pero hay que entender que la actualidad es por completo ajena a ellas”. Cfr. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Derecho de daños...” *ob. cit.*, pp. 44 y ss. *Vid.* También YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Responsabilidad Civil...”, *ob. cit.*, p. 30.

⁸⁷ Se trató de un plebiscito celebrado en Roma alrededor del siglo III a.c., y derogó a todas las leyes previas respecto sobre *damni iniuriae*. Dicha ley tenía la intención de sancionar a quien provocaba un daño ilícito y la reparación del daño en algunos casos. El titular se denominaba *Actio Legis Aquiliae*, y a partir de Justiniano la acción se consideraba procedente contra los herederos del autor del daño. Cfr. CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, José Luis, *Derecho de Daños*, BOSCH, Barcelona, España, 1999, p. 11.

⁸⁸ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Tratado de responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 46. En referencia con ello, DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala que “... toda la evolución del Derecho europeo continental consistió a

En la actualidad, y como analizaremos más adelante, los sistemas han evolucionado hasta llegar a resoluciones que contemplan diversos tipos de resarcimiento. Cabe mencionar que a través de la historia del derecho, los distintos tipos de responsabilidad no han estado siempre delimitados rigurosamente como parece suceder en la actualidad, sino que han convivido y se han mezclado en ocasiones tanto la responsabilidad civil como la de carácter penal. En lo que respecta a la responsabilidad civil, ésta se entiende como la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido⁸⁹, lo que supone que exista una persona o grupo de personas que tengan que responder por las consecuencias que provoca una determinada conducta u omisión, indemnizando a quien haya sufrido el daño.

Analizando diversas doctrinas, tomaremos por responsabilidad civil⁹⁰ para efectos de este trabajo, la responsabilidad considerada como extracontractual, es decir, *“los presupuestos, condiciones y circunstancias por las que una persona que ha sufrido un daño jurídicamente tutelable como consecuencia de la conducta o actividad de un tercero tiene derecho a exigir su reparación a ese tercero o a otra persona que se encuentre con él en una determinada relación”*⁹¹, dado que en dicha definición es que se encuadran las manifestaciones denigratorias objeto de la tesis. Ello excluye necesariamente los daños que se deriven del incumplimiento de un contrato, puesto

lo largo de los siglos, en separar las normas con función indemnizatoria de la primitiva función punitiva que pudieran haber tenido.” Cfr. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *“Derecho de daños...”*, ob. cit., p. 44.

⁸⁹ Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, 1989, p. 591. Vid. de igual manera MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, *La responsabilidad civil*, Colex, Madrid, España, 2004, p. 28.

⁹⁰ En este sentido, DE ANGEL YAGUEZ considera que lo que llamamos responsabilidad civil es precisamente la responsabilidad civil extracontractual, al señalar que la *“...responsabilidad extracontractual, también denominada, en expresión un tanto ambigua pero ya clásica, responsabilidad civil...”* Cfr. DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 14.

⁹¹ Cfr. REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Tratado de responsabilidad...*, ob. cit., p. 49.

que dicha responsabilidad es denominada contractual⁹². Más concretamente, el enfoque se realizará en los daños de carácter extrapatrimonial que puedan ser generados como consecuencia de determinadas manifestaciones o actos denigratorios, en el claro supuesto de que no exista una relación precedente entre quien genera el daño y quien resulta perjudicado.

B. Características y aplicación del daño moral

Como ya hemos mencionado, el daño moral debe considerarse esencialmente como un tipo de daño de carácter subjetivo, puesto que va en proporción directa con el lado afectivo de las personas, es decir, que el grado de reacción ante la misma situación puede llevar a diferentes estados psicológicos dependiendo de la persona. Así, es posible que un mismo hecho a una persona le ofenda algo que a otra no, siendo por ello que la apreciación económica del juzgador para fijar una indemnización por un daño de este tipo es siempre discrecional⁹³.

Los derechos que se consideran protegidos al implementarse la figura del daño moral son todos aquellos que guardan la integridad, la honorabilidad, la salud mental y espiritual, pudiendo recaer el daño sobre la persona que resiente directamente la ilegalidad, o bien en sus familiares o terceros que tengan derechos legítimos. En este apartado nos abocaremos a realizar un breve esbozo general de las características y antecedentes del daño moral en la legislación, así como de las dificultades que entraña su valoración y medios probatorios.

⁹² Aunque cabe mencionar que en España ambos tipos de responsabilidad no son necesariamente excluyentes, es decir, que para un mismo caso puedan existir las dos de manera alternativa, subsidiaria o inclusive de forma cumulativa, si bien sólo es posible reparar una vez el mismo daño. Cfr. FERRANTE, Alfredo, "Una primera aproximación al *Avant Projet CATALÁ* y a la nueva responsabilidad civil en el Derecho Francés", en *InDret*, No.1, 2008, pp. 8 y ss.

⁹³ Cfr. MENDEZ ROZO, Diana Cecilia, *El daño moral como límite a la libertad de prensa* en *Rev. REDUR* 7, diciembre de 2009, p. 88. De igual manera se sugiere ver lo relativo a la posición del legislador en cuanto al daño moral en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Tratado de responsabilidad...*, *ob. cit.*, p. 227.

1. Concepto y antecedentes del daño moral

En el caso que nos ocupa, el alcance del daño moral o extrapatrimonial se encuentra delimitado por los daños al honor o a la dignidad de una persona causados por actos o manifestaciones de terceros que resulten denigratorias. Es necesario reconocer que el daño moral es ante todo una creación de la jurisprudencia, que ha nacido de la actividad de los tribunales más que de los textos legales. Su existencia está más que aceptada en la actualidad, aunque existen estudiosos del derecho que ponen en duda su conveniencia y consideran que su estructura es endeble. Tal es el caso de DIEZ-PICAZO, quien ha calificado al daño moral como un “escándalo”, ello en virtud de que considera que se trata de un concepto jurídico poco claro y con poca consistencia, cuya vaguedad resulta peligrosa⁹⁴.

A lo largo de este apartado procuraremos aportar argumentos en favor de su existencia y su importancia, que como ya se ha citado, está reconocida de manera generalizada, generando que la principal polémica en torno a esta figura jurídica se centre sobre todo en el aspecto indemnizatorio, debido a que no es tarea sencilla evaluar la molestia, maltrato, ofensa, menoscabo, detrimento o perjuicio de carácter extrapatrimonial en los que puede estar basado el daño moral. En este sentido es que el daño moral sólo puede ser definido en términos negativos, como todo daño que no es patrimonial⁹⁵. Sin embargo, y atendiendo a lo que ya se ha citado en párrafos anteriores sobre los tipos de daño existentes, cabe recalcar que nos enfocaremos en los daños no patrimoniales que no son corporales, sino que dañan precisamente, como

⁹⁴ Así lo ha manifestado señalando que “estoy dispuesto a admitir que los conceptos jurídicos tienen, como decía Engisch, un núcleo duro y un halo que ya no es tan duro, pero no estoy dispuesto a aceptar que sean proteicos, tal moldeables como lo que los niños llaman “plastilina” y que en sus manos se pueda hacer con ellos lo que se quiera. Sin embargo, esto es, cabalmente, lo que está ocurriendo con la figura del daño moral ante nuestros escandalizados ojos”. DIEZ-PICAZO, Luis, *El escándalo del daño moral*, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 15.

⁹⁵ Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 31.

señala ESPINOSA DE RUEDA “*al espíritu*”⁹⁶, es decir, el honor, la intimidad o la imagen de una persona, como es el caso de los actos o manifestaciones denigratorias que socavan la dignidad y la reputación del individuo.

Nos gusta particularmente el concepto en sentido amplio que del daño moral hace FERRER VICENTE, quien señala sobre el mismo que “*en un sentido amplio se entiende el concepto de daño moral, como todo sufrimiento psíquico que padece una persona como consecuencia de una multitud de hechos muy difíciles de enumerar; de variada magnitud y que no son objeto de valoración económica, puesto que su valoración es incalculable, ya que su resarcimiento económico no es suficiente para reparar dicho sufrimiento psíquico del correspondiente daño*”⁹⁷. Y más que gustarnos, nos parece el más apegado a la realidad de lo que abarca el daño moral, como iremos revisando a lo largo del presente estudio, puesto que involucra una serie de situaciones y factores de complicada determinación, y más cuando se habla de su resarcimiento.

Si ahondamos un poco en materia de los daños extrapatrimoniales, encontraremos que dentro del Derecho Romano prácticamente no eran reconocidos. Los intereses que no eran de carácter patrimonial podían llegar a resarcirse de manera pecuniaria. Existía la llamada *actio iniuriarum*, que proporcionaba a la víctima de los delitos contra la integridad física o moral una protección considerable a los bienes jurídicos no patrimoniales⁹⁸. En virtud de la gran dificultad de estimar el valor en dinero los bienes no patrimoniales de las personas, se consideraba que en la mayoría de los casos era la víctima la que debía fijar un monto para resarcir la lesión sufrida por esos bienes. Había también algunos casos dentro del Derecho Romano en que la cuantía para el resarcimiento era fijada por el Edicto de los Ediles. Posteriormente y durante

⁹⁶ Cfr. ESPINOZA DE RUEDA JOVER, Mariano, Aspectos de la responsabilidad civil con especial referencia al daño moral en Anales de Derecho, 1986, p. 51.

⁹⁷ Cfr. FERRER VICENTE, José María, *La cuestión de los daños morales*, Grupo Difusión, Madrid, 2007, p. 15.

⁹⁸ Cfr. MENDEZ ROZO, Diana Cecilia, *ob. cit.*, p. 86.

la Edad Media, la legislación de Partidas contemplaba que a través de indemnizaciones se pudiera resarcir el daño moral. El tema era tratado de manera casuística, tomando en cuenta que en la Partida VII, título XVI se leía que el daño, ya fuera patrimonial o moral, era el menoscabo o destrucción que el hombre recibía en sí mismo o en sus cosas por culpa de otro. Cuando hablaba de “sí mismo” se refería precisamente al daño moral⁹⁹. De igual manera, los Fueros Municipales llegaron a medir el honor, creando para tal efecto una escala de ofensas con sus respectivas tasas, sin olvidarse de regular estrictamente el procedimiento¹⁰⁰. Podría decirse que históricamente se han considerado un número limitado de bienes jurídicos de carácter extrapatrimonial que son susceptibles de ser protegidos: el honor, la integridad física, la vida. Fue hasta el siglo XIX cuando gracias al ordenamiento francés comenzó a indemnizarse el daño moral de manera regular, y posteriormente en los demás ordenamientos que estaban basados en el Código Napoleónico¹⁰¹.

No queremos cerrar el apartado sin mencionar la importante consideración que sobre el daño moral hace MÉNDEZ ROZO cuando señala que *“el daño moral, indiferentemente de su concepto, debe ser un instrumento que puede llegar a sopesar los derechos constitucionales en conflicto, como son el derecho a la libertad de prensa, la honra y el buen nombre. Ese daño moral debe ser cuantificado para reparar de forma total y eficiente al individuo vulnerado y así, permitir que el camino jurídico de las normas, se desenvuelva de forma natural y evolutiva”*¹⁰². Coincidimos por completo con su punto de vista en el sentido de que el daño moral, indistintamente de los matices en su definición, debe ser reconocido y resarcido de manera justa, aunque ello implique tener que hacer un “balance” entre los derechos constitucionales que estén en

⁹⁹ Cfr. MENDEZ ROZO, Diana Cecilia, *ob. cit.*, p. 87.

¹⁰⁰ Cfr. ESPINOZA DE RUEDA JOVER, Mariano, *ob. cit.*, p. 55

¹⁰¹ Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *ob. cit.*, p. 32.

¹⁰² Cfr. MENDEZ ROZO, Diana Cecilia, *ob. cit.*, p. 86.

conflicto, como muchas veces sucede en los casos en que manifestaciones amparadas en la libertad de expresión son denigratorias y generan un menoscabo en el honor o en la reputación del individuo. Ello es un daño moral y debe ser correctamente reparado.

2. Cuantificación del daño moral

En materia de cuantificación del daño moral, es decir, del famoso *quantum*, de lo que ya hemos adelantado algo, nos encontramos ante el problema más grande de todos aquellos que dan origen a lo que es el daño moral o extrapatrimonial¹⁰³. El daño moral ha sido, como hemos mencionado, difícil de cuantificar en todo momento histórico. Algunos de los obstáculos fundamentales para su resarcimiento han sido su inestimabilidad en dinero, aunado a la dificultad y el rechazo que puede producir valorar el honor o la intimidad en moneda, así como el hecho de que el daño causado consiente formas de reparación que no son pecuniarias. En lo que se refiere a la dificultad de estimar el daño de forma pecuniaria, se ha partido de que si no resulta estimable de manera pecuniaria el interés, no podría hablarse de un resarcimiento, sino de una pena¹⁰⁴. Siendo así, en el daño moral, a diferencia del daño patrimonial, en que el perjuicio es siempre estimable en dinero, encontramos que la valoración del daño debe procurar ser equitativa, dejando en manos del juez que haga dicha valoración para que tenga sentido hablar de indemnizar un daño moral.

Respecto a la naturaleza jurídica de la reparación del daño moral han existido innumerables teorías a lo largo de su evolución, teniendo que en la actualidad parece haberse aceptado de manera definitiva el principio de la reparación del perjuicio

¹⁰³ Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *ob. cit.*, p. 419. Al respecto señala LLAMAS POMBO que “*la cuantificación económica del daño moral sigue constituyendo uno de los misterios del Derecho de daños*”. Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, LA LEY, Madrid, 2010, p. 89.

¹⁰⁴ Cfr. ESPINOZA DE RUEDA JOVER, Mariano, *ob.cit.*, p. 57.

moral, siendo que una vez que los Tribunales decretan su existencia, debe existir una condena de carácter pecuniario, que debe ser tanto punitiva como compensatoria, considerando en la indemnización los perjuicios tanto materiales como morales de manera independiente, pero en una sola indemnización. Lo anterior deberá llevar a que a un hecho único corresponde una única indemnización, que aumentará si los daños o perjuicios producidos son mayores en el ámbito material o en el moral, y en ambos de manera conjunta si a los dos les afecta la perturbación que ha de ser indemnizada¹⁰⁵.

La tendencia que existe hoy en día en la mayoría de las legislaciones europeas es a admitir prácticamente la reparación de cualquier tipo de daño moral, como pueden ser cualquier molestia, maltrato, zozobra, perjurio o menoscabo, teniendo entre las legislaciones más importantes la alemana, la italiana y la austriaca¹⁰⁶. Dichos sistemas jurídicos han hecho reformas legales para expandir el resarcimiento de los daños morales a través de excepciones. Además, han puesto especial énfasis en el reconocimiento de los Derechos de la Personalidad o de aquellos que se consideran derechos fundamentales, todo ello a través de interpretaciones constitucionales que se han originado a partir de razonamientos doctrinales.

Por otro lado, existen legislaciones que regulan el daño moral de manera más abierta y menos limitada. En dichas legislaciones el único control proviene de los elementos que caracterizan a la responsabilidad civil, y únicamente se han preocupado en poner límites a las indemnizaciones por daños extrapatrimoniales para que no sean excesivas. Francia y España se encuentran entre dichas naciones¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. ESPINOZA DE RUEDA JOVER, Mariano, *ob.cit.*, p. 59.

¹⁰⁶ Para ver con más detalle las características de dichas legislaciones en materia de daño moral, *vid.* BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *ob. cit.*, p. 67.

¹⁰⁷ Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *ob. cit.*, p. 32.

Tomando en cuenta la dificultad que supone medir el daño que se hace a un derecho que no es patrimonial, que no puede tener una medida pecuniaria exacta, es pertinente mencionar que ante dicho conflicto el legislador ha facultado expresamente en el caso español a los Tribunales para que determinen la cuantía indemnizatoria, como puede verse claramente en la LO 1/1982. El problema de que la resolución del *quantum* esté al arbitrio de los jueces es que queda un amplio margen que puede dar lugar a la inseguridad jurídica, y probablemente a que se cometan injusticias. Ello puede generar que el sistema jurídico que regula el derecho de daños sea visto por los ciudadanos como poco creíble, y más que nada como ineficiente cuando se recurre a él para buscar el resarcimiento de un agravio¹⁰⁸.

De acuerdo con PINTOS AGER, esta variabilidad en las indemnizaciones de los daños morales puede tener varios efectos indeseados, como son: *1. Compensación inadecuada: subestimación o sobreestimación de los daños. 2. Distorsión del efecto preventivo de las condenas y por consiguiente, de las señales del sistema judicial envía a los causantes potenciales de daños. 3. Incremento de los costes de gestión del sistema de responsabilidad civil, en particular, de los derivados de la litigiosidad destinada a buscar un responsable. 4. Aumento de la lentitud en el proceso de liquidación de las indemnizaciones e, incluso, disminución del número de víctimas que finalmente obtienen algún tipo de reparación. 5. Incremento de las disfunciones del mercado de seguros, que se encarece o incluso reduce su oferta de cobertura.*"¹⁰⁹

Como hemos mencionado en párrafos precedentes, existen sistemas jurídicos en los cuales el método evaluatorio del daño no es abierto, sino que el juez que conoce de la causa está sujeto a una reglamentación específica en la materia y solamente debe determinar el tipo de lesión del que se trata. Por ello es importante comentar que

¹⁰⁸ Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *ob. cit.*, p. 419.

¹⁰⁹ Cfr. PINTOS AGER, Jesús, "Baremos", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, UNIRIOJA, 2000, pp. 3-4.

España es el único país de Europa en el cual existe un baremo vinculante en materia de responsabilidad civil para los daños a las personas o daños corporales que tienen su causa en accidentes producidos por la circulación de vehículos de motor. Se establecen a través del sistema de baremación límites cuantitativos que se fijan anualmente y que operan predeterminando los razonamientos y cuantías para fijar las correspondientes indemnizaciones por dichos daños, en función de la aplicación generalizada de los criterios que propone y las tablas¹¹⁰.

En lo que se refiere a los daños morales, que son los que nos interesan, dichos baremos tienen un alcance limitado a situaciones de variabilidad excesiva, y por ello no eliminan los errores que pudieran darse en la valoración judicial, siendo esta una de las críticas que se hacen a dicho sistema. El alcance que puedan llegar a tener dichos baremos, así como su contenido y extensión, no se considera que resuelvan de manera integral el asunto de la indemnización, y es ahí donde queremos centrar nuestra reflexión. El actual sistema, basado en el Real Decreto Legislativo 8/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, contiene un baremo que, como hemos dicho, incluye los daños morales dentro de los corporales, y que resulta desde nuestro punto de vista anacrónico e insuficiente, puesto que fuera del terreno que se refiere a los accidentes de circulación, no existen reglas específicas y objetivas que para determinar la indemnización y que protejan a quien sufre el daño. Ello podría ser visto desde dos ópticas: la positiva, al considerar que al no existir un rango predeterminado

¹¹⁰ Dichos baremos se encuentran contenidos en el Texto Refundido de la Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Dentro de dicho Texto se puede encontrar el denominado *“Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación”*, que es mejor conocido como *“baremo”*, y que consiste en once criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización, que se encuentran en el apartado primero. Posteriormente se encuentra en el apartado segundo una explicación detallada para la aplicación del sistema, y al final se encuentran una serie de tablas de valoración entre las que se encuentran las que fijan la indemnización básica, que incluyen los daños morales, y las que cuantifican los perjuicios de carácter patrimonial.

el juzgador puede realizar un análisis detallado de cada caso para establecer una indemnización, y la negativa, si consideramos que existe una inseguridad jurídica que hace depender del libre arbitrio de los Tribunales la determinación de la indemnización. Desde nuestro punto de vista, tal y como está concebido el baremo, resulta perjudicial, puesto que las cantidades que maneja son arbitrarias y no tienen prácticamente ninguna relación con la magnitud y el alcance que puede tener el daño moral, que en ocasiones puede llegar a devastar o a dañar severamente la vida y el bienestar de las personas.

Resulta indispensable citar en este punto la STC de 29 de junio de 2000, que resolvió sobre algunas cuestiones de inconstitucionalidad en el sistema legal de valoración, el ya conocido baremo. En dicha sentencia se expresa, sobre el citado sistema de valoración, introducido por la Ley 30/1995 (RCL 1995/3046), que *“... (ha) de concluirse que el sistema de tasado o baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995, vincula, como es lo propio de una disposición con ese rango normativo, a los Jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deben satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor. Tal vinculación se produce en los casos de responsabilidad civil por simple riesgo (responsabilidad cuasi objetiva) sino también cuando los daños sean ocasionados por actuación culposa o negligente del conductor del vehículo...”*¹¹¹

Como podemos observar, la sentencia considera de manera tajante que el baremo se considera vinculante en lo que se refiere a la determinación de indemnizaciones que por responsabilidad civil deban satisfacerse en los casos de daños por accidentes con vehículos de motor, y que debe ser aplicado por el juzgador. Sin embargo, en el propio fallo de la sentencia puede leerse que *“...son inconstitucionales y nulos, en los términos*

¹¹¹ Cfr. STC de 29 de junio de 2000, (RTC 2000/181).

expresados en el último fundamento jurídico de esta Sentencia, el inciso final “y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla” del apartado c) del criterio segundo (explicación del sistema), así como el total contenido del apartado B) “factores de corrección” de la tabla 5, ambos del Anexo que contiene el “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos de Motor, en la redacción dada a la misma por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados...”.

Ello nos lleva a que la declaración de nulidad por inconstitucionalidad de las normas señaladas no se lleva a cabo “... de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas, determinante de “incapacidad temporal”, tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente del hecho lesivo...”. Por ello “cuando se trate de resarcir daños sin culpa, es decir, con base en responsabilidad civil objetiva o por riesgo, la indemnización por “perjuicios económicos”, a que se refiere el apartado letra B) de la tabla V del anexo, operará como un auténtico y propio factor de corrección de la denominada “indemnización básica (incluidos daños morales)” del apartado A), conforme a los expresos términos dispuestos en la Ley, puesto que, como ya hemos razonado, en tales supuestos dicha regulación no incurre en arbitrariedad ni ocasiona indefensión.”, “Por el contrario, cuando la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar, los “perjuicios económicos” a que se refiere el apartado letra B) de la tabla V del anexo, se hallan afectados por la inconstitucionalidad apreciada y, por lo tanto, la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener (art. 1.2 de la Ley 30/1995) podrá ser establecido de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso...”.

Todo ello abre la puerta a que los daños a las personas ya no serán valorados en todo caso de acuerdo con las tablas, demostrando con ello las limitaciones e ineficacia del

baremo. En ciertos casos los perjuicios económicos podrán ser tasados de acuerdo con lo demostrado por el demandante, sin tener que sujetarse al baremo. Puede llegar a resultar discutible así mismo que la sentencia solamente declara inconstitucional una concreta interpretación de la norma que se ha cuestionado, sin considerar que puede haber interpretaciones distintas aun respetando el carácter vinculante del sistema legal.

Aunado a la ineficacia del baremo, es menester señalar que no todos los daños morales son iguales ni son resentidos de la misma forma por quienes los padecen, de ahí que una indemnización estandarizada puede no ser justa en todos los casos ni resuelva de fondo el problema. Como bien señala GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ sobre el baremo y el daño moral, *“hace una interpretación a nuestro juicio errónea y unilateral del concepto, fuera de toda realidad científica y práctica”*¹¹².

Sin embargo, consideramos que los daños que afectan directamente a la dignidad o al honor del individuo deben ser tratados por la autoridad judicial con la mayor severidad, llevando a cabo en todos los casos un análisis detallado de los mismos, ponderando los derechos en juego y las circunstancias como ya hemos señalado, y no aplicando fórmulas preconcebidas, dado que lo que se pone en juego son precisamente los derechos fundamentales de la persona, de muy difícil valoración efectivamente, pero que no pueden quedar por ningún motivo desprotegidos, dado que como hemos visto, en ellos se fundamenta la paz social y la sana convivencia social y política.

3. Reparación del daño moral

¹¹² Y remata: *“A efectos prácticos sólo establece dos supuestos para la admisión de un daño moral complementario: “lesionados que queden con una secuela valorada en más de 75 puntos o en más de 90 si concurren varias y el de los familiares de grandes inválidos”.* Cfr. GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, Manuel y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, Cristina Mara, Nuevo Manual de Valoración y Baremación del Daño Corporal, Comares, Granada, 2011, p. 248.

En lo que respecta a la reparación de los daños se contemplan dos formas de resarcimiento: la reparación del bien dañado, y si ello no es posible, el resarcimiento de carácter pecuniario¹¹³. Referente a la reparación del bien dañado encontramos la reparación *in natura*, que posee un carácter restitutorio y lo que pretende es conseguir que se vuelva a la situación anterior al daño. Para efectos de nuestro tema, la reparación *in natura* podría considerarse en el caso de la difusión de noticias o informaciones falsas o erróneas que causen un daño en el honor del individuo, puesto que existiría la posibilidad de rectificación de las mismas, consagrada a través del derecho de rectificación que ya contempla el marco jurídico en España¹¹⁴, aunque de cualquier modo tendría que valorarse el daño que ha causado su sola difusión, que en muchas ocasiones es insalvable.

Desde nuestro punto de vista, en el caso de los daños morales se hace prácticamente imposible la reparación *in natura* a pesar de lo antes señalado, puesto que una vez que se ha generado el daño en los Derechos de la Personalidad, es decir, en la persona misma, no hay manera en que la situación vuelva a ser la que era con anterioridad a la conducta dañina. Una vez que las manifestaciones denigratorias o vejatorias han tenido lugar, resulta complicado a pesar de la rectificación, que pueda decirse que las cosas estaban como antes de las mismas. Una vez que se ha sembrado la semilla de la duda con referencia a la reputación de una persona a través de un acto o manifestación que menoscabe su prestigio, es difícil aceptar que pueden repararse los

¹¹³ Cfr. MENDEZ ROZO, Diana Cecilia, *ob. cit.*, p. 101.

¹¹⁴ El derecho de rectificación en nuestro país se encuentra contemplado actualmente en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, que se encarga de establecer un régimen unificado que incluye a todos los medios de comunicación, ya sean públicos o privados, sin distinción del soporte que utilicen para difundir su información. Para analizar a detalle el derecho de rectificación *vid.* FARRÉ LÓPEZ, Pedro, *El Derecho de Rectificación*, LA LEY, Madrid, 2008. En el caso de la competencia desleal, el artículo 32.4 contempla la acción de rectificación en el caso de comportamientos engañosos o denigratorios que por sí solos sean infracciones del orden concurrencial. Cfr. ZURILLA CARIÑANA, Ma. Ángeles, *Acciones civiles en materia de competencia desleal*, No. 1, 2009, Seminario Permanente de Ciencias Sociales, Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 11 y ss.

daños en su totalidad, devolviendo el *status anterior*. Es por ello que consideramos que los casos de actos denigratorios deben ser tratados con la mayor severidad y justicia por parte de los Tribunales, puesto que el daño que causan es prácticamente irreversible.

En el caso del resarcimiento de carácter pecuniario lo que se intenta es que se sustituya el bien dañado por dinero, cuando no puede volverse al estado anterior al daño. En este supuesto, el daño moral debe ser valorado en capital para que pueda darse el resarcimiento. Sin embargo, y como bien señala BARRIENTOS ZAMORANO, el dinero que puede llegar a pagarse por una indemnización de daño moral no consigue que el agraviado sienta que la pérdida ha desaparecido¹¹⁵. Coincidimos totalmente en ello. El dinero no recupera el prestigio ni la dignidad perdida, de ahí nuestra preocupación de la poca estima que se tiene por el honor y la dignidad en la actual sociedad española, y la necesidad de un marco legal que proporcione herramientas eficaces a las víctimas de ataques ilícitos a su honor y a su imagen.

Tanto en la reparación del bien dañado como en el resarcimiento de carácter pecuniario, la determinación del juez al respecto se considera decisiva para determinar el tratamiento que se le da a cada caso de daño moral, recordando siempre que no es posible ni legítimo obligar a nadie a que acepte el dolor o el menoscabo de manera pasiva, siendo por esa razón que puede considerarse que una indemnización resulta siempre justa en el caso de los daños a los derechos personales como el honor o la intimidad.

En el caso del resarcimiento, las reparaciones pecuniarias tienen dos funciones principales: la función de cambio, puesto que el dinero sirve para adquirir otros bienes; y la función valorativa, que sirve para medir el valor de los bienes de las

¹¹⁵ Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *ob. cit.*, p. 421.

demás personas¹¹⁶. Cabe mencionar que el dinero parece ser uno de los medios más socorridos entre los jueces en virtud de que el perjudicado puede decidir directamente sobre su uso, considerando que la reparación monetaria en el caso del daño moral se considera patrimonial en el medio, pero no así en el fin. Desde la perspectiva del sujeto que sufre el daño debe considerarse que la indemnización debe ser suficiente, similar a la que reciben otras personas con daños similares, y procurar que su cobro lo más rápido posible, asunto éste que se da con dificultad.

En lo que se refiere concretamente a las acciones periodísticas o de difusión de noticias que pudieran resultar denigratorias, es pertinente citar de manera íntegra a MENDEZ ROZO cuando señala que: *“...no sólo se debe recurrir a la figura de la rectificación en materia de reparación del daño moral de las acciones periodísticas, también es necesario y justo para la figura que ha sido parte de una mala información, una indemnización pecuniaria, porque lamentablemente, es una forma coactiva, si podemos decirlo así, de poner en conocimiento del conglomerado social, que aunque respetamos el derecho a la libertad de prensa, también este tiene serias responsabilidades, y una mala acción suya conlleva una sanción”*¹¹⁷.

En España existe un antecedente histórico de fundamental importancia sobre resarcimiento que se refiere a la publicación de una noticia a través de un diario que generó la primera sentencia indemnizatoria por daño moral. Dicho caso, del que ya hemos hecho referencia brevemente, se remonta al año de 1910, cuando uno de los periódicos de mayor tirada de la época, *EL LIBERAL* de Murcia, publicó en su primera plana en la edición del 21 de septiembre el titular *“Fraile, raptor y suicida”*, que hacía referencia a la fuga de un fraile capuchino con la posterior demandante, y con quien según el periódico habría tenido *“escandalosa sucesión”*. Aconteció que tres días después, el 24 del mismo mes, el periódico en cuestión reconoció que lo publicado no

¹¹⁶ Cfr. MENDEZ ROZO, Diana Cecilia, *ob. cit.*, p. 101.

¹¹⁷ Cfr. MENDEZ ROZO, Diana Cecilia, *ob. cit.*, p. 102.

era cierto. Para entonces ya se había producido una demanda por daño moral que había acogido el Tribunal Supremo Español, por considerar que *“...la honra, honor y fama, constituyen bienes sociales, cuyo daño, en especial respecto de la mujer, es uno de los más graves, en cuando significa total expoliación de la dignidad personal, familiar y social, de quien es acreedora a la estimación pública”*¹¹⁸.

Se decretó entonces una indemnización por un daño de orden no patrimonial, en lo referente a daños al honor, concretamente una indemnización por daño moral. La sentencia dictada el 6 de diciembre de 1912, en términos de BARRIENTOS ZAMORANO podía resumirse de la siguiente forma: *“Si alguien de modo ilícito e injusto atenta contra otro de palabra, por escrito, por la prensa u otro medio de publicación, al crédito o al honor, sin perjuicio del delito que se pueda derivar de tales imputaciones, la justicia debe intervenir, reconocer y declarar el derecho de los perjudicados, de los injuriados. Todo ello a través del ejercicio de la acción civil para pedir y exigir la obligada reparación y lograr la indemnización por los daños, no siendo impedimento para ello que no se pueda determinar con precisión y rigor la cantidad en que hubiesen de estimarse los daños ocasionados”*¹¹⁹.

Esta sentencia es considerada como un parteaguas jurisprudencial en la cual se basaría la posterior regulación del daño moral en las leyes españolas. Para nosotros, dicha sentencia resulta fundamental, porque reconoce sin ambages que el honor y la fama son bienes sociales, tal y como lo hemos sostenido, que requieren de la mayor protección por parte del marco jurídico y de los órganos judiciales. La sentencia en el caso de *EL LIBERAL* marcaba además la pauta para tomar en serio la protección de las personas que en ocasiones son víctimas de abusos por parte de la prensa aún en nuestros días, o debiéramos decir más en nuestros días, que en el afán de dar la noticia no cumplen con la diligencia requerida y publican afirmaciones que no

¹¹⁸ Cfr. STS de 6 de diciembre de 1912.

¹¹⁹ Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *ob. cit.*, p. 121.

concuerdan con la realidad. Ello resulta muy cuestionable sobre todo viniendo de profesionales de la información. Es por ello que consideramos que el criterio de veracidad que exige la libertad de expresión debe ser revisado, para evitar este tipo de abusos. Sobre ello volveremos cuando profundicemos en la colisión que existe entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión.

4. Comprobación del daño moral

Otro de los aspectos que mayor importancia y complejidad revisten en materia de daños morales es su comprobación. Se han citado ya algunos autores que señalan que ante la dificultad de la misma, es el juez quien debe utilizar todas sus facultades y analizar las particularidades de cada caso para determinar si existe o no un daño moral. Sin embargo, resulta conveniente mencionar algunos de los modos probatorios que son utilizados y sus características. En primer término citaremos la prueba indirecta que encuentra en las presunciones *hominis*, y en los indicios, su modo de realización, es decir, se refiere a las presunciones como modos de prueba. Cuando se acude a ellas se está realizando una actividad típicamente probatoria, que no se basa en pruebas directas, pero que sin embargo tienen un valor probatorio considerable.

En este tipo de pruebas, el nexo causal entre el hecho indicador y el indicado debe aparecer con un grado de certidumbre suficiente, siendo necesario que el juez ponga toda su prudencia, conocimiento y rigor científico al momento de evaluar la prueba, tomando siempre en cuenta las situaciones de persona, tiempo y lugar¹²⁰. Debe igualmente considerarse para que pueda operar la prueba presuncional, es necesario que el hecho indicador a partir del cual se sustenta la presunción, esté correctamente acreditado a partir de cualquier de los medios probatorios que contempla la ley, es decir, debe probarse la existencia del menoscabo o perjuicio, y por supuesto el vínculo existente.

¹²⁰ Cfr. MENDEZ ROZO, Diana Cecilia, *ob. cit.*, p. 103.

Sin embargo, y de acuerdo con la LO 1/1982 que analizaremos con posterioridad y que es reglamentaria del artículo 18 CE, en el aspecto probatorio para los agravios a estos derechos, encontramos que es posible presumir el daño y que se tenga por probado el perjuicio con la simple acreditación de la “intromisión ilegítima”. Las características dicha intromisión se encuentran delimitadas en la citada ley, estableciendo la misma que solamente se contemplan dos excepciones para que dicha intromisión no sea ilegítima: que esté permitida por la ley, o bien que esté autorizada expresamente por la persona. En virtud de esta especial característica de la intromisión ilegítima en el caso de los daños a los Derechos de la Personalidad es que no profundizaré con mayor amplitud en el aspecto probatorio de los daños morales, y que dicha discusión la reservaré al análisis de la LO 1/1982 que desarrollaremos en el siguiente apartado.

II. LEY ORGÁNICA 1/1982, DE PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN

La Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo es el ordenamiento legal promulgado para la “*Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*”, y fue publicada en el BOE número 115, de 14 de mayo de 1982, que reglamenta el artículo 18 CE, que como ya se ha señalado, se encarga de garantizar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En su artículo 1 la propia LO 1/1982 lo señala expresamente:

“El Derecho Fundamental al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”.

En el presente apartado desarrollaremos un análisis de sus orígenes y de su contenido, procurando poner un énfasis especial en el tratamiento que da a los actos o manifestaciones que pudieran resultar denigratorios para el honor del individuo.

A. Antecedentes

Si buscamos antecedentes dentro del orden jurídico español para hablar sobre el derecho al honor encontramos que ya en el artículo 4 del Fuero de los Españoles se establecía que *“los españoles tienen derecho al respeto de su honor personal y familiar y quien lo ultrajare, cualquiera que fuese su condición, incurrirá en responsabilidad.”* Antes de que se promulgase la LO 1/1982 los casos en que se atacaba el honor o la intimidad de una persona eran tratados por la vía del derecho penal, concretamente a través de los delitos de injuria y calumnia, regulados por el Título X del Libro Segundo del Código Penal, y sobre los que comentaremos en el siguiente apartado¹²¹.

La LO 1/1982 es una ley que desde sus orígenes ha sido motivo de una gran cantidad de jurisprudencia y estudios de carácter doctrinal, aunque es cierto que al momento de su elaboración no suscitó la controversia política dentro del parlamento que podría esperarse para una ley que pudiera limitar la libertad de expresión, controversia que por otro lado sí se presentó por otro lado en los medios de comunicación¹²². Se considera que los derechos que garantiza dicha ley se encuentran encuadrados por la doctrina jurídica entre los denominados Derechos de la Personalidad que ya se han mencionado, y que de dicha denominación según la exposición de motivos, “se

¹²¹ Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.*, pp. 18 y ss.

¹²² Al respecto PASCUAL MEDRANO señala que *“la ley fue objeto de atención preferente por parte de los medios de comunicación y, como era de esperar, los juicios vertidos en éstos no fueron, por lo general, elogiosos. Pero, pese a ello, no parece que estas cuestiones preocupasen en demasía a la opinión pública”*. Cfr. PASCUAL MEDRANO, Amelia, *El Derecho Fundamental a la Propia Imagen*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 29.

desprende el carácter de irrenunciable” de dichos derechos¹²³. Así mismo, antes de la existencia de esta ley, además de la protección del Código Penal existía también la defensa del honor en los casos de las intromisiones ilegítimas a través del ya analizado artículo 1902 CC, el cual resultaba insuficiente¹²⁴.

Si analizamos la estructura de la Ley de 5 de mayo de 1982 encontramos que está compuesta por 9 artículos, que protegen derechos irrenunciables inalienables e imprescriptibles. A continuación haremos un breve esbozo de aquellos que consideramos pertinentes para nuestra investigación, comenzando por **artículo 1**, que ya se ha citado textualmente en su primera parte, refiere precisamente los derechos que expresamente protege la ley. De él puede extraerse que la citada ley orgánica regula tanto el honor como la intimidad y la propia imagen, abarcando dichos derechos dentro de la categoría de derecho de la personalidad. Dicha regulación conjunta, si bien justificada, hace que algunos autores encuentren que la diferenciación que se establece entre estos derechos es escasa¹²⁵, pues si bien existen elementos comunes entre los tres derechos (honor, intimidad, imagen), las matizaciones por parte del legislador hubieran resultado de utilidad.

La definición de estos tres derechos, comenzando por el relativo al honor, que es el que nos interesa, no resulta de ninguna manera sencilla. La Constitución no

¹²³ Con toda claridad lo establece igualmente ESTRADA ALONSO, al señalar que *“Del honor no se puede disponer, ni puede ser objeto de expropiación. El derecho al honor como derecho de la personalidad es de naturaleza extrapatrimonial. Ello no impide que, en caso de vulneración, el titular tenga derecho a ser indemnizado, puesto que una cosa es el contenido del derecho o facultad propiamente dicha, y otra la defensa o consecuencia jurídica de su violación.”* Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.*, pp. 49 y ss.

¹²⁴ Así lo hace notar CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, cuando señala que *“Los códigos civiles han descuidado la tutela al honor, como han descuidado en general, la regulación de los derechos de la personalidad”*. Continúa el autor expresando que *“el Código Civil Español no ha dispensado una especial protección al honor...”*. Cfr. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Honor, Intimidad e Imagen*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 17.

¹²⁵ Así lo encuentra ESTRADA ALONSO. Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.* p. 54.

proporciona definición alguna del honor como ya hemos dicho, igual que no lo hace la ley orgánica que se está comentando. Desde el punto de vista doctrinario, si bien es cierto que hay varias definiciones que ya hemos mencionado, tomaremos la que nos sugiere ESTRADA ALONSO, obtenido a la luz de la intencionalidad que persigue el texto constitucional al proteger los Derechos de la Personalidad, terminando por establecer que el derecho al honor es básicamente *“el derecho a ser respetado”*¹²⁶. Si bien es cierto que la definición es amplia, no lo es menos el hecho de que el honor y lo que conlleva lo es también, no se trata simplemente de la imagen, o de la autoestima, o de la buena reputación, sino de todos esos conceptos aunados a la dignidad a la que toda persona tiene derecho.

En cuanto a lo que señala la jurisprudencia, el Tribunal Supremo se ha manifestado al respecto, en su sentencia de 23 de marzo de 1987, estableciendo que la definición del honor es *“la de inmanencia o mismidad, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma y el de la trascendencia o exterioridad, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad”*¹²⁷. De acuerdo con lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia podríamos sintetizar señalando que de acuerdo con la STC de 11 de noviembre de 1991¹²⁸ el derecho al honor deriva de manera directa de la dignidad de la persona, y que además es un derecho que tienen todas las personas a la propia estimación, al buen nombre o

¹²⁶ Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.*, p. 32 y ss. Otra de las definiciones que consideramos útil mencionar es la que hace CABALLERO GEA, quien señala que *“el honor, derecho de la personalidad que suele clasificarse dentro de los de proyección social, se manifiesta como honra, especie de patrimonio moral de la persona, consistente en aquellas condiciones que ésta considera expresión concreta de su propia estimación o, en sentido objetivo, como reputación, esto es, la opinión o estima que de la persona tienen los demás”*. CABALLERO GEA, José Alfredo, *Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 21.

¹²⁷ En el mismo sentido se han manifestado la STS de 2 de marzo de 1989, (RJ 1989/1749), y la STS de 31 de julio de 1992, (RJ 1992/6508).

¹²⁸ Cfr. STC de 11 de noviembre de 1991, (STC 1991/214).

reputación. Además, según lo establecido en la STC de 8 de junio de 1992¹²⁹ encontramos que el derecho al honor confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido ni humillado frente a los demás, siendo en sí mismo un derecho fundamental¹³⁰.

Así mismo, y de acuerdo con lo que señala el Tribunal Constitucional, encontramos que el honor debe considerarse como un concepto “lábil y fluido”, que puede cambiar de acuerdo con las costumbres y valores sociales imperantes en un determinado momento¹³¹. Ello resulta de vital importancia, puesto que el órgano jurisdiccional debe ser muy cuidadoso para aplicar el marco normativo tomando en cuenta las circunstancias en que cada caso relacionado con el derecho al honor conlleva.

El **artículo 2** de la LO 1/1982 señala en qué casos no se considera que existe intromisión ilegítima, que es cuando dicha intromisión está autorizada por la ley, o bien cuando se hubiere otorgado consentimiento expreso. Dicho artículo señala expresamente que “*no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso...*”. En este supuesto, el legislador español, considerando al honor como un derecho formado por una infinidad de facultades a las cuales el titular podría ir renunciando voluntariamente según sus deseos o necesidades económicas, lo que hace es dejar de lado el criterio unificador y se arriesga a considerar la existencia de un derecho al honor distinto para cada persona¹³².

¹²⁹ Cfr. STC de 8 de junio de 1992, (STC 1992/85).

¹³⁰ Cfr. CALLEJO CARRIÓN, Soraya, *El derecho al honor. El honor como objeto del proceso civil de amparo especial*, Grupo Difusión, Madrid, 2006, pp. 60 y ss.

¹³¹ Cfr. STC de 7 de junio de 1994, (RTC 1994, 170).

¹³² Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.*, pp. 69 y ss.

Habiendo ya señalado que el derecho al honor es irrenunciable, inalienable e imprescriptible, resulta necesario señalar que este artículo 2 pudiera llegar a ser considerado como contradictorio o incongruente con las características anteriores, dado que habla del consentimiento por parte del titular del derecho y además establece que para determinar el menoscabo en el honor de una persona se deben tomar en cuenta los usos sociales y a los propios actos de la persona¹³³. La contradicción que se señala en el párrafo anterior pudiera justificarse con lo que se expresa en la exposición de motivos de la propia ley¹³⁴, que manifiesta que *“los derechos protegidos en la ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados. En primer lugar, los imperativos del interés público pueden hacer que por la ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas ilegítimas. De otro lado, tampoco tendrán este carácter las consentidas por el propio interesado, posibilidad esta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, pues se consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que la integran”*.

En la introducción de la norma se establece así mismo que *“además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma, la cuestión se*

¹³³ Ello ha llevado a que existan distintas posturas al respecto, desde quienes sostienen la dificultad de solventar la contradicción hasta quienes abogan por una postura intermedia en la que se distinga la dignidad del hombre de la expectativa de respeto que de ella se deriva. Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.*, pp. 68 y ss.

¹³⁴ Así lo considera CONCEPCIÓN RODRIGUEZ. Cfr. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, *Honor, intimidad...*, *ob. cit.*, p. 57.

resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y personas.”

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que la determinación de aquello que es o no aceptable o que agrede o no al honor, la intimidad y la imagen de una persona resulta variable dependiendo del tiempo y la sociedad en la que se viva, y dependiendo también de los propios comportamientos, costumbres y estilo de vida de la persona. En este punto también consideramos necesario expresar nuestra convicción de que efectivamente el derecho al honor es distinto dependiendo de los individuos. Para aclararlo, sirva el ejemplo de que no puede protegerse con la misma medida el honor de una persona que vende su imagen a los medios de comunicación, y que permite que éstos revelen su vida privada, de aquella persona que mantiene en reserva su vida privada y no lucra con ella¹³⁵. Está claro que ambos tienen derecho al honor, a la dignidad y a la honra, pero los límites que ambas personas han marcado son distintos, y en cada caso los Tribunales deberán impartir justicia tomando en cuenta dichas particularidades, cosa que por lo general no se hace, recurriendo por lo general a fórmulas preestablecidas que benefician la libertad de expresión por encima del derecho al honor.

En los **artículos 7 y 8** se definen las intromisiones que se consideran ilegítimas. En el artículo 7 se enumeran aquellas intromisiones que se consideran ilegítimas, que para efectos del presente estudio conviene enunciarlas:

¹³⁵ Sobre el particular se expresa OCAÑA RODRÍGUEZ señalando que *“si estamos en presencia de una persona, como hoy es tan frecuente, que vende “exclusivas” o que suele ceder su imagen o intimidades por precio, mal puede hablarse de dolor moral derivado de cualquier intromisión y mal puede establecerse una indemnización a su favor en función de las ganancias obtenidas por el medio “intromisor”*”. Cfr. RODRÍGUEZ OCAÑA, Antonio, “Indemnizaciones en el ámbito del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen”, en *RLT*, No. 153, 2005, p. 21.

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso del **artículo 8** se establecen por contraparte las intromisiones que no se considerarán ilícitas. A continuación citamos el texto íntegro del artículo:

“1. No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

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

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.”

Como puede verse, en primer término el artículo 7 se encarga de determinar el ámbito de protección de la ley, mientras que el artículo 8 habla de las exclusiones. En la introducción de la ley se justifica el contenido de estos artículos explicando que *“el primero de ellos recoge en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real y coinciden con los previstos en las legislaciones protectoras existentes en otros países de desarrollo social y tecnológico igual o superior al nuestro. No obstante, existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo 8 de la ley.”*

El derecho al honor se encuentra cubierto de manera amplia en los apartados 3 y 7 del artículo 7, que se refieren a la divulgación de hechos relativos a la vida privada y a la

divulgación de expresiones o hechos sobre una persona que la difamen. Así, queda un margen considerable para que la jurisprudencia se encargue de interpretar en cada caso y valorar si los hechos que se le someten a consideración menoscaban o no el honor de una persona o la desmerecen, valoración que desde nuestro punto de vista debe hacerse sin olvidar lo que señala AUGER y con lo que coincidimos, referente a que *“una vida privada objeto de investigaciones y de divulgaciones no es verdaderamente libre, está afectada por el conocimiento que adquieren los poderes y los particulares”*¹³⁶

Conviene aquí mismo mencionar que esta protección al honor por parte de la LO 1/1982 que se señala en el artículo 7 puede llegar a colisionar con el ilícito penal que se encuentra contenido en los delitos de injuria y de calumnia, concretamente en el título XI del Libro II del Código Penal encontramos la regulación a dichos delitos que serán tratados con mayor amplitud en el siguiente apartado del presente capítulo del estudio. En lo que se refiere a las excepciones contempladas en el artículo 8 encontramos que en el apartado 1 se amparan los tres derechos: el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen. Sin embargo, el apartado 2 solamente se refiere al derecho a la propia imagen. De acuerdo con ESTRADA ALONSO resulta sumamente interesante analizar la generosidad que la ley concede con las excepciones que marca este artículo¹³⁷, puesto que hace notar que muchas de las defensas judiciales en este tema han intentado apoyarse de manera equivocada en este apartado 2 debido a la debilidad de sus argumentos, tratando de que dicha excepción se aplique en casos en que es no es procedente¹³⁸.

¹³⁶ Cfr. AUGER, Clemente, “Derecho al honor y a la intimidad: el problema en la realidad y en el derecho”, ponencia en el seminario *La prensa y el derecho al honor y la intimidad*, Universidad Menéndez Pelayo, Santander, 1989, p. 10.

¹³⁷ Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.*, pp. 113 y ss.

¹³⁸ Señala el autor que *“Ante la débil defensa que los demandados, en un procedimiento civil sobre derecho al honor, pueden oponer a través del apartado uno del artículo octavo, es habitual el intento de cobijarse en*

En el caso del **artículo 9** nos referimos al precepto que fija el cauce legal para la defensa ante las intromisiones ilegítimas. En la introducción de la misma se especifica que *“la ley fija, en su artículo 9 de acuerdo con lo prevenido en el artículo 53.2 de la Constitución, el cauce legal para la defensa frente a las injerencias o intromisiones ilegítimas, así como las pretensiones que podrá deducir el perjudicado. En lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que éstos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo la de perjuicios materiales, sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de actos ilícitos.”* En la introducción se establece igualmente que *“en tanto no sea regulado el amparo judicial, se considera de aplicación al efecto la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos de la persona de 26 de diciembre de 1978, a cuyo ámbito de protección han quedado incorporados los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la disposición transitoria 2.a.2, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional”*.

En dicho artículo dentro de su apartado 2 se establece que se tomarán las medidas que sean necesarias para poner fin a una intromisión ilegítima, y de manera particular las que sean pertinentes para: “a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma

lo establecido en el apartado dos, donde la protección es más amplia. Es frecuente, en los procedimientos civiles sobre el derecho al honor, el enfrentamiento entre personas con cargos de proyección pública que, agredidos por los medios de información, accionan judicialmente contra periodistas e informadores. Estos últimos, inútilmente, invocan, en su defensa, el carácter público de la personalidad que les demanda; bien sin darse cuenta de los límites que, en este sentido, marca la Ley, o bien en un intento desesperado de ampliar el marco de protección que establecer el apartado uno.” Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.*, pp. 113 y 114.

difusión pública que tuvo la intromisión sufrida; b) Prevenir intromisiones inminentes y ulteriores; c) La indemnización de los daños y perjuicios causados y d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima de sus derechos.

En el artículo 9.3 se señala que la lesión o infracción de los Derechos de la Personalidad, considerados como fundamentales, faculta para exigir la indemnización contra quien resulte responsable. De igual manera el propio artículo establece que *“la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”*.

El contenido del artículo anterior pone de manifiesto la importancia que tiene la actividad del juez al momento de fijar una cuantía por un daño moral, puesto que tendrá la difícil labor de valorar diversos elementos: la gravedad de la lesión, la difusión del medio a través del cual se produjo el agravio, la audiencia de dicho medio, entre otros. Aunado a lo anterior existen otros criterios que de manera discrecional pueden ser aplicados para la valoración del daño moral, como pueden ser las circunstancias específicas del caso, ya sean personales, familiares, profesionales, la existencia o no de alguna provocación antes del daño, la reputación social del actor y del demandado, y la gravedad de la lesión. La valoración de la lesión efectivamente producida deberá servirle para determinar la proporcionalidad que debe existir entre el daño y la indemnización. Se encuentran así mismo los criterios objetivos, que incluyen el beneficio que obtuvo quien causa la lesión¹³⁹.

¹³⁹ Cfr. ROCA TRÍAS, Encarna, *Derechos de daños, textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1996, p. 114.

Los criterios anteriores servirán, como se ha señalado, para determinar el monto de la indemnización, que no se considera el único medio para resarcir el daño que se ha causado, puesto que como ya se ha visto el artículo 9.2 de la propia ley incluye también una acción de cesación de la intromisión ilegal, una acción de abstención para impedir posteriores intromisiones, el reconocimiento del derecho a réplica así como la difusión de la sentencia condenatoria¹⁴⁰.

Como ya hemos mencionado anteriormente, y no sólo en este apartado, consideramos que la indemnización pecuniaria resulta indispensable en los casos de menoscabo del honor por manifestaciones denigratorias, puesto que a pesar de la cesación del acto, resulta complicado que la situación vuelva al estado que se encontraba antes del mismo. El daño en gran parte se genera con el simple acto o manifestación denigratoria a pesar de su posterior cese.

Es por lo anterior que conviene enfatizar que al momento de determinar el *quantum*, el juez deberá tener en cuenta la difusión o audiencia del medio informativo a través del cual se produjo el daño en caso de que la intromisión haya sido por esa vía, lo que puede ser medido a través del número de ejemplares vendidos en el caso de un medio impreso, del *rating* en el caso de un programa de radio o de televisión¹⁴¹. Resulta común que los daños al honor de las personas más costosos y difíciles de combatir sean aquellos que se producen a través de los medios de comunicación, que hoy en día llegan a todos los rincones del planeta.

Por citar un ejemplo común en la actualidad, en el caso concreto en que se utilice *Internet* como vía para la trasmisión de manifestaciones denigratorias o que agredan el honor o la imagen de un tercero, y para determinar la cuantía, resulta indispensable valorar el impacto de la noticia a través de la medición del número de visitantes al

¹⁴⁰ Cfr. ROCA TRÍAS, Encarna, *ob. cit.*, p. 114.

¹⁴¹ Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *ob. cit.*, p. 132.

sitio web a través del cual se dio a conocer, puesto que ello permitiría tener una idea clara de su difusión y alcances. Profundizando en el ejemplo, si la información objeto del agravio fue difundida a través del sitio web de un prestigiado periódico, la autoridad jurisdiccional deberá conocer el impacto de dicha noticia a través del número de lectores de dicho diario que ingresaron en la página mientras dicha noticia estuvo expuesta. Sobre ello profundizaremos más adelante. También es necesario considerar como punto central en este debate el hecho de que dentro del derecho español existe la novedad de que la gravedad de la lesión puede medirse a través de la relación que se establece entre el enriquecimiento del causante (que ya hemos mencionado cuando nos hemos referido a los periodistas y medios de comunicación que buscar obtener un lucro a partir de denostar a alguien) y la indemnización del perjudicado, puesto que como bien señala OCAÑA RODRÍGUEZ *“nadie debe enriquecerse a costa de sacrificar derechos ajenos y menos Derechos Fundamentales de la persona”*¹⁴²

Prosiguiendo con el análisis del contenido de la LO 1/1982, resulta interesante la extensión del daño por intromisión ilegítima de los bienes de la personalidad al daño moral, así como la existencia de criterios de carácter normativo concretos de valoración y cuantificación del daño. En este sentido, en su artículo 9.3 la ley señala que *“la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”*, criterio de carácter claramente objetivo. El asunto de la intromisión ilegítima es uno de los que más se han tratado dentro de la jurisprudencia española, a través de múltiples resoluciones. Se encuentra así que en la STS de 27 de enero de 1998 se precisa la intromisión ilegítima en relación con noticias falsas de la siguiente manera: *“La información falsa evidentemente no es información veraz y, por tanto, aquélla resulta atentatoria al honor del recurrido. La doctrina consolidada de esta Sala así lo viene proclamando y cuando se aparta de los predicados éticos de la veracidad,*

¹⁴² Cfr. OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio, *ob. cit.*, p. 20.

*alcanza consideración de noticia insidiosa, por ser información no comprobada con datos objetivos según los cánones de la profesionalidad, siendo únicamente disculpables los errores circunstanciales que no afectan a la esencia de lo informado*¹⁴³.

Puede verse que la información falsa por sí misma, a criterio del Tribunal Supremo, resulta insidiosa independientemente de cualquier otra consideración. Sin embargo no hay que olvidar que también puede existir información que perjudique directamente al honor, la intimidad y la imagen de la persona y que pueda considerarse como una intromisión ilegítima, aunque dicha información sea verdadera. Conviene aquí citar en ese sentido nuevamente a BARRIENTOS ZAMORANO como ejemplo, cuando manifiesta que: *“No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad*¹⁴⁴.

En ambos casos, la información difundida, ya sea falsa o verdadera, representa un agravio a los derechos de la personalidad. De acuerdo con la propia LO 1/1982, la protección contra la intromisión ilegítima no es absoluta y existen excepciones, puesto que señala en su artículo 2 que *“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”*.

Dentro de la legislación civil en España ha resultado vanguardista que se pueda presumir el daño y se dé por probado el perjuicio con la simple acreditación de la mencionada intromisión, como ya hemos expresado al citar el artículo 9.3. En la STS

¹⁴³ Cfr. STS de 27 de enero de 1998, (RJ 1998/551), Sala de lo Civil.

¹⁴⁴ Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *ob. cit.*, p. 127.

de 4 de noviembre de 2003¹⁴⁵, el propio Tribunal estimó que existía intromisión ilegítima en el caso de la publicación por un periódico de la fotografía de alguien que había sido detenido por la policía en el curso de las investigaciones que se siguieron para esclarecer un homicidio. En dicha publicación se mencionaba que el sujeto que aparecía en la fotografía era uno de los autores del delito. Ello llevaba a considerar que dicha información no era veraz ni estaba apegada a la realidad, sino que era simplemente sensacionalista.

Conviene mencionar que a pesar de la existencia de la LO 1/1982 en la cual se presume que existe un perjuicio una vez que solamente se ha acreditado la intromisión, el resarcimiento del daño moral derivado de la lesión de un derecho de la personalidad o de derechos fundamentales se tramita generalmente a través de las reglas generales de la responsabilidad civil que regulan el artículo 1902 CC y ss., o bien por la legislación del ámbito penal cuando resulte conducente¹⁴⁶.

En lo que se refiere a la estrecha relación del derecho al honor con el derecho a la libertad de expresión, que trataremos ampliamente en el siguiente apartado, varios han sido los autores que han criticado severamente la LO 1/1982 en lo que respecta a la libertad de expresión, como es el caso de FAYOS GARDÓ, que ha señalado que la citada ley *“no habla para nada de la libertad de expresión, no tiene en cuenta la jurisprudencia anterior, ni los criterios de derecho comparado, ni diferencia bien los tres*

¹⁴⁵ Cfr. STS de 4 de noviembre de 2003, (RJ 2003/8024).

¹⁴⁶ Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *ob. cit.*, p. 124. Es necesario mencionar que a pesar de la importancia de la creación de la LO 1/1982 para el tratamiento del menoscabo al honor, hay autores como SERRANO HOYO que consideran dicho ordenamiento *“no resolvió las implicaciones que la protección del honor implicaba como consecuencia de preverse tanto la vía procesal civil como la penal y en cada una de ellas, incluso, la posibilidad de seguir distintos trámites o especialidades procedimentales”*. Cfr. SERRANO HOYO, Gregorio, *“Algunos aspectos procesales sobre la protección civil y penal del derecho fundamental al honor”*, en *AFD*, Vol. XXI, 2003, p. 208.

*derechos*¹⁴⁷. Considera el autor que la respuesta a estas deficiencias, concretamente el no tratar el derecho a la intimidad, no se encuentra en que la jurisprudencia introduzca la solución de manera forzosa, sino en que se aplique directamente la protección constitucional basándose en el artículo 18¹⁴⁸.

De la revisión que hemos hecho en el presente apartado sobre la LO 1/1982 se pueden extraer varias conclusiones. La que nos parece de mayor trascendencia es la de señalar que aunque el legislador ha pretendido crear a través de dicha ley un vehículo eficiente para la protección de los derechos de la personalidad, no puede ignorarse que quienes sufren un daño extrapatrimonial y que se acercan a la administración de justicia, pueden llegar a padecer procesos judiciales muy prolongados y además muy costosos¹⁴⁹, que en muchas ocasiones no llegan a buen puerto. La defensa de la libertad de información y de la libertad de expresión resulta vital dentro de un Estado democrático, pero no es menos importante la protección al honor y a la dignidad de la persona, que como ya hemos expresado, consideramos al igual que el texto constitucional, que se trata de la base para que exista paz social. Sin la dignidad considerada en un lugar central resulta complicado hablar de los demás derechos fundamentales que pueda tener una persona.

¹⁴⁷ Cfr. FAYOS GARDÓ, Antonio, “*Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, en *InDret*, Octubre 2007, p. 8.

¹⁴⁸ Cfr. FAYOS GARDÓ, Antonio, *ob. cit.*, p. 8.

¹⁴⁹ De acuerdo con un análisis hecho por SALVADOR CODERCH, RAMOS GONZÁLEZ y LUNA YERGO, “*si fijamos la atención en el trienio 2002-2004 veremos que el Tribunal Constitucional dictó un total de 10 sentencias y el Tribunal Supremo un total de 70 sentencias en materia de los derechos al honor, intimidad y propia imagen. Se observa en los casos resueltos por el Tribunal Constitucional que transcurre un promedio de 10 años desde la Sentencia de primera instancia hasta la Constitucional, y en los del Supremo, un promedio de 7 años desde aquella hasta la Sentencia de casación. A ellos habrá que añadir otro año desde la presentación de la demanda hasta la Sentencia de primera instancia*”. Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo; RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y LUNA YERGO, Álvaro, “*Poder de la prensa y derecho al honor*”, en *InDret*, No. 2, 2004, pp. 1-2.

En el siguiente apartado analizaremos a fondo el conflicto que existe entre el derecho al honor y la libertad de expresión, que resulta el tema central en lo relativo a los actos o manifestaciones denigratorias que pudieran menoscabar el honor de un individuo, puesto que la consideración de ambos es determinante para que el órgano judicial establezca en qué casos existe prevalece el uno o el otro, y que acciones pueden considerarse como ilícitas desde el punto de vista del derecho al honor.

B. Límites y conflicto entre la libertad de expresión y de información y el derecho al honor

El asunto de la libertad de expresión y de información plantea por lo general la problemática de su convivencia con los demás derechos que consagran las leyes. El derecho a la libertad de expresión, al igual que el derecho a la información, ambos regulados en el artículo 20 CE, no son absolutos¹⁵⁰. Existen otros derechos que pueden llegar a cruzarse con ellos, como son los Derechos de la Personalidad, concretamente

¹⁵⁰ De acuerdo con la STC de 16 enero de 1996, (RTC 1996/4), y en lo que respecta a las diferencias entre la libertad de información y la libertad de expresión dice lo siguiente: *“Nuestra Constitución ha consagrado por separado la libertad de expresión (art. 20. 1 a)) y la libertad de información (art. 20.1 d). La primera tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor; la segunda, la libre comunicación y recepción de información sobre hechos, o más restringidamente sobre hechos que puedan considerarse noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud (STC 107/1988 (RTC 1988, 107)) y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación (STC 223/1992 (RTC 1992, 223)), que condiciona, sin embargo, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional que ha añadido al término “información” del art. 20.1 d) el adjetivo “veraz”.*

En la realidad, sin embargo, su deslinde no es nítido, pues la expresión de la propia opinión necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias comprende casi siempre algún elemento valorativo, una vocación a la formación de una opinión (SSTC 6/1988, 107/1988, 143/1991, 190/1992 (RTC 1992, 190) y 336/1993). Por ello, en los supuestos en que se mezclan elementos de una y otra significación debe atenderse al que aparezca como preponderante o predominante para subsumirlos en el correspondiente apartado del art. 20.1 CE (SSTC 6/1988, 105/1990 (RTC 1990, 105), 172/1990, 123/1993, 76/1995 (RTC 1995/76) y 78/1995 (RTC 1995, 78))”.

los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, protegidos todos ellos por la Constitución. De ahí la conveniencia de analizar sus límites y alcances para evitar que puedan generarse situaciones en las cuales se produzcan manifestaciones que sean denigratorias o que menoscaben el honor o la imagen de terceros. Considera MESSÍA DE LA CERDA que para poder determinar los límites de un derecho es necesario no tomar en cuenta solamente el valor intrínseco del derecho en cuestión, sino considerar también los factores externos, es decir, los otros derechos con lo que está en relación¹⁵¹.

Consideramos que tanto el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información, como el derecho al honor, deben ser tutelados de manera eficaz. Entre ellos debe procurarse un equilibrio que los proteja sin demérito de ninguno¹⁵², y consideramos que los Tribunales deben ser cuidadosos al momento del análisis de cada caso para no desproteger el derecho al honor, que es desde nuestro punto de vista, el que se ha visto en una posición más endeble en virtud de que los criterios jurisprudenciales no le han sido favorables.

Es importante señalar, si hablamos de derechos fundamentales, que los mismos tienen prácticamente una protección de carácter global. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos promulgada por la Organización de las Naciones Unidas, en su artículo 29, ya se establece que *“toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”* y que *“en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las*

¹⁵¹ Cfr. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, *ob. cit.*, p. 416.

¹⁵² Ante ello se ha manifestado ESTRADA ALONSO señalando que *“el honor individual de las personas ha de ser protegido, pero la sociedad también ha de estar informada. Para conseguir este objetivo debe idearse un sistema de excepciones adecuado, que permita a los jueces calibrar y amparar, en cada caso los valores más importantes en juego”*. Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.*, p. 120.

justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.”

Es decir, que toda persona por el simple hecho de serlo, es titular de derechos y libertades, que a su vez traen aparejadas obligaciones. Las limitaciones a dichos derechos, como menciona la propia Declaración, tienen la finalidad de asegurar el reconocimiento a los derechos de los demás, así como cuidar el orden público, y muy importante: *“satisfacer las justas exigencias de la moral”*. Lo establecido por la mencionada declaración va en completa consonancia con la redacción del artículo 10 CE, en el cual y como ya hemos visto, se protege la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como factores esenciales para el mantenimiento de la paz social. En ambas se establecen importantes consideraciones relacionadas con la moral y la dignidad humanas.

En lo que concierne al ámbito europeo¹⁵³, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000, concretamente en su artículo 52 puede leerse que *“cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial*

¹⁵³ Con referencia también a la normativa europea, el Tribunal Constitucional ha establecido su estrecha vinculación con las decisiones del TEDH en materia de colisión del derecho a la libre expresión con el derecho al honor, sobre todo con lo que establece el ya citado artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La STC de 15 septiembre de 2003, (RTC 2003/158) señala al respecto:

“Este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC 144/1998, de 30 junio (RTC 1998, 144), F. 2). Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 21/2000, de 31 enero (RTC 2000, 21), F. 4 y las allí citadas). El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido sin embargo relativizado en nuestra jurisprudencia, negando su jerarquía sobre otros derechos fundamentales (SSTC 42/1995)”.

de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Nuevamente, en el ordenamiento citado, se establece el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona, así como la precisión de que no existen derechos absolutos y sin limitaciones, sino que es necesario que en todo derecho exista responsabilidad y respeto a los derechos de los demás al momento de ejercerlo. Sin embargo, es frecuente que cuando algún ciudadano acude a los Tribunales para denunciar que su honor ha sido dañado de manera ilícita o que su prestigio comercial ha sufrido un menoscabo debido a ciertos actos o manifestaciones denigratorias, es corriente que el demandado esgrima la protección que el derecho a la libre expresión y a la información le otorga. Es ahí cuando puede verse claramente que existe una colisión de derechos que debe ser resuelta por el juzgador.

Analizaremos en primer término lo relativo al derecho a la información, que como ya hemos señalado en el capítulo I, se refiere a la difusión de hechos, mientras que el derecho a la libertad de expresión se refiere a opiniones, ideas o juicios, siendo que generalmente se engloba a ambos dentro del término genérico de libertad de expresión. A fecha de hoy puede considerarse que los más altos Tribunales en España, como son el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, han determinado que en materia de choque entre el derecho al honor y el derecho a la información, predomina el derecho a la información por veracidad en los hechos y el carácter público de la persona, aun cuando ello pareciera contravenir el artículo 20.4 CE, en el cual, como hemos visto, se establecen los límites de la libertad de expresión precisamente en donde comienzan el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen¹⁵⁴. El matiz

¹⁵⁴ En lo referente a las libertades de expresión y de información y los conflictos que pueda presentar con el derecho al honor encontramos que la STC de 8 junio de 1988, (RTC 1988/107) establece que “*el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha*

sensible del asunto, como lo veremos más adelante, es precisamente el referente al criterio de veracidad que puede hacer que una manifestación no sea considerada como denigratoria o injuriosa si cumple con este requisito.

En la STS de 24 de octubre de 1996¹⁵⁵ se expresa claramente en la ponencia del Sr. Sierra Gil de la Cuesta que *“la jurisprudencia del máximo intérprete de las normas constitucionales, ha evolucionado desde la fase de declarar la no prevalencia de la libertad de información en relación al derecho al honor, a una última fase que considera preferente la libertad de información en cuanto es de todo punto necesario proteger aquel núcleo imbatible base de cualquier sistema de libertades; pasando por la teoría, como segunda fase, que propugna la ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar la prevalencia –sistema de balancing of interest”*

Referente a la primera consideración, la que versa sobre el sistema de libertades, se considera que el derecho a la libertad de expresión en general es un derecho destinado a garantizar una opinión pública libre¹⁵⁶, como ya hemos comentado en el primer capítulo de nuestro estudio, señalando el propio Tribunal Constitucional que a través del derecho a la libre expresión *“no sólo se protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado*

modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que infiere en este derecho lesión penalmente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues en tales supuestos se produce un conflicto entre derechos fundamentales, cuya dimensión constitucional convierte en insuficiente el criterio subjetivo del “animus injuriandi”, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos, pues este criterio se ha asentado hasta ahora en la convicción de la prevalencia absoluta del derecho al honor”.

¹⁵⁵ Cfr. STS de 24 de octubre de 1996, (RJ 1996/7295).

¹⁵⁶ Cfr. STC de 17 de julio de 1986, (RTC 1986/ 104).

*democrático*¹⁵⁷. Es por esta razón que la jurisprudencia del Tribunal le da un trato preferente sobre el derecho al honor¹⁵⁸.

Consideramos que convendría hacerse varias preguntas con relación a la determinación de la preminencia del derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información sobre el derecho al honor en razón de dicha situación, como por ejemplo: ¿No son la dignidad humana y los derechos inviolables que le son inherentes, de acuerdo con la propia Constitución Española, “*fundamento del orden político y de la paz social*”? ¿No es el derecho al honor uno de los derechos fundamentales e inherentes a esa dignidad? ¿Por qué se valora más la libertad de expresión, un derecho esencial que efectivamente sirve para garantizar una opinión pública libre, sobre la dignidad de la persona cuando se ve ultrajada en su derecho al honor, siendo esta dignidad esencial para la existencia de cualquier otro derecho?

¹⁵⁷ Al respecto conviene citar íntegro el fragmento de la STC de 15 de septiembre de 2003, (RTC 2003/158) que deja en claro que “*este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC 144/1998, de 30 junio (RTC 1988/144), F. 2). Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 21/2000, de 31 enero (RTC 2000, 21), F. 4 y las allí citadas). El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido sin embargo relativizado en nuestra jurisprudencia, negando su jerarquía sobre otros derechos fundamentales (SSTC 42/1995, de 13 febrero (RTC 1995, 42), F. 2; 11/2000, de 17 enero (RTC 2000, 11), F. 7). De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, y su prevalencia sobre el derecho al honor garantizado en el art. 18 CE, a que la información se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (SSTC 138/1996, de 16 de septiembre (RTC 1996, 138), F. 3; 144/1998, de 30 junio (RTC 1998, 144), F. 2; 134/1999, de 15 julio (RTC 1999, 134), F. 8; 11/2000, de 17 enero (RTC 2000, 11), F. 8; 112/2000 (RTC 2000, 112), F. 7)”.*

¹⁵⁸ En referencia a dichos límites la STC de 12 de noviembre de 1990, (RTC 1990/171) señala lo siguiente: “*Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquélla goza, en general, de una posición preferente y las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional desnaturalizado ni incorrectamente relativizado (SSTC 106/1986 (RTC 1986/106) y 159/1986 (RTC 1986, 159) entre otras)”.*

Pueden existir incontables respuestas, pero desde nuestro punto de vista nos inclinamos por considerar que resulta igualmente importante, y no sólo para el individuo, sino para la sociedad en su conjunto, el respeto de la dignidad de sus miembros que el respeto a la libertad de expresión en su sentido más amplio. Es cierto que intermedia el criterio de veracidad para considerar la preferencia del derecho a la libertad de información, pero consideramos que es un criterio insuficiente en muchos casos, como más adelante profundizaremos, cuando se trata de algo tan importante como el honor y la dignidad del ser humano. Sin embargo, la libertad de expresión se ha instalado en nuestra como un derecho al parecer absoluto, intocable y que no puede ser cuestionado aun cuando resulte evidente que en ocasiones se cometan abusos en su nombre. Tal parece que preferimos aguantar una andanada de excesos que procurar equilibrarla con otros derechos, como el derecho al honor.

Con referencia a la segunda consideración de la sentencia, que versa sobre el *balancing of interest*, o balance de intereses, pensamos que resulta indispensable que el juzgador lo tenga en cuenta al momento de revisar cualquier asunto en la materia, a través de una ponderación efectiva y real de los derechos en conflicto¹⁵⁹, puesto que

¹⁵⁹ La técnica de la ponderación que suele utilizarse, de acuerdo con la STC de 17 de julio de 1986, (RTC 1986/104) instaura que “*el derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del art. 20.1 a) y d), aquí en juego, citado como tal de modo expreso en el párr. 4 del mismo artículo de la Constitución, sino que según el 18.1 de la CE es en sí mismo un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión –art. 20.1 a)- y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión –art. 20.1 d)- resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras. Es cierto que el derecho al honor es considerado en el art. 20.4 (reproduciendo casi literalmente el inciso final del art. 5.2 de la Ley Fundamental alemana) como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento en favor de aquél. Pero también lo es que las libertades del art. 20, como ha dicho este Tribunal, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático (STC 12/1982, de 31 marzo) (RTC 1982, 12)”*. Ahora bien, conviene mencionar que la ponderación o la

ello le dará un panorama mucho más amplio y completo de los derechos perjudicados y que necesitan ser protegidos al momento de tomar cualquier decisión. Como acertadamente señala RÓDENAS CORTÉS en relación con la colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información, la tarea de ponderar consiste en *“sopesar, valorar, qué derecho o interés debe prevalecer y, como apriorísticamente ninguno de los derechos fundamentales es absoluto, no cabe más que concluir, que para determinar qué derecho es el que debe ser protegido y cuál sacrificado, ha de estarse a las circunstancias del caso concreto”*, y remata: *“una ponderación constitucionalmente correcta es la que toma en consideración estas circunstancias poniéndolas en relación con el contenido y límites de los derechos fundamentales en conflicto”*¹⁶⁰.

Sin embargo hay autores, como DESANTES GUANTER, que se pronuncian en contra, al señalar que dicha teoría proveniente de los Estados Unidos de América, es completamente ajena a la tradición jurídica española. Según dicho autor antes de utilizar sus contenidos sería en todo caso conveniente delimitar con total claridad los derechos en conflicto, puesto que no en todas las ocasiones es intimidación lo que se demanda, ni tampoco es siempre el tan llevado y traído derecho a la información lo que se encuentra detrás de ciertas acciones o prácticas¹⁶¹. Nos parece sumamente relevante el comentario en lo que respecta a *“delimitar con total claridad los derechos en conflicto”*, afirmación que sugiere una revisión a fondo de lo que implica la

prevalencia de uno u otro derecho sólo puede darse cuando el derecho a la información se ejerce válidamente, de decir, que es veraz, tal y como lo señala ARAGÓN REYES. *Cfr.* ARAGÓN REYES, Manuel, *ob. cit.*, p. 23.

¹⁶⁰ Cfr. RÓDENAS CORTÉS, Pedro, “Protección jurisdiccional al honor: polémica sobre prevalencia de derechos constitucionalmente protegidos; delimitación de competencias”, en *AFD*, vol. XXIX, 2011, p. 295.

¹⁶¹ Cfr. DESANTES GUANTER, José María, *Derecho a la información. Materiales para un sistema de comunicación*, COSO, España, 2004, pp. 223 y ss.

contraposición de dichos derechos y sus consecuencias antes de tomar cualquier decisión.

De acuerdo con LLAMAS POMBO¹⁶², la doctrina en relación con el choque entre el honor y el derecho a la información, puede sintetizarse de la siguiente manera:

1.- Debido a la importancia de los derechos en conflicto, la única salida es la de estudiar las circunstancias en cada caso para tener un criterio equilibrado (doctrina del *balancing of interest*)¹⁶³.

2.- Dicha labor de ponderación debe estar basada en los siguientes criterios:

a) La posición preferente que ocupa la libertad de expresión con respecto a los otros derechos, puesto que es un derecho de interés público, aunque dicha posición preferente no es absoluta;

b) el criterio de celebridad, que señala que el derecho al honor se debilita si se trata de una persona pública, relevante o que ejerza funciones públicas;

c) el criterio de privacidad, que debilita la posición preferente frente al honor, cuando se trata de personas que no participan voluntariamente en la vida pública;

d) el criterio del medio utilizado, considerando que se debilita la posición preferente de la libertad de expresión cuando la información no es proporcionada por los medios normales, puesto que ello pone en duda la intención de la información que tan importante es para la democracia según los propios Tribunales.

¹⁶² Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, *ob. cit.*, p. 150.

¹⁶³ Algo parecido a lo que sugiere ESTRADA ALONSO y que hemos comentado en párrafos anteriores sobre “calibrar” los valores en cada caso.

3.- La posición preferente de la libertad de expresión reviste mayor importancia cuando la información proviene de profesionales, porque ello presume que su actividad busca la formación de la opinión pública.

4.- Si bien la citada posición preferente no es absoluta, existen ya tres requisitos que señala la jurisprudencia¹⁶⁴ para que ésta prevalezca, y que son:

- a) el interés público en la información que colisiona con otro derecho, por la materia y las personas que intervienen;
- b) la veracidad de la información, requisito además expresamente mencionado en el artículo 20 CE; y
- c) que la información no se valga de expresiones o insinuaciones insultantes, insidiosas o vejatorias.

La síntesis que realiza el autor¹⁶⁵ nos deja ver claramente cómo han estado orientadas las decisiones de los órganos jurisdiccionales. Se ve claramente que existe una posición preferente de la libertad de expresión por ser de interés público, aunque dicha posición no es absoluta. Sin embargo, también se habla de un “balance de

¹⁶⁴ Cfr. STS de 29 de diciembre de 1995, (RJ 9847), y STS de 26 de marzo de 1996, (RJ 1996/2494).

¹⁶⁵ BARRIENTOS ZAMORA realiza también un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, que coincide en algunos puntos con la de LLAMAS POMBO, pero que contiene algunas otras consideraciones que nos parece útil retomar. A grandes rasgos establece lo siguiente: a) Que la delimitación de los derechos ha de realizarse caso por caso, sin fijar de antemano una preferencia por ninguno de ellos; b) que ha de tomarse en cuenta la posición prevalente que tiene el derecho a la libertad de información, debido a su doble carácter de libertad individual y de garantía constitucional, siempre que la información que se difunda sea veraz y se refiera a asuntos de trascendencia pública y que sean de interés general por las materias y las personas que en ellos participan; c) que lo único que puede justificar las molestias ocasionadas por la difusión de la noticia es su relevancia para la sociedad, y no otro tipo de intereses, por lo cual puede encontrarse en dicho criterio un elemento decisorio para resolver el conflicto de intereses, d) que la condición de figuras públicas de ciertas personas en razón de su actividad, no significa que toda la información que sobre ellos se difunda deberá estar amparada en el derecho a informar, dado que debe existir siempre un límite a dicho derecho. Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *ob. cit.*, p. 128

intereses” que del análisis de las decisiones de los Tribunales deducimos que no se produce, y que nosotros consideramos indispensable para que no se aplique la fórmula de beneficiar en la mayoría de los casos a la libertad de expresión sobre el derecho al honor sin haber analizado a fondo las circunstancias del asunto, y sus peculiaridades.

1. Criterios para la prevalencia de la posición preferente de la libertad de expresión

En este apartado analizaremos detalladamente los criterios que se toman en cuenta para que pueda materializarse la multicitada posición preferente del derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor. En primer lugar se señala el interés público de la información, en virtud de la materia y las personas que intervienen, y con la finalidad de asegurar la participación en la formación de opinión pública en asuntos que resulten de interés para la sociedad en general. Este criterio del interés público sirve para poder garantizar la libertad de expresión en el sentido de que los ciudadanos puedan criticar y hablar sobre sus gobernantes, fomentado así la existencia de una auténtica democracia. De acuerdo con FAYOS GARDÓ, el interés público es el único concepto legitimador de las intromisiones en la intimidad y el honor, enfatizando que a pesar de la importancia de la prensa en una sociedad democrática, ello no la exime de respetar lo demás derechos fundamentales como los relativos al honor y a la imagen, aun cuando una persona se encuentre en lugares que son considerados como públicos¹⁶⁶.

Lo que resulta más complicado en lo relativo al tema del interés público es sin duda determinar qué asuntos y en qué casos pueden considerarse de interés público, dado que se trata de una idea o de un concepto de carácter dinámico que sin duda se puede ver modificado con el tiempo y el cual debe ser determinado por el juzgador en cada

¹⁶⁶ Cfr. FAYOS GARDÓ, Antonio, *ob. cit.*, p. 7.

caso particular. Resulta claro, por ejemplo, que cuando el asunto sea relativo a cuestiones de Estado, o a ejercicio de gobierno, existirá el interés público. Sin embargo, no hay que olvidar que el hecho de que una persona sea pública no quiere decir que todo lo relacionado con ella lo sea, o que si un individuo no participa en la vida pública puede también verse involucrado en algún asunto que pueda resultar de interés general. Dependerá entonces la determinación del asunto que se esté tratando y no tanto de las personas que en él participen¹⁶⁷.

Podríamos señalar que por lo general en aquellos asuntos que son de interés público, como los relativos a los órganos de gobierno, creación de leyes, manejo de la economía y muchos otros, quienes participan en su desarrollo son también personas públicas, en ocasiones funcionarios, o bien gobernantes electos, parlamentarios, o hasta funcionarios judiciales. A pesar de ello no debe caerse en el error de considerar que las personas no públicas están exentas de participar en asuntos que interesan a la sociedad. El artículo 20 CE lo que pretende es dar un margen para que los Tribunales puedan tener la facultad de evaluar en cada caso cuándo se trata de un asunto de interés público, lo cual nos parece sumamente conveniente, y abona a nuestra idea de que los casos relativos a actos o manifestaciones denigratorias deben ser analizados minuciosamente y resueltos uno a uno sin prejuicios o fórmulas preestablecidas.

En segundo lugar aparece el criterio de la veracidad de la información. Se trata de una de las consideraciones fundamentales para determinar la preminencia del derecho a la libertad de expresión, y desde nuestro punto de vista, una de las más controvertidas y sobre la que mayor énfasis queremos poner. En primera instancia conviene aclarar que se trata de un criterio que sería válido para la libertad de información en tanto que es relativa a hechos, es decir, que en el caso de la libertad de expresión referida a opiniones o ideas no sería aplicable, puesto que las opiniones e ideas no son veraces o

¹⁶⁷ Cfr. JAEN VALLEJO, Manuel, *ob. cit.*, p. 49.

no, sino que pueden estar mejor o peor fundamentadas y no es posible medirlas en términos de veracidad.

En lo que se refiere a la libertad de información, este criterio cuando es relativo a información veraz no exige que todo lo divulgado se corresponda con la realidad, pero sí exige un deber de diligencia sobre el informador, *“a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado.”*¹⁶⁸

Debemos tener en cuenta que el artículo 20.1 d) CE protege el derecho a comunicar libremente información veraz. Sin embargo, la precisión de qué debe entenderse por veracidad cobra así notable trascendencia para saber si la conducta del informador responde efectivamente al ejercicio de un derecho constitucional o no. En este sentido el Tribunal Supremo ha precisado, en consonancia es cierto con la doctrina en otros países, que ello no quiere decir que quede exenta de toda protección la información errónea o no probada. Lo que significa el criterio de veracidad es que el informador tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que difunde si quiere contar con la protección constitucional, ello mediante las oportunas averiguaciones, y empleando la diligencia exigible a un profesional¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Cfr. STC de 21 enero de 1988, (RTC 1988/6).

¹⁶⁹ En este sentido, JAEN VALLEJO considera que *“esta es la solución más correcta para el necesario desenvolvimiento de la libertad de información y para evitar, en lo posible, las eventuales consecuencias lesivas de otros intereses. Aquí se manifiesta de nuevo la imposibilidad de una interpretación literal, que, como en el no. 4 de este mismo art. 20, desvirtuaría el sentido y alcance que debe tener la libertad de información. Desde luego, no se puede deducir del punto de vista que se sigue una libertad de información que prescinda totalmente de su veracidad. Lo que se deduce es que para cumplir con la condición de veracidad basta con el cumplimiento del deber de diligencia por el informador. Éste está obligado a realizar aquellas comprobaciones necesarias para determinar la veracidad de la noticia que va a difundir.”* Cfr. JAEN VALLEJO, Manuel, *ob. cit.*, p. 51.

Puede que, pese a ello, la información resulte errónea como ya se ha visto, lo que obviamente, no puede excluirse totalmente. Pero, como señaló la STC de 21 de enero de 1988 *“las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que imponerse “la verdad”, como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio” (F. 5). “Información veraz” en el sentido del art. 20.1 d), significa, pues, información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias”*¹⁷⁰.

Nos parece un poco exagerada y gratuita la expresión del Tribunal al señalar que la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio, dicho con todo respeto. Consideramos que efectivamente las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, pero también creemos que dichas afirmaciones pueden tener consecuencias denigratorias en algunos casos que deben ser objeto de una responsabilidad objetiva como la que establece la LO 1 /1982 en su artículo 9. Quien se expresa o se manifiesta corre siempre un riesgo que no puede omitirse y que tampoco puede ser eliminado en todos los casos en demérito del honor o la reputación de alguien más. De acuerdo con los propios Tribunales, la narración de hechos apegados a la realidad nunca podría considerarse como un ataque al honor, porque si los hechos son verdaderos, y ellos son los que dañan el honor, entonces se estaría protegiendo un presunto honor que en realidad no existe¹⁷¹.

Ello vendría a significar que mientras el informador se atenga a la veracidad de las informaciones no podría estar violentando ningún otro derecho. Para el establecimiento del criterio de veracidad, y de acuerdo con la sentencia antes señalada del Tribunal Constitucional, para su aplicación hay que tomar en cuenta que el concepto jurídico de veracidad informativa debe construirse desde un análisis subjetivo de la conducta de quien informa, y no del contraste objetivo entre la realidad

¹⁷⁰ Cfr. STS de 21 de enero de 1988, (RTC 1988/6).

¹⁷¹ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, *ob. cit.*, p. 155.

y el mensaje difundido, asunto que consideramos complicado y no muy conveniente, puesto que con dicha afirmación el Tribunal deja fuera el análisis objetivo de la información que se difunde y su concordancia con la realidad.

En este sentido se manifiesta LLAMAS POMBO, quien expresa que si bien la veracidad significa lo que el Tribunal ha señalado, no debería limitarse sólo a ello, puesto que considera que debe existir alguna relación “*mínimamente objetiva*” entre la información que se ha dado a conocer y la realidad, puesto que a pesar de que el informador haya sido diligente en el manejo de los datos, ello no garantiza que la información que esté dando efectivamente coincida con la realidad¹⁷². Sobre ello nos manifestamos en total acuerdo con el autor y estimamos que se trata de una reflexión inexorable cuando se habla del criterio de veracidad. Consideramos que el criterio de veracidad basado solamente en el aspecto subjetivo de la labor de quien informa es a todas luces insuficiente y además contrario a su propia esencia, porque ello significa que puede considerarse como legítima y no denigratoria una información que en lo absoluto concuerde con la realidad ¿Dónde queda entonces la veracidad? Dicha situación, que no es poco común en nuestros días, deja en muchas ocasiones con la sensación de indefensión a quien resulta perjudicado por la difusión de determinada información¹⁷³.

En definitiva creemos que en el criterio de veracidad no solamente debe analizarse el aspecto subjetivo de la diligencia que se le exige al informador en la comprobación de lo que difunde, sino que tiene que existir de manera forzosa un mínimo de concordancia entre la realidad y lo informado. Ese sería, desde nuestro punto de vista, un criterio que podría denominarse de “veracidad”. Nos parece ilógico y engañoso que se le dé

¹⁷² Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, *ob. cit.*, p. 158.

¹⁷³ Otro asunto distinto es a quién le corresponde probar la veracidad de los hechos difundidos, si a quien informa o a quien se considera afectado. Los Tribunales parecen no tener claro dicho asunto, aunque si nos atenemos al principio de que el que afirma está obligado a probar, al que hace alusión el artículo 1214 CC, encontramos que quien debe probar es quien ha difundido la información objeto de la controversia.

ese nombre a un criterio que puede no depender en absoluto de que lo informado o expresado concuerde con los hechos. En el caso de que la información o las manifestaciones difundidas no tengan por objeto algún hecho determinado, sino ideas, opiniones o pensamientos, es decir, que se trate de libertad de expresión puramente y no libertad de información, tendremos entonces que la condición de veracidad estará excluida. Así pues, aquí lo que se pretende es garantizar plenamente el funcionamiento de un Estado democrático y de una opinión pública libre, permitiendo las opiniones y puntos de vista de todos. Si consideramos que no deben existir dogmas ni censura, el artículo 20 CE permite la expresión de juicios de valor sin condicionarlos al criterio de veracidad, en virtud así mismo de la dificultad que ello supondría.

En la STC de 8 de junio de 1988¹⁷⁴ el Tribunal se encargó de señalar la distinción entre hechos y juicios de valor, y también de especificar lo relativo al criterio de veracidad en los casos de opiniones o ideas, señalando que *“esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro, cuya dificultad de realización destaca la citada STC 6/1988, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba su carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del art. 20.1 d) de la CE y, por tanto, la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquella, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo cual conduce a la consecuencia de que aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público*

¹⁷⁴ Cfr. STC de 8 de junio de 1988, (RTC 1988/107).

y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa”.

El texto de la sentencia es revelador. Queda claro que cuando se trata de hechos, el criterio de veracidad resulta indispensable para determinar si hay o no un daño o lesión ilegítimos. Sin embargo, cuando se trata de opiniones, de lo que llamaríamos específicamente libertad de expresión, el criterio de veracidad no puede operar dado que se trata de ideas o juicios de valor. En dicho supuesto, el criterio aplicable es la consideración de que las manifestaciones no resulten injuriosas y sean de interés público, es decir, que no haya en ellas insultos o vejaciones gratuitas o innecesarias para la expresión de las ideas, y que además sean de interés público en virtud, como hemos visto, de las personas que participan o de la materia sobre la que versan. En caso contrario sí podrían considerarse denigratorias. Desafortunadamente es común ver y escuchar en los medios de comunicación manifestaciones en muchas ocasiones injuriosas y sobre asuntos que no son de ninguna manera de interés público, ante lo cual las víctimas de dichas informaciones tienen pocas probabilidades de que se les recupere el daño que se les ha causado en virtud de dichas manifestaciones.

Así mismo, no está de más señalar que a pesar de la mayor amplitud y protección a la libertad de expresión puesto que no está sujeta al criterio de veracidad, consideramos que las autoridades jurisdiccionales tienen que ser extremadamente cuidadosas para distinguir entre juicios de valor y juicios de hecho. Hay expresiones valorativas que están basadas en hechos. Afirmar que otro es un mujeriego, o un alcohólico, o un “mangante”, conlleva una valoración efectivamente, pero basada en hechos que pueden ser comprobables y ante los cuales sí debe exigirse la prueba de veracidad. Por lo general los juicios de valor versan sobre hechos y no están contruidos en el aire, y consideramos que la correcta protección del honor, así como de la libertad de expresión en sentido amplio, pasa por tomar en cuenta esta situación para no permitir que las ideas o las opiniones se conviertan en manifestaciones denigratorias. Los Tribunales deben ser, desde nuestro punto de vista, inflexibles con aquellos que

pretendan aprovechar la protección constitucional a la libre expresión para menoscabar el prestigio, la imagen o el honor de terceros.

Siguiendo con los criterios que se señalaban para la consideración del derecho a la libertad de expresión como preferente, el tercero de ellos es el que se refiere a que las manifestaciones no deben ser en ningún caso insultantes, injuriosas o vejatorias, sobre el que ya hemos hecho breve mención. En este punto, el Tribunal Constitucional ha considerado que *“aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto resulten innecesarias a la esencial del pensamiento, idea u opinión expresa”*¹⁷⁵. Así, en la protección de la libertad de expresión, las ideas u opiniones que se manifiesten deberán hacerse dentro de ciertos cauces que eviten frases injuriosas o vejatorias y que no sean necesarias. No deben permitirse los excesos, que por cierto y desafortunadamente también abundan en los medios de comunicación en nuestros días.

A final de cuentas, en la concepción jurídica del derecho al honor el asunto de fondo consiste en determinar no si se genera un daño a través de ciertos actos o manifestaciones, sino en determinar si ese daño o lesión puede no ser considerada antijurídica en virtud del ejercicio de los derechos a las libertades de expresión e información ya citados. Y aquí el criterio decisivo es el que establece el Tribunal a través de la ya citada STC de 8 de junio de 1988 al determinar que se obliga al órgano jurisdiccional *“a realizar un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión en ejercicio del cual ha inferido la lesión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y es sobre el resultado de esa valoración donde al Tribunal Constitucional le compete efectuar su revisión con el objeto de conceder el amparo si el ejercicio de la libertad de expresión se manifiesta constitucionalmente legítimo o denegarlo en el*

¹⁷⁵ Cfr. STC de 8 de junio de 1988, (RTC 1988/107).

supuesto contrario “...dicha valoración debe estar presidida por dos pautas o parámetros esenciales, referidas, una, a la clase de libertad ejercitada –de expresión o de información- y, la otra, a la condición pública de las personas afectadas por su ejercicio”.

Resulta evidente a la luz del texto jurisprudencial que para determinar cuándo sí se produce un menoscabo en el honor de un individuo de manera ilícita y cuándo no, el juicio ponderativo resulta indispensable y además determinante. Sin embargo, y en virtud de la inercia que se ha generado al considerar que el derecho a la libertad de expresión prevalece sobre el derecho al honor, y la ya mencionada insuficiencia del criterio de veracidad en las informaciones que se vierten, y su ausencia en los casos de opiniones, juicios o ideas, conduce a que el derecho al honor no esté, desde nuestro punto de vista lo suficientemente protegido.

2. La *lex artis* en el caso de los profesionales de los medios de comunicación.

En este apartado queremos hacer mención del importante papel que juegan los medios de comunicación en lo que se refiere a la libertad de expresión en su sentido más amplio y su posible colisión con el derecho al honor, así como del daño moral que pueden llegar a causar. Si bien es cierto que la profesionalidad en el ejercicio del periodismo es por lo general la regla, ello no es obstáculo para que también se den situaciones en las cuales los propios medios de comunicación y los propios expertos en el manejo de la información sean autores de actos o expresiones denigratorias.

De acuerdo con el análisis que hace ALADRO VICO de la violencia y los daños que pueden llegar a generarse a partir de un uso erróneo de la libertad de expresión en los medios de comunicación, pueden existir dos tipos de violencia producida por éstos: la violencia activa y la violencia pasiva. En la primera de ellas los medios se limitan a presentar la violencia existente y a beneficiarse de ella, mientras que en el segundo tipo los medios la provocan, la ejercen o la fabrican. Lo interesante para nuestra tesis es que en la violencia activa se incluye no solo la violencia física, sino también la violencia psicológica. En este supuesto, el asalto o la intimidación de los informadores

a los particulares se consideran una forma de violencia. Incluye la violación de la intimidad y la ruptura de los códigos de cortesía y respeto a la persona. Dicha violencia *“incluye la provocación y confabulación para producir violencia, por ejemplo a través de la elección del tema de un debate o de los tertulios de un programa”*¹⁷⁶.

La citada autora considera que *“cuando los medios, en su carrera comercial por atraer el interés, empiezan a ejercer violencia y a convertirla en su mensaje fundamental, se produce una reducción de los temas e intereses tratados. La sociedad se banaliza, se hace primitiva, escabrosa, sensacionalista. Las cosas más inefables, más cargadas de valor, como la muerte, la enfermedad, son ventiladas en los medios con total inanidad y superficialidad. Se comercia con la muerte y con la enfermedad, pero también con la violación de la intimidad, con la perspectiva de las relaciones humanas siempre dudosas e inmorales.*

Continúa diciendo que *“no hay periodos más oscuros en cuanto a lo que realmente sucede y lo realmente público en su interés, que aquellos de extremo sensacionalismo y violencia en los medios de comunicación. Las épocas de auge del cotilleo y del sensacionalismo, del terror y de los espectáculos violentos, son épocas en las que pasan desapercibidos los verdaderos asuntos de interés de la vida social: la política, la educación, las infraestructuras, la cultura. Todo esto es dejado de lado. En su lugar, el país vive hipnotizado por la violencia en los medios, o por asuntos completamente insustanciales relacionados con esa violencia. Las dos cosas van unidas en ese proceso”*¹⁷⁷

Los párrafos anteriores se refieren claramente al ejercicio irresponsable en el que pueden incurrir los medios de comunicación, llegando a menoscabar en ocasiones el

¹⁷⁶ Cfr. ALADRO VICO, Eva, “Violencia y Medios: Distorsiones y Adicción”, consultado en <http://www.eps-salud.com.ar/Pdfs/Violencia%20y%20Distorsion.pdf>, p. 2. También disponible en *Violencia Desenfocada*, Padilla Libreros, Sevilla, 2006.

¹⁷⁷ Cfr. ALADRO VICO, Eva, *ob. cit.*, p. 6.

honor y la intimidad de las personas. Es por ello que considera la autora que es necesario concienciar al espectador de que *“el daño psicológico es tan grave como el daño físico”* y que la comunicación dañina es tan pernicioso como cualquier otra acción humana dañina. El hecho de que la comunicación violenta no sea palpable o material no significa que no sea importante, sino al contrario, *“es necesario mostrar, a través de los propios medios, lo negativo que es el chantaje, el acoso, el ataque, el impacto sobre la sensibilidad, y sus terribles consecuencias para la vida social: la escalada de violencia, el contagio de la violencia, la pérdida de sensibilidad”*¹⁷⁸.

Las consideraciones anteriores muestran con claridad que el daño moral y psicológico causado a través de los medios de comunicación no sólo afecta a las personas que los sufren directamente, sino que también tiene consecuencias a nivel social. Desafortunadamente hay veces en que algunos medios de comunicación y periodistas aprovechan su posición e influencia para difundir informaciones que no están apegadas a la realidad, o que son denigratorias o violentas, pero que en innumerables ocasiones consiguen burlar el criterio de veracidad que la ley exige.

Si bien es cierto que no es la finalidad de esta tesis el profundizar en la labor periodística ni hacer un análisis jurídico, social o deontológico de la misma, consideramos que resulta indispensable hablar de la *lex artis* que deben observar los profesionales de los medios de comunicación, como cualquier profesional en cualquier campo, al momento de llevar a cabo su trabajo, puesto que su observancia redundaría sin lugar a dudas en beneficio del respeto al derecho al honor, la imagen y la intimidad de las personas. Para ello haremos un breve repaso de los códigos deontológicos e instrumentos de autocontrol que existen dentro del contexto del ejercicio del periodismo en España.

¹⁷⁸ Cfr. ALADRO VICO, Eva, *ob. cit.*, p. 6.

En primer lugar nos encontramos con los “Principios Internacionales de Ética Profesional del Periodismo” (también llamada “Declaración de la UNESCO”), mismos que fueron aprobados por la Conferencia General de la UNESCO en el año de 1983. Este documento constituye el primero y prácticamente único de alcance universal. Se trata de una mera declaración y no de un sistema de recomendaciones que pudiera considerarse vinculante, por ello es poco lo que pueda decirse con respecto a su eficacia. Su valor es pues exclusivamente orientativo, como puede leerse en su preámbulo, que establece que el documento pretende *“servir de fundamento internacional común y de fuente de inspiración para los códigos nacionales o regionales de ética”*.

En lo que atañe a su contenido, encontramos que los que llama “Principios Básicos de la Ética del Periodismo” son una serie de enunciados de distinta naturaleza y tipo. Centrándonos en lo que a nuestro estudio interesa, podemos apreciar dos estructuras distintas, una sobre deberes, donde se habla del derecho del pueblo a una información verídica, diciendo concretamente que debe respetarse *“el derecho a recibir una imagen objetiva de la realidad por medio de una información precisa y completa”*. También se refiere al hecho de que el periodista *“deberá respetar el derecho de las personas a la vida privada y a la dignidad humana”*. Se trata pues de una declaración de carácter universal, no vinculante, que busca ser más bien una inspiración para otros códigos deontológicos en el universo del periodismo¹⁷⁹.

En segunda instancia dentro de los códigos del buen hacer periodístico nos encontramos con que a nivel europeo existe también la resolución 1.003, que fue aprobada el 1 de julio de 1993 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, sobre Ética del Periodismo. Aquí sí estamos en presencia de un documento más completo y además con pretensiones de ser vinculante, ya que va más allá de solamente una deontología profesional y procede de una organización con carácter

¹⁷⁹ Cfr. ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Estatuto de los Periodistas*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 95 y ss.

internacional que tiene una cierta capacidad coactiva. En su contenido encontramos 38 principios, en los cuales además del código deontológico se ofrece un pormenorizado catálogo de deberes, entre los que se incluyen, por ejemplo, que la información debe obtenerse por medios legales y éticos. Parte fundamental de la resolución es el hecho de que, a diferencia de otros códigos deontológicos, aquí no se habla de *“información verídica”* o de *“respeto a la verdad”*, sino de la *“clara diferenciación entre noticias y opiniones”*, calificada como *“el principio básico de toda consideración ética del periodismo”*. Señala que las noticias han de respetar el principio de veracidad derivado del derecho fundamental a la información, en el caso de las opiniones es suficiente con que *“sean expresadas honesta y éticamente”*. La resolución también detalla los deberes de respeto a la vida privada (principio 23) y de defensa de la paz, la democracia, la dignidad humana y la igualdad (principios 33 y 34). En lo que toca a su eficacia, y a pesar de su presunción de ser vinculante, no podemos decir que nos encontremos en presencia de obligaciones en sentido jurídico, puesto que no existe sanción alguna ante el incumplimiento de los principios que postula.

Siguiendo con la enumeración nos encontramos con la Declaración de Principios sobre la Conducta de los Periodistas de la FIP (Federación Internacional de Periodistas), federación que está compuesta por los principales sindicatos y asociaciones profesionales de más de 100 países, incluida España a través de la FAPE. En dicha declaración, aprobada en 1954, nos encontramos con la primera norma deontológica importante a nivel mundial, y que sería sustituida por la Declaración de la FIP en 1986.

La declaración está compuesta por nueve principios, a los que se les llama *“Deberes esenciales de los periodistas en la búsqueda, la transmisión, la difusión y el comentario de las noticias y de la información, así como en la descripción de los sucesos”*, como puede leerse en el preámbulo. Dentro de los deberes de los periodistas nos encontramos con la necesidad de la obtención lícita de la información, además de establecer la necesidad de *“respetar la verdad y el derecho que tiene el público a*

conocerla.” Se habla también de evitar “*la distorsión malintencionada*” (principio 8) y de rectificar las informaciones inexactas y perjudiciales (principio 5). Así mismo, muy importante para nosotros es que la declaración contempla también en su Principio 8 que debe existir en la actuación del periodista un respeto por los derechos de los demás, mencionando específicamente el respeto al honor y a la propiedad intelectual.

Refiriéndonos ahora a su eficacia, encontramos que la Declaración de la FIP de 1986 podría tener alguna eficacia vinculante con sus miembros, puesto que es lo que se presupone cuando algún país se afilia a la Federación. Sin embargo, volvemos a toparnos con el hecho de que no hay un procedimiento sancionador ni sanciones específicas, así que su influencia es meramente de carácter moral, al igual que sucede con la Declaración de la UNESCO, sin que exista un procedimiento coercitivo para exigir su cumplimiento¹⁸⁰.

Finalmente llegamos al Código Deontológico de la Profesión Periodística de la FAPE (Federación de Asociaciones de Periodistas de España), conocido como Código de la FAPE. Este documento fue aprobado en el año de 1993 por la asamblea del organismo constituida en Sevilla, constituyéndose como el código deontológico periodístico más importante de España, dado que la FAPE es la mayor organización de periodistas del país. El contenido de este código sigue en lo fundamental al texto aprobado por el Colegio de Periodistas de Cataluña, y consta de veinte principios en los cuales se detallan deberes y derechos de los periodistas. Se repite, al igual que en los anteriores, el deber de obtener la información de manera lícita. Igualmente, en su Principio 2 se establece que “*el primer compromiso ético del periodista es el respeto a la verdad*”, señalando directamente que existe el deber de “*informar sólo sobre hechos de los cuales conoce su origen, sin falsificar documentos ni omitir informaciones esenciales*”. También se refiere a “*no publicar material informativo falso, engañoso o deformado*” (Principio 13) e igualmente habla del deber que tiene el periodista de distinguir entre

¹⁸⁰ Cfr. ESCOBAR ROCA, Guillermo, *ob. cit.*, pp. 105 y ss.

hechos y opiniones, fundamentando *“diligentemente”* las informaciones, *“lo que incluye el deber de contrastar las fuentes y el de dar oportunidad a la persona afectada de ofrecer su propia versión de los hechos”*.

Existen también dentro del Código de la FAPE un grupo de deberes relacionados con el respeto de los derechos de los demás, que es un asunto que obviamente nos interesa. Concretamente en los principios 4, 5 y 7 se habla del respeto a los derechos de la personalidad, dentro de los cuales se encuentra el derecho al honor; el principio 12 se refiere al respeto a la propiedad intelectual y el 5 a la presunción de inocencia. Y finalmente habla del respeto a los valores comunitarios, señalando que debe considerarse *“especial sensibilidad en los casos de informaciones u opiniones de contenido eventualmente discriminatorio o susceptibles de incitar a la violencia o a prácticas inhumanas o degradantes”*.

Enfocándonos en su eficacia nos encontramos con que el propio Código de la FAPE habla de una *“reglamentación”* que se encargará de sancionar a quienes no cumplan con sus principios, que señala que deben cumplir los miembros de las asociaciones de prensa federadas. En este sentido la FAPE ha constituido desde 2004 una Comisión de Quejas y Deontología, con el objeto de hacer cumplir el código deontológico, y en el año 2011 se abrió también al arbitraje. Dicha comisión ha venido emitiendo resoluciones desde su creación sobre temas concernientes al ejercicio del periodismo, en la cuales da su punto de vista sobre los asuntos y casos que le son sometidos. Sin embargo, dichas resoluciones no tienen fuerza vinculatoria y su eficacia es limitada. Después de analizarlas se puede ver que solamente expresan si se infringió o no la normativa deontológica, y las razones de dicha consideración, sin llegar más allá¹⁸¹.

¹⁸¹ Aquí un ejemplo de una resolución de la citada Comisión: *“Esta comisión resuelve que la fotografía publicada en portada por el IDEAL de Granada el pasado día 19 de septiembre infringe el artículo 4 del código deontológico de la FAPE, pues constituye una intromisión en la intimidad del menor al publicar un episodio de especial vulnerabilidad para él y de dolor para sus familiares como es un trágico accidente de tráfico. De igual modo, no se han demostrado motivos excepcionales de carácter informativo que podrían*

Como ha señalado ya el propio presidente de la FAPE, las resoluciones de la comisión son “*patrones de un máximo ético y de un mínimo jurídico*”, así como importantes “*acicates de la responsabilidad de medios y periodistas*”. Sin embargo, desafortunadamente parece, a la luz de las innumerables ocasiones en que se violan los principios de ética periodística, que el Código Deontológico de la FAPE no ha sido suficiente.

Así, de los códigos deontológicos analizados se pueden extraer los siguientes puntos en común¹⁸²:

- a) El periodista debe respetar la verdad, y distinguir de manera clara entre hechos y opiniones. Así mismo, debe obtener su información de manera lícita, y contrastarla para evitar errores, rectificándolos cuando los haya.
- b) El periodista debe respetar la dignidad, el honor y la intimidad de las personas, salvo superior defensa del interés público (asunto controvertido sin duda).
- c) El periodista no debe aceptar gratificaciones de terceros por promover, orientar o publicar ciertas informaciones u opiniones, y no debe buscar un beneficio económico propio usando las informaciones.

El deber de respeto al honor se encuentra recogido en prácticamente todos los códigos deontológicos que hemos citado, al igual que la obligación de brindar información veraz. Desde la Declaración de la UNESCO y hasta el Código de la FAPE encontramos que se habla del derecho que tiene el público de recibir información veraz y contrastada, información que brinde una imagen objetiva de la realidad, y que

superar este derecho a la intimidad que ha de respetar el profesional de la información y, por tanto, los medios en los que estos llevan a cabo su trabajo. Madrid, 6 de noviembre de 2013”. Obtenido de <http://www.comisiondequejas.com/Resoluciones/Relacion/78.pdf>

¹⁸² También así los enumera TENORIO y FERNÁNDEZ MIRANDA. Cfr. TENORIO, Pedro, y FERNÁNDEZ MIRANDA, Carmen, *El derecho de la información*, UNED, Madrid, 2001, p. 207.

debe existir en todo momento respeto al honor, la intimidad y la imagen de las personas.

El autocontrol o la autorregulación en el ámbito periodístico procuran que la labor de los informadores y de los medios de comunicación esté en todo momento apegada a la ética y a la *lex artis*, sin embargo la eficacia de sus instrumentos es deficiente debido a que no son vinculantes, y en general los códigos deontológicos en materia de periodismo carecen de sanción alguna. Nos resulta evidente que ante la ineficacia de la autorregulación, el ejercicio del periodismo no siempre camina por los derroteros de la ética y el respeto a los derechos fundamentales. Sin embargo, si la *lex artis* se estableciera como un criterio de imputación para los profesionales de los medios de comunicación, es decir, que se exigiera su observancia y respeto por parte de los Tribunales en los casos relativos al derecho al honor, es probable que las cosas fueran distintas. No resulta descabellada la exigencia de un mínimo de ética y bien hacer para quienes se encargan de tratar la información y darla a conocer, y que además tienen la ventaja de tener un medio de comunicación a su disposición para difundirla y dar sus opiniones. Ello, desde nuestro punto de vista, exige de una mayor responsabilidad y sensibilidad al momento de hacer uso de dichos medios gozando de plena libertad para hacerlo.

En todo caso, el establecimiento de la *lex artis* como criterio de imputación es sólo una propuesta que consideramos que debiera ser analizada ante la facilidad con que se vulnera el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en España, y la falta de eficacia para combatir dichos comportamientos. No nos vendría mal el análisis de sus pros y sus contras, y la discusión sobre la viabilidad de instrumentarla¹⁸³. No lo

¹⁸³ No debemos olvidar que la exigencia a nivel jurídico y legal del cumplimiento de los códigos de conducta que se suscriben ya existe. Por ejemplo, está el caso de la LCD que a partir de la reforma del año 2009 para adecuarse a la Directiva europea relativa a las prácticas comerciales desleales incluyó en su artículo 5 que se considera desleal el incumplimiento del código de conducta al cual el empresario se encuentre vinculado. Cfr. MASSAGUER, José, "Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales", en *InDret*, No.2, 2011, p. 5 y ss.

haremos aquí porque excede los límites de nuestra tesis, sin embargo creemos que el establecimiento de la preminencia del derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor ha venido a desequilibrar la balanza con un saldo del que no podemos sentirnos satisfechos como sociedad en la que se supone que se protegen los derechos fundamentales, de ahí que no resulte útil ni justo ignorar dicha situación y seguir pretendiendo que se haga justicia y se proteja el derecho al honor a través de un sistema que ha demostrado no ser eficaz en ello.

3. El reportaje neutral

En materia de derecho a la libertad de expresión, un hito en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo ha marcado el que se ha denominado “Reportaje Neutral”. En dicha figura, el medio de comunicación lo único que hace es difundir lo que ha declarado un tercero, haciendo que éste sea el responsable de dichas declaraciones, sin que el medio de comunicación interprete, amplíe o modifique las citadas declaraciones. Ello significa que el criterio de veracidad no se exige a quien genera el reportaje, sino directamente a quien hace las declaraciones.

Para comprender mejor los alcances del reportaje neutral conviene revisar cuáles son sus características, establecidas por el Tribunal Constitucional. Así, de acuerdo con la STC de 8 de abril de 2002, “...nuestra jurisprudencia ha caracterizado lo que denomina “reportaje neutral” en los siguientes términos:

- a) *El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por las declaraciones que imputan hechos del honor, pero han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 febrero, F. 4, 7 52/1996, de 26 marzo, F. 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones (STC 190/1996, de 25 noviembre (RTC 1996, 190), F. 4b)).*

- b) *El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 febrero, F. 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 junio, F. 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 enero (RTC 1996, 6), Voto Particular), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.*
- c) *En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 julio (RTC 1993, 232). F. 3). Consecuentemente la mayor o menos proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, F. 7, y 144/1998, F. 5)”¹⁸⁴.*

Nos encontramos entonces con que “estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo

¹⁸⁴ Cfr. STC de 8 abril de 2002, (RTC 2002/76). La sentencia era relativa al caso “La Voz de Asturias”, y concluía que “...aplicando al caso la doctrina expuesta podemos concluir que el supuesto analizado se halla próximo al reportaje neutral, en el sentido de que concurren en él todos los elementos esenciales que llevan a excluir la responsabilidad del medio informativo por el contenido de las declaraciones lesivas del honor. Pues, de una parte, el centro de la noticia, como ponen de manifiesto los titulares relativos a la aparición de sangre humana en un apartamento y el fuerte golpe en la cabeza que presentaba el cadáver, lo constituye un hecho cierto de indudable relevancia pública (un homicidio). Y, de otra, las sospechas de los familiares del fallecido, singularmente expresadas por la madre, se sitúan en un segundo plano, como parte de la noticia principal, aludiéndose en un subtítulo y presentándose objetivamente en el contexto de la noticia, guardando el medio distancia respecto a ellas y sin que de ningún modo conste ni se alegue siquiera que las haya manipulado o provocado”.

propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio, haya permanecido o no ajeno a la generación de esa información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público”¹⁸⁵.

En primer lugar para que se dé el reportaje neutral, las declaraciones que puedan ser objeto de controversias deben tener un autor determinado, es decir, debe saberse quién las ha hecho, de manera que le puedan ser imputables. En segundo lugar se encuentra una de las características fundamentales del reportaje neutral: el medio de comunicación debe ser mero transmisor de las declaraciones o manifestaciones. No puede modificarlas, ni alterarlas, ni llevar a cabo ninguna acción que cambie su sentido. Y finalmente, en los casos en que existe el reportaje neutral, la veracidad que se le exige al medio de comunicación o al periodista es tan solo la de que las declaraciones efectivamente se hayan producido, pero su contenido queda en responsabilidad del que las emite. Así es que prácticamente el medio de comunicación es un mero transmisor que no participa del contenido de las declaraciones o manifestaciones, simplemente facilita un medio para que éstas se lleven a cabo.

La creación jurisprudencial del reportaje neutral puede generar una mayor certeza a los medios de comunicación para evitar que sean responsables de daños al honor, a la intimidad o a la imagen de las personas, y protege también a los individuos de que sus palabras sean tergiversadas. Ante la posibilidad de que un determinado medio de comunicación, ya sea cadena televisiva, de radio o periódico, pueda proporcionar información sesgada, o bien manipularla en beneficio de determinados intereses,

¹⁸⁵ Cfr. STC de 15 de julio de 1999, (RTC 1999/134).

como parece ser que ocurre en ocasiones¹⁸⁶, la figura del reportaje neutral pretende precisamente un tratamiento más “aséptico” de la información, si es que el término puede valer, para evitar con ello suspicacias, y además constituye una garantía para quien informa de que mientras difunda las declaraciones de terceros sin modificarlas y pueda comprobar la existencia de dichas declaraciones, estará exento de responsabilidad en el caso en el que pudiese existir un conflicto relacionado con el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen.

Uno de los casos de mayor resonancia en los cuales el Tribunal tuvo ocasión de manifestarse sobre el reportaje neutral, en este caso señalando que no se daba, fue el asunto *“Isabel Preysler vs Lecturas”*, relativo a las informaciones que aparecieron en la revista Lecturas en el año de 1989, y que Isabel Preysler consideró que vulneraban su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y decidió demandar a la publicación. En este caso, la parte demandada consideró que estaba amparada por la figura del reportaje neutral, lo cual fue desechado por la STC de 5 de mayo de 2000¹⁸⁷, que estableció que *“...sin necesidad de entrar a examinar si el reportaje publicado en la revista “Lecturas” tiene o no el carácter que se le atribuye, ha de rechazarse la alegación pues es suficiente recordar que la recurrente no le reprocha falta de diligencia del informador o inveracidad de lo publicado, ya que en la demanda sólo se aduce, sin mayor precisión, que “algunos” de los hechos o circunstancias expuestos son falsos. La queja no se refiere, pues, a la veracidad de la información publicada sino a la lesión del derecho a la intimidad personal y familiar. Y cabe recordar al respecto que en la jurisprudencia de este Tribunal el requisito de la veracidad de la información merece distinto tratamiento “según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad”, ya que, mientras la*

¹⁸⁶ Téngase como prueba al alcance de cualquiera el tratamiento tan distinto que se da a la misma información en las diversas cadenas de televisión y en los periódicos. Sobre un mismo hecho, la noticia que se difunde parece ser completamente distinta en un telediario o en otro, ello en virtud en muchas ocasiones del sesgo ideológico que cada medio de comunicación pueda tener. Se trata de una realidad innegable que efectivamente da sentido a la existencia del “reportaje neutral”.

¹⁸⁷ STC de 5 de mayo de 2000, (RTC 2000/115).

veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio en sentido diverso.” “... Por tanto, la cuestión no es si lo publicado en este caso fue o no veraz, pues la intimidad que la Constitución protege no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas a la vida privada, “ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión” del derecho fundamental (STC 20/1992, de 14 febrero (RTC 1992, 20) (F. 3)). De manera que si la libertad de información se ejerce sobre un ámbito que afecta a otros bienes constitucionales, en este caso los de la intimidad y la dignidad de la persona, para que su proyección sea legítima es preciso “que lo informado resulte de interés público (STC 171/1990 (RTC 1990, 171) (F. 5), por todas) pues sólo entonces puede exigirse a aquellos que afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad” (STC 29/1992 (RTC 1992, 29) (F. 3)). Lo que no concurre en el presente caso”.

Como puede verse, la sentencia enfatiza que en el caso del reportaje neutral se exige que se reproduzca lo que ha dicho un tercero, y que el medio de comunicación se limite a ser mero transmisor. En este caso, el Tribunal ni siquiera considera la posibilidad de revisar de fondo si se trata o no de un reportaje neutral, porque lo que se alega no es la veracidad o no de la información vertida, sino que dicha información lesiona el derecho a la intimidad de la persona, pero nos sirve como ejemplo de que los propios medios de comunicación han encontrado en la figura del reportaje neutral la posibilidad de asegurarse de que no han cometido manifestación denigratoria alguna, aunque en ciertos casos como este no estén acertados.

Para concluir con lo relativo al reportaje neutral, consideramos que si bien su utilidad para garantizar la protección tanto de las libertades de expresión e información como del derecho al honor es manifiesta, no representa la panacea a dicha problemática, puesto que constriñe en exceso la función periodística y de los medios de

comunicación a ser simplemente intermediarios sin ninguna facultad, y elimina en gran medida el llamado “periodismo de investigación” al limitar el papel del informador y su interacción, pidiendo que simplemente éste se dedique a informar de hechos que ocurren y que son conocidos. Es cierto que en algunas ocasiones los medios de comunicación llevan a cabo un manejo de la información de acuerdo con su sesgo ideológico o para favorecer los intereses más diversos, y que en este sentido el reportaje neutral sí puede ser de utilidad para exigir que la información tenga un manejo más equilibrado e imparcial, pero definitivamente consideramos que no toda la información puede manejarse a través de los criterios del reportaje neutral, y no por ello debe ser eximida de respetar el derecho al honor al tiempo que ejerce su derecho a informar.

4. El derecho al honor en el caso a los personajes públicos

Otro aspecto sobre el que nos parece indispensable volver, y que ya hemos referido brevemente, es la cuestión de si existe el derecho al honor en las personas que ostentan cargos públicos, ello porque parece existir en la sociedad la percepción generalizada de que los políticos y funcionarios públicos, por el mero hecho de serlo, no poseen la protección constitucional que el derecho al honor otorga. En este punto el Tribunal estima que las personas que ejercen cargos de autoridad pública no quedan por ello privadas de derecho al honor. De acuerdo con la STC de 15 de noviembre de 1993 se tiene que *“las personas que ostentan un cargo de autoridad pública, o las que poseen relieve político, ciertamente se hallan sometidas a la crítica en un Estado democrático. Pero como ha declarado este Tribunal, ello no significa en modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el art. 18.1 CE garantiza (SSTC 190/1992 (RTC 1992, 190) (F. 5^o) y 105/1990 (F. 8^o))”*¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Cfr. STC de 15 de noviembre de 1993, (RTC 1993/336).

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional expresó en la STC de 27 de junio de 2001 que *“los denominados “personajes públicos”, y en esa categoría deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, deben soportar, en su condición de tales, el que sus actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidas al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos...” “el personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando éstas puedan ser especialmente molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y frente a las que tiene más posibilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular”*.¹⁸⁹

Claramente puede verse que las personas que ostentan cargos públicos también tienen derecho al honor a pesar de que deban soportar mayores críticas que el resto de las personas en razón de su encargo, sin que ello signifique que ello deba usarse como pretexto para violar sus derechos. Sin embargo, es frecuente que en España, con dicho argumento, en ocasiones se destruya la reputación y el nombre de personas que se dedican a la política o que ocupan cargos públicos, sin que éstas puedan tener una defensa digna. La política es una actividad pública que en el mejor de los casos sirve para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, y permitir este tipo de atropellos puede generar que personas capaces y bienintencionadas no quieran participar en ella por miedo a que su honor, su imagen o su intimidad se vean menoscabados.

Nos parece oportuno citar en este punto dos extractos, que por su lucidez y precisión, sirven perfectamente para apuntalar lo anterior. El autor del texto es el Premio Nobel de Literatura peruano-español Mario Vargas Llosa, quien además de escritor es un concienzudo analista de la realidad social. Señala sobre el tema:

¹⁸⁹ Cfr. STC de 27 de junio de 2001, (RTC 2001/148).

“En nuestra época, aquellos aspectos negativos de la vida política han sido magnificados a menudo de una manera exagerada e irresponsable por un periodismo amarillo con el resultado de que la opinión pública ha llegado al convencimiento de que la política es un quehacer de personas amorales, ineficientes y propensas a la corrupción.

El avance de la tecnología audiovisual y los medios de comunicación, que sirve para contrarrestar los sistemas de censura y control en las sociedades autoritarias, debería haber perfeccionado la democracia e incentivado la participación en la vida pública. Pero ha tenido más bien el efecto contrario, porque la función crítica del periodismo se ha visto en muchos casos distorsionada por la frivolidad y el hambre de diversión de la cultura imperante...”. Prosigue el autor en su análisis: “La frenética busca del escándalo y la chismografía barata que se encarniza con los políticos ha tenido como secuela en muchas democracias que lo que mejor conozca de ellos el gran público sea sólo lo peor que pueden exhibir. Y aquello que exhiben es, por lo general, el mismo penoso quehacer en que nuestra civilización ha convertido todo lo que toca: una comedia de fantoches capaces de valerse de las peores artimañas para ganarse el favor de un público ávido de diversión”¹⁹⁰.

Los puntos de vista del Premio Nobel son sin duda polémicos, pero consideramos que lo que hace es poner el dedo en la llaga. Nuestra sociedad parece estar ávida de espectáculo, de escándalo, y premia con su preferencia a aquellos medios que se los dan. En el caso de los políticos resulta claro: lo que se busca es lo sórdido, lo miserable, lo deleznable, y pocas veces se da a conocer todo lo demás. Es entendible que por su condición de personas públicas los políticos se encuentren más expuestos a los medios de comunicación, pero ello no significa de ninguna manera que los personajes públicos no tengan el derecho a la protección de su honor, de su intimidad y de su imagen.

¹⁹⁰ Cfr. VARGAS LLOSA, Mario, *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012, p. 133.

Concretamente sobre el derecho al honor que tienen los políticos, resulta muy ilustrativa también la posición de DOMINGO ZARZOSA, quien ha elaborado unos criterios muy claros que nos parece pertinente compartir. Ha dicho el autor que *“ahora mismo, se viene produciendo, tanto por nuestro más Alto Tribunal, como por corrientes doctrinales y de opinión, una preferencia del derecho a la libertad de informar contra el derecho al honor y a la propia imagen”*, que desde su punto de vista ha demeritado el derecho al honor de las personas. Por ello considera que debemos tomar en cuenta las siguientes premisas:

- 1. No se puede limitar en ningún sentido el derecho a informar y a ser informado.*
- 2. El ejercicio de ese derecho conlleva la responsabilidad del mismo.*
- 3. La exigencia y límites del informador, en cuanto a dicha responsabilidad viene dada por el derecho al honor y a la defensa de instituciones democráticas y emanadoras de valores igualmente democráticos.*
- 4. No solo la información tiene que ser cierta, sino que además no tiene que ser injusta, teniendo que ser, dichos valores, constatables y probados si así fueran exigidos y debiendo además ser siempre evaluable la compensación entre la libertad de informar y ser informados, con el derecho al honor y a la protección del valor de la democracia cuando fue afectada por una errónea o injusta información.*

Y hemos introducido la cualificación de información injusta, porque es bien conocido el tratamiento que de determinadas informaciones se hace; dicho o señalado de otra forma, informaciones que siendo particularmente ciertas, no son tratadas correctamente al hacerse ampliaciones generalizadoras y que conlleva a que la misma aunque sea cierta, por su generalización se convierta en sustancialmente injusta; así no es lo mismo decir que “tal o cual juez o político es corrupto, como que la clase política está corrompida, o los jueces son salteadores de caminos”.

Estas consideraciones, deben formularse, extensivamente, no solo para el informador final, sino también para el originario o quien hizo llegar esa perversa información al difusor de oficio o profesional, si bien no podemos olvidar que el hecho de la “gran difusión” ya parece como elemento cualificador de delictivo o de agravamiento en todos los órdenes jurídico-penales por muy antiguos o tradicionales que sean, de manera que en todos ellos existen delitos considerados como tales por razón de su publicidad o difusión, tales como la injuria o la calumnia.

- 5. Necesidad de que los afectados, personas físicas o jurídicas, instituciones o democracia como valor inspirador de sistema político aceptado por todos, cuente con un instrumento jurídico inmediato, eficaz y compensatorio del posible daño causado”¹⁹¹.*

Suscribimos en gran medida las consideraciones que hace DOMINGO ZARZOSA, puesto que no se trata de limitar la libertad de expresión o de información, que son esenciales para la vida democrática, pero sí es necesario que haya una mayor exigencia no sólo por parte de las autoridades judiciales, sino una exigencia social en general de que la información que se difunde esté apegada a la realidad, y que no se menoscabe el honor de una persona con comentarios injustos o vejatorios. Así mismo, coincidimos en la urgente necesidad de contar con un instrumento jurídico compensatorio que sea eficaz y más rápido, que brinde una auténtica protección a los perjudicados. En la actualidad desafortunadamente y como ya hemos comentado, los procesos para el resarcimiento de un daño de este tipo son lentos y poco eficientes.

Finalmente y para concluir el apartado relativo al conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y su colisión con el derecho al honor, podríamos resumir el

¹⁹¹ Cfr. DOMINGO ZARZOSA, Julián, *El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de alto funcionario y del político*, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas 1*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1992, p. 633.

sentido de la jurisprudencia señalando que si cuando se ejerce el derecho a transmitir información respecto de hechos o personas de relevancia pública adquiere preeminencia sobre el derecho a la intimidad y al honor con los que puede entrar en colisión, resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, prevalece siempre que la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que participen en ellos. En este punto, como señala la jurisprudencia, el derecho a la libertad de expresión *“alcanza su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información”*¹⁹².

Sin embargo y a pesar del sentido que han tomado las decisiones de los Tribunales, queremos mantener nuestra posición de que resulta indispensable que exista en todos los casos de conflicto un verdadero y auténtico balance de intereses, en el cual se analicen a detalle los acontecimientos y se reconozca que el derecho al honor es igualmente valioso para la existencia de un Estado democrático y de una opinión pública libre e informada que el derecho a la libre expresión. Como ya hemos dicho, el valor de la dignidad, estrechamente relacionada con el honor, resulta infaltable para el mantenimiento de la paz social, y ello no puede olvidarse.

De igual manera no podemos dejar de remarcar que consideramos que el criterio de veracidad es insuficiente para dar prevalencia al derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor. No nos resulta aceptable que en dicho criterio la verdad no sea un elemento esencial, y lo sea en cambio la diligencia que se le exige a quien difunde la información. Debe existir, desde nuestro punto de vista, una correspondencia mínima entre lo que se afirma y la realidad. De otra forma el criterio queda completamente desvirtuado.

¹⁹² Cfr. STC de 8 de junio de 1988, (RTC 1988/107).

III. EL CÓDIGO PENAL Y LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

Una vez que hemos estudiado los actos y las manifestaciones que pudieran considerarse denigratorias desde el punto de vista de la responsabilidad civil, y que hemos también repasado la LO 1/1982 que regula precisamente la protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, analizaremos ahora la legislación de carácter penal en lo que se refiere a los denominados delitos en contra del honor, concretamente la calumnia y la injuria, bosquejando sus características y la protección que efectivamente brindan al derecho al honor en el caso de manifestaciones o actos denigratorios.

A. Antecedentes

El tratamiento del derecho al honor y su protección a través de la legislación penal en la tradición española se remontan al siglo XIX, concretamente al Código Penal de 1848, en el que ya se consideraba la protección al honor de las personas, si bien es cierto que la injuria ya existía desde la antigüedad¹⁹³. Concretamente se establecía en el artículo 379 del mencionado ordenamiento el delito de injuria, que a la letra señalaba: *“es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”*. Es necesario tomar en cuenta que el Código Penal de 1822 ya codificaba la injuria, pero no es hasta la codificación de 1848 cuando se

¹⁹³ De esa forma lo expresa MACIÁ GÓMEZ, cuando señala que *“el concepto histórico de injuria se ha modificado que ésta, en su origen, no afectaba exclusivamente al derecho al honor. En la antigüedad, por ejemplo, la injuria aparecía íntimamente ligada a conductas tales como ferida de cuchillo de la que salga sangre, tirar por el pie, tirar de los pelos, meter la cabeza en el lodo o dejar al novio en el día de la boda, si bien existía un fundamentado bloque histórico en el delito de injurias que relaciona la adjetivación denostativa con la acción injuriosa y que se relacionaba con defectos físicos (podrido de la cabeza, tinnoso, vizco, circundado, corcobado, gafo...) o con aspectos públicamente deshonorosos (sarracin, a la muger de su marido puta, sodomítico, cornudo, traydor o herege)”* Cfr. MACIÁ GÓMEZ, Ramón, *El Delito de Injuria*, Cedecs, Barcelona, 1997, p. 17.

refleja con plenitud el sentimiento del honor que es tradicional en la sociedad española¹⁹⁴.

En el Código Penal de 1870 la injuria se encontraba tipificada en el artículo 471, y también incluía en el artículo 439 y siguientes lo que eran los llamados delitos de duelo, en los que inclusive se establecía una disminución en la pena, aun cuando el resultado del duelo hubiere sido la muerte o lesiones, en los casos, por ejemplo, en los que el injuriado que se hubiere batido no hubiere podido obtener del ofensor la explicación suficiente o “satisfacción decorosa” que le hubiere pedido. Así mismo, se imponía una pena con agravantes al que se hubiere batido en duelo habiendo injuriado a su adversario sin darle explicaciones suficientes¹⁹⁵.

Para el año de 1928, el Código Penal trataba en su artículo 627 la regulación de la injuria, incluyendo también en su artículo 632 la difamación, que era considerada un tipo de injuria pública. En el Código Penal de 1932 se vuelve a la definición clásica de injuria, al igual que en el Código Penal de 1944, que establecía que “*es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona*”. Resulta interesante la evolución que ha sufrido el concepto de injuria desde sus orígenes, y más concretamente desde su codificación en el siglo XIX, durante el cual una serie de acciones de lo más disímolas se consideraban injuriosas. Así, en la casuística clásica de este delito se consideraban injurias los siguientes actos¹⁹⁶:

-Afirmar que una persona es ligera e informal en sus acuerdos (STS de 4 de marzo de 1875); escribir en un periódico, tratándose de un óptico, que vende cristales comunes

¹⁹⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 1996, pp. 1023 y ss. Señala concretamente que “*el lastre de la visión “calderoniana” del exacerbado sentimiento del honor, tradicional en nuestra sociedad, se ha reflejado en unos tipos penales cuyo origen se remonta, sin grandes variaciones, al histórico Código Penal de 1848, con los que la proclamación constitucional de la libertad de expresión corría el riesgo de quedar en “papel mojado”.*”

¹⁹⁵ Cfr. MACÍA GÓMEZ, Ramón, *ob. cit.*, pp. 17 y ss.

¹⁹⁶ Cfr. MACÍA GÓMEZ, Ramón, *ob. cit.*, p. 25.

por cristal de roca (STS 17 de octubre de 1881); las palabras bribón, pillo y tunante (STS de 27 de febrero de 1883); afirmar que un sujeto tiene cualidades contrarias a la dignidad y al buen sentido (STS de 11 de octubre de 1889); publicar los antecedentes penales de un sujeto (STS de 4 de diciembre de 1889); la frase, dirigida a una mujer, de que “tenía un querido del cual pudiera ser hija una niña que diera a luz” (STS de 12 de enero de 1898); calificar de poco escrupulosa a una compañía de seguros acusándole de eludir el pago de siniestros (STS 13 de octubre de 1899); la palabra borracho (STS 13 de octubre de 1900); coger por el cuello a una persona y escupirle en la cara (STS de 9 de abril de 1900); decir que “has vendido el cadáver de tu padre en nueve duros” (STS de 22 de mayo de 1900); decir “putas, zorras, que metéis los hombres en casa”, dirigidas desde la calle a ciertas mujeres (STS de 6 de febrero de 1901); la frase “para el diputado mi desprecio por ruin, cobarde e innoble” (STS de 27 de marzo de 1901); decir “presumido, hambriento, pobre, tonto, sinvergüenza y canalla” que se dirigen al que no contesta un saludo (STS de 29 de noviembre de 1901); expulsar, sin motivo, del baile a una joven (STS de 15 de diciembre de 1902); declarar, innecesariamente, en un sumario que una persona ha tenido relaciones ilícitas con una mujer (STS de 9 de marzo de 1905).

De igual manera, dentro de la jurisprudencia clásica sobre la injuria en el siglo XIX y hasta 1940 encontramos que no se constituían delitos de injuria los siguientes¹⁹⁷:

-Tutear a una persona o la simple amenaza de injuriar (STS de 11 de mayo de 1878); los informes de las autoridades en cumplimiento de su deber, a no ser caso de probada malicia (STS de 11 de febrero de 1881); imputar un litigante al abogado de la parte contraria el hecho de que se proponía consumir en costas y gastos los bienes litigiosos (STS de 25 de febrero de 1887); el que un acreedor, después de gestiones amistosas, prevenga a su deudor que si no le señala día para reunirse, lo denunciará a los tribunales, por delitos de estafa y abuso de confianza (STS 6 de julio de 1887); la

¹⁹⁷ Cfr. MACIA GÓMEZ, Ramón, *ob. cit.*, p. 25.

palabra “fanfarrón” (STS de 3 de diciembre de 1887); calificar de timo una noticia periodística (STS de 13 de abril de 1888); los malos informes que da de un sujeto un comerciante, a quien se le interesan (STS de 11 de octubre de 1898); publicar un alcalde, por medio de un bando, el acuerdo de un Tribunal de Honor sobre la conducta de un médico, si el objeto fue cumplir lo que él creía un deber de su cargo (STS de 24 de mayo de 1905); decir a uno que “mintió a sabiendas” (STS de 9 de abril de 1906); no hay delito tampoco en el hecho de contar un rumor recogido (STS de 8 de noviembre de 1929); no hay injurias en la carta que un sujeto dirige al médico que asistió a su esposa en contestación a una minuta de honorarios, en la que le achaca errores de tratamiento (STS de 26 de octubre de 1931).

Hemos citado la enumeración anterior como clara muestra de la diversidad de criterios que han sido aplicados en el delito de injuria y la manera en que había evolucionado hasta el año de 1940. Por ejemplo, se había llegado a considerar por los tribunales que la palabra “*borracho*” sí se podía tener por injuriosa, mientras que la de “*fanfarrón*” no lo era, o bien se llegó a calificar como injuria decir que alguien era una persona ligera e informal en sus acuerdos, pero no lo era reputar de “*timo*” una noticia periodística.

MACIA GÓMEZ se ha encargado de elaborar un resumen sobre los criterios jurisprudenciales clásicos hasta el año de 1940 que muestran de manera clara cuáles habían sido las coordenadas en el caso de la injuria que habían permanecido inmutables hasta ese momento, y que bien vale la pena que citemos:

“-Es elemento integrante de este delito la intención de causar deshonra, descrédito o menosprecio (STSs de 30 de marzo de 1887, 16 de junio de 1890, 28 de junio de 1922 y 27 de marzo de 1930).

- *Para la caracterización de las injurias hay que atender no sólo al sentido y significación gramatical de las palabras, sino también a los antecedentes de hecho, lugar, ocasión, forma en que fueron dichas y demás circunstancias que*

concurrieran (STSs de 24 de noviembre de 1881, 12 de marzo de 1901, 14 de marzo de 1917, 24 de mayo de 1930 y 26 de enero de 1931)

- *La existencia de la intención de injuriar, o del animus iniuriandi, provoca, por el contrario, desde siempre, una beligerante jurisprudencia que se divide en dos líneas:*

1ª La intención de injuriar se presume de no constar lo contrario (STSs de 6 de febrero de 1917, 24 de mayo de 1929, 2 de octubre de 1931).

2ª La intención de deshonorar, desacreditar o menospreciar al ofendido ha de constar de manera cierta (STSs de 9 de octubre de 1901, 28 de enero de 1904 y 28 de junio de 1922).

- *El animus iniuriandi no se desvirtúa por el fin político que se persiga con la injuria (STSs de 9 de julio de 1912 y 23 de octubre de 1923). El ánimo de pública censura sí que excluye el animus iniuriandi (STS de 5 de diciembre de 1932), como también lo hace el animus jocandi (STSs de 25 de abril de 1905 y 15 de enero de 1921) y el animus retorquendi (STS de 19 de enero de 1932), que también actúa convirtiendo en falta el delito de injurias (STSs 12 de julio de 1899 y 28 de enero de 1899)”¹⁹⁸.*

Resulta observable a la luz de los criterios anteriormente citados que en primer lugar el “*animus iniuriandi*” era ya un aspecto polémico que dividía la jurisprudencia entre quienes consideraban que la intención se presumía salvo prueba en contrario y quienes señalaban que debía probarse de manera cierta. Por otro lado, quedaba claro que las circunstancias de modo y lugar eran determinantes para saber si se estaba en presencia o no de un delito, y no solamente debía basarse el juicio al respecto en las palabras o expresiones que hubieran sido pronunciadas.

¹⁹⁸ Cfr. MACÍA GÓMEZ, Ramón, *ob. cit.*, pp. 26 y 27.

En lo que se refiere al tratamiento actual que se le da a los delitos contra el honor, sobre los cuales abundaremos en el siguiente apartado, hay que mencionar que el Código Penal que los rige fue promulgado a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Dicha codificación ha venido a sustituir al Código Penal que se encontraba vigente desde el año de 1973, y los cambios que se han introducido en lo referente a los delitos contra el honor han sido significativos, con la intención de adecuar la normativa penal a la Constitución de 1978, como ya habrá ocasión de comentar.

B. Artículos 205 al 216: la calumnia y la injuria

En los delitos contra el honor, el código penal vigente contempla específicamente el delito de injuria, sobre el que hemos comentado algunas características, pero de igual manera tipifica el delito de calumnia, ambos con la intención de proteger el honor de la persona. Dentro del Título XI, que corresponde a los delitos contra el honor, el artículo 205 del Código Penal regula la calumnia, estableciendo que *“es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”*. En lo referente al delito de injuria, mismo que reviste una mayor importancia para nuestro estudio, dado que es el que abarca una mayor cantidad de expresiones y manifestaciones que pudieran llegar a considerarse denigratorias o que menoscaban el honor de una persona, encontramos que el Código Penal en su artículo 208 establece lo siguiente:

“Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

Para llegar a la anterior tipificación de la injuria, el Código Penal ha sido modificado para eliminar una definición de injurias graves anticuada y obsoleta, haciendo que la injuria quede reformulada sobre dos ejes que son: la institución como principio regulador de la conducta típica la lesión al principio de dignidad de la persona, y acotar el concepto de honor sobre los perfiles ya tradicionales acuñados por la doctrina, que son la fama en el lado objetivo y la propia estimación en el lado subjetivo¹⁹⁹.

Como puede verse en el párrafo primero del artículo, la injuria es definida como una acción o expresión que puede tener un resultado dañino para el honor de una persona, por ello la acción será por lo general de comisión activa, aunque también se considera que puede darse la comisión por omisión. Del análisis del texto legal encontramos que el criterio de veracidad tanto en la injuria como en la calumnia es determinante, puesto que en ambas se exige que las afirmaciones sean hechas con conocimiento de que son falsas o bien con temerario desprecio a la verdad. Dentro de las causas de justificación que pueden existir en el delito de injuria encontramos que la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión puede generar que ciertas expresiones, a pesar de ser denigratorias, no sean consideradas como antijurídicas en virtud de la preferencia que tiene el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad informativa²⁰⁰. Se considera entonces que si la afirmación

¹⁹⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *ob. cit.*, p. 1020.

²⁰⁰ En este punto, y como lo señala CONDE-PUMPIDO FERREIRO: “Como se afirma en la Sentencia del TS 807/1995 de 24 de junio el debate en torno a las injurias se traslada desde el animus iniuriandi tradicionalmente utilizado por la Jurisprudencia para el enjuiciamiento de este tipo de delitos a un distinto plano. La problemática en torno a las injurias pasa del plano de la tipicidad al plano de la antijuridicidad. No se trata ya de establecer si el ejercicio de la libertad de expresión ha ocasionado una lesión al honor penalmente sancionable, sino determinar si tal ejercicio opera o no como excluyente de la antijuridicidad. El

vertida respeta los criterios de veracidad estará protegida por la libertad de información, y que las manifestaciones o informaciones que puedan llegar a ser injuriosas (basadas en opiniones y no en hechos) estarán protegidas por la libertad de expresión siempre y cuando sean de interés público y no contengan elementos injuriosos que sean innecesarios²⁰¹. En este punto resulta evidente su similitud con la normativa de carácter civil que ya hemos comentado.

En cuanto a la calumnia, el propio Código Penal establece en su artículo 207 que *“el acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”*. Sobre todo ello comentaremos más adelante, pero resulta substancial mencionarlo puesto que resulta muy claro que en la codificación actual se da prioridad a los criterios de veracidad de la información por encima del menoscabo que pudiera generarse en el honor o en la buena imagen de un tercero, acercando así la normativa penal a lo que establece la jurisprudencia en materia civil, que también utiliza un criterio de veracidad. En el caso de la normativa penal se exige que las manifestaciones no sean hechas a sabiendas de que son falsas o bien con

*problema de la subordinación del derecho al honor a la libertad de expresión se debe resolver en el ámbito de la justificación, o sea, de la antijuridicidad. Los derechos constitucionales, que pueden entrar en conflicto con el derecho al honor son el derecho a la libre expresión de las ideas, consagrado en el art. 20.1.a) de la CE y el derecho a comunicar y recibir información del art.2.1.d) de dicha norma...” “... cuando entran el conflicto con el derecho al honor de la persona individual, los tribunales han de resolver la situación de conflicto, ponderando los intereses en juego y haciendo prevalecer el interés de mayor peso, que, generalmente será el representado por los indicados derechos a la libre expresión y a la libertad informativa. Sin embargo, la eficacia justificante de uno y otro derecho funciona de modo distinto, pues mientras el derecho a la libre expresión de las ideas no está supeditado a un contraste crítico con la verdad, en cambio, el derecho a la libre comunicación de noticias tiene como límite el respeto a la verdad, al menos, en el sentido de que el informante haya aplicado una mínima diligencia en contrastar la veracidad de la información. Como conclusión de esta doctrina sentada en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo se pueden establecer, como principios que limitan ambos derechos: a) que la libre expresión de las ideas no tiene eficacia justificante respecto de expresiones injuriosas desprovistas de interés público e innecesarias para la exposición de la sustancia del pensamiento; y b) que el derecho a la libre comunicación carece igualmente de valor justificante, cuando no respeta la verdad en el sentido antes explicado”. Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código Penal Comentado*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 648 y 649.*

²⁰¹ Cfr. CONDE-PUMPIDO, Cándido, *ob. cit.*, p. 649

temerario desprecio de la verdad, mientras que ya hemos visto que el criterio de veracidad desde el punto de vista civil exige que haya diligencia en la comprobación de la información que se proporciona, pero en ambos casos resulta claro que la información o las manifestaciones pueden estar completamente alejadas de la realidad, y sin embargo contar protección jurídica. Puede existir una manifestación que menoscabe el honor de una persona sin que se considere injuriosa si cumple con el requisito de que no se haya hecho sabiendo que es falsa o con temerario desprecio a la verdad. Y sin embargo, la manifestación puede igualmente causar un daño en la reputación del individuo.

En complemento de lo anterior, podemos decir que una de las modificaciones esenciales que sufrieron tanto el delito de injuria como el de calumnia en la actual ley penal fue precisamente la mención al conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad que de manera explícita se exige para poder establecer que nos encontramos ante una acción antijurídica. En el Código Penal de 1944, el artículo 457 establecía que *“es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona”*. Como podemos observar, no se hablaba todavía de la falsedad o del temerario desprecio a la verdad, lo que resulta determinante para nuestra investigación, puesto que el código penal vigente considera que si la información o imputación que se hace es verdadera, de acuerdo con dicho criterio de veracidad, estará exenta de considerarse delictiva, tanto en la calumnia como en la injuria, a pesar de que la información difundida no coincida en lo más mínimo con la realidad.

Como ya hemos expuesto, el delito de injuria posee especial relevancia en nuestra investigación, puesto que comprende una mayor cantidad de manifestaciones que pudieran considerarse denigratorias. La diferencia esencial entre los delitos de calumnia y de injuria se fundamenta básicamente en que para que se configure la calumnia no bastan las imputaciones genéricas, sino que deben ser tan precisas y concretas que puedan determinar el delito atribuido, mientras que en la injuria se

puede imputar o señalar cualquier tipo de falta²⁰². Tomando en cuenta lo anterior, haremos en primera instancia un análisis de los elementos y particularidades del delito de calumnia, para posteriormente hacer lo propio con el delito de injuria y ahondar con mayor profundidad en sus características.

Si analizamos la tipificación de la calumnia encontramos que si bien de manera expresa no se establece la falsedad en la imputación de un delito, si se hace de manera implícita: si se exige que se conozca su falsedad, es exigible de igual manera que la imputación sea falsa objetivamente²⁰³. En lo que se refiere al bien jurídico que pretende protegerse, desde el punto de vista objetivo encontramos que es la fama o buena imagen de que goza una persona, y desde el punto de vista subjetivo se refiere a la propia estimación (autoestima) que tenga una persona²⁰⁴. De igual manera en la calumnia, la imputación de un delito resulta punible cuando se conoce de su falsedad o se hace temerario desprecio de la verdad, como ya se ha comentado. En ambos casos las manifestaciones denigratorias pueden estar exentas de punibilidad cuando concurre en ellas el multicitado criterio de veracidad.

Atendiendo a quién puede ser el sujeto pasivo en este delito, encontramos que no hay un criterio jurisprudencial claro que establezca si las personas jurídicas pueden ser o no objeto de calumnias²⁰⁵. Sin embargo, se considera en virtud del principio *Societas*

²⁰² Cfr. STS de 16 de octubre de 1981, (RJ 1981/3664), o STS de 17 de noviembre de 1987, (RJ 1987/8534).

²⁰³ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, Granada, 2002, p. 1546.

²⁰⁴ En la STS de 3 de febrero de 1984, (RJ 1994/716) encontramos que *“la calumnia integra una infracción contra el honor, entendido éste, bien subjetivamente, como sentimiento de dignidad moral o como pundonor, amor propio, propia estimación o concepto que el sujeto tiene de sus propios méritos, valores o virtudes, bien objetivamente, como apreciación o estimación, que hacen los demás de las cualidades morales y del valor social del sujeto de que se trate, o como el buen nombre, concepto o fama, que merece frente a la opinión del mundo circundante...”*.

²⁰⁵ En este punto la STS de 7 de diciembre de 1989, (RJ 1989/8460), no admite la cualidad de sujeto pasivo a las personas jurídicas, mientras que la STS de 16 de octubre de 1989, (RJ 1989/8460) considera lo contrario.

delinquere no potest que rige en nuestro derecho, que las personas jurídicas sólo pueden ser objeto de injurias, más no de la calumnias²⁰⁶. A pesar de ello, la jurisprudencia ha admitido que las personas jurídicas podrían llegar a ser sujeto pasivo de la calumnia cuando la imputación trasciende a quienes la representan o dirigen, no así a colectivos sin personalidad²⁰⁷.

En cuanto al tipo subjetivo, lo que resulta reprochable en la conducta del sujeto activo, como ya se esbozó en el párrafo anterior, es la imputación de un delito “*con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad*”. De acuerdo con la STC de 21 de enero de 1988²⁰⁸, se establece que cuando la Constitución exige la veracidad de una información no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas o sencillamente no probadas en juicio, sino estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado²⁰⁹.

En la STS de 16 de octubre de 1989 se establece que la posibilidad de que la calumnia tenga sujeto pasivo colectivo ha sido admitida por la jurisprudencia precisamente argumentando con la repercusión de la falsa imputación sobre las personas físicas de sus componentes, y cita varias sentencias del Tribunal Supremo entre las que destacan la STS de 26 de marzo de 1926, la STS de 12 de junio de 1929 y la STS de 30 de abril de 1982, (RJ 1982/2304).

²⁰⁶ En la STS de 2 de enero de 1990, (RJ 1990/256) se establece que “...para la apreciación de la calumnia es indispensable que la especie o imputación calumniosa tenga un destinatario personalizado...”

²⁰⁷ Cfr. STS de 30 de abril de 1982, (RJ 1982/2304).

²⁰⁸ Cfr. STC de 21 de enero de 1988, (RTC 1988/6).

²⁰⁹ No estamos del todo de acuerdo con la interpretación jurisprudencial que se hace del texto constitucional, puesto que consideramos que la veracidad de la que habla la CE debe contener un mínimo de objetividad.

El ordenamiento no presta pues su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, se considera que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio²¹⁰, afirmación sobre la que ya hemos comentado y en la que no estamos de acuerdo.

Como puede observarse en virtud de la jurisprudencia citada anteriormente, lo que la normativa pretende no es que la información que se difunda sea en todos los casos verdadera, y que si no lo es constituya delito, sino que la intención es exigirle al informador o difusor un mínimo de diligencia al momento de comprobar y contrastar la veracidad de los datos que está dando a conocer. Así, el debate debe centrarse precisamente en el grado de diligencia del sujeto activo, que pueda comprobarse que ha realizado de manera seria la verificación de los hechos de manera exhaustiva, y que no simplemente ha difundido rumores o invenciones²¹¹. Sobre lo referido queremos reiterar nuestra posición de la necesidad de que sea revisado el criterio de veracidad. En el ámbito penal nos encontramos igualmente con el hecho de que la información difundida puede no tener ninguna relación con la realidad y ser considerada de todas formas como lícita si se cumple la diligencia solicitada. Ello nos parece injusto y en cierto sentido riesgoso, pues como ya hemos mencionado el daño o el menoscabo ya se han producido y debe existir la posibilidad de resarcimiento a la víctima cuando

²¹⁰ En igual sentido se manifiestan la STC de 26 de febrero de 1996, (RJ 1996/28), y la STC de 26 de marzo de 1996, (RJ 1996/52).

²¹¹ Sobre los criterios que se utilizan para determinar la diligencia del informador se pueden consultar la STC de 14 de octubre de 1998 (RTC 1998/200), la STC de 30 de junio de 1998 (RTC 1998/144), y la STC de 31 de enero de 2000 (RTC 2000/21), entre otras.

dicho daño procede de una información que no está apegada a la realidad o que es por sí misma vejatoria o injuriosa.

Ahora bien, el que fuera imputado por el delito de calumnia quedará exento de toda pena cuando fuere capaz de probar el hecho criminal que hubiere imputado, de acuerdo con lo que señala el artículo 207 del Código Penal. En este punto puede verse claramente la operatividad e importancia de la *exceptio veritatis*: si se prueba que el dicho es verdad no existe calumnia. Si bien es cierto que la afirmación puede ser desacertada por innecesaria, dado que ya en el artículo 205 se establece que sólo hay delito cuando hay falsedad²¹², consideramos que no por ello la afirmación explícita del artículo 207 sale sobrando, al contrario, viene a reforzar y a establecer de manera clara la importancia de la *exceptio veritatis* para que no pueda consumarse el tipo penal de calumnia.

En lo que toca al delito de injuria, ya hemos visto que se produce con acciones o expresiones que lesionen la dignidad de otra persona. Como resulta obvio, este tipo penal es mucho más amplio porque abarca todo tipo de informaciones y aseveraciones, siempre y cuando se consideren graves y se hayan llevado a cabo, eso sí al igual que en la calumnia, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad. El código penal vigente ha incluido la novedad de que sólo se consideran injurias las lesiones graves al honor, lo que disminuye sensiblemente su ámbito de aplicación, quedando un amplio margen para la consideración de las injurias leves que constituyen solamente una falta. Ello abre un extenso abanico de posibilidades puesto que prácticamente la distinción entre injurias graves o leves pasa a ser casuística y de carácter circunstancial²¹³. Las injurias que sean consideradas como no graves, se

²¹² Así lo considera DEL MORAL GARCIA. Cfr. DEL MORAL GARCIA, Antonio, *ob. cit.*, p. 1550.

²¹³ Así lo refieren la STC de 22 de octubre de 1987, (RJ 1987/7577), la STC de 17 de noviembre de 1987, (RJ 1987/8534), la STC de 17 de diciembre de 1987, (RJ 1987/9789), y la STC de 28 de noviembre de 1989, (RJ 1989/9334).

tramitarán a través del artículo 620.2 del propio Código Penal²¹⁴. Todo ello, a reserva de profundizar, puede resultar perjudicial para la protección del derecho al honor, porque si bien protege el derecho a la libre expresión, lo hace en detrimento del derecho al honor, puesto que ya no sólo exige el criterio de diligencia, sino que además solamente considera que hay delito de injurias cuando éstas sean reputadas como graves.

Al igual que en la calumnia, el bien jurídico que busca protegerse en la injuria es el honor de la persona. De *facto*, la calumnia podría considerarse como una injuria de mayor gravedad, puesto que se refiere también a una falsa imputación, pero en este caso de un delito²¹⁵. Para determinar la gravedad de las injurias se recurre a conceptos de difícil determinación, como son la naturaleza, efectos y circunstancias de la ofensa, quedando prácticamente al arbitrio de la autoridad judicial la determinación de dicha gravedad. Así mismo, el Código Penal establece que la imputación de hechos sólo podrá considerarse grave cuando se realice con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio a la verdad, que como ya hemos visto, son criterios que también exige el tipo penal de la calumnia²¹⁶. En este punto puede resumirse que nos

²¹⁴ MACIÁ GÓMEZ considera el párrafo segundo del artículo está referido a los insultos, a los que considera delimitados por los siguientes criterios: “-no deben consistir en la imputación de una actividad delictiva, -no deben consistir en la precisa descripción de un hecho delictivo, -tienen que lesionar la dignidad de una persona concreta, a la que específicamente se dirigen, -sólo son delito las que se consideren graves según su naturaleza, efectos y circunstancias, -las injurias no graves constituirán falta del artículo 620.2.” Cfr. MACIÁ GÓMEZ, Ramón, *ob. cit.*, p. 61

²¹⁵ Así lo considera CONDE-PUMPIDO FERREIRO, señalando que “la relación que existe entre el delito de calumnia, que se define en el art. 205 y el delito de injurias, objeto del art. 208, se caracteriza por tratarse de dos modalidades delictivas, que no se excluyen entre sí. La injuria, como acción o expresión lesiva de la dignidad de la persona en toda su extensión comprende en su radio de acción a la calumnia, como falsa imputación de un delito, que no es más que una de las posibles formas de lesionar la dignidad de la persona. Lo que ha hecho realmente el legislador es extraer del círculo de las acciones, que constituyen la injuria un sector, que considera de mayor gravedad, darle un “nomen” distinto y hacer una valoración penológica adecuada a esa mayor gravedad.” Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *ob. cit.*, p. 646.

²¹⁶ En este sentido MACIÁ GÓMEZ considera que “la imputación de hechos en el delito de injurias supone la narración desvalorizada y objetiva, sin adjetivaciones o deducciones, de un hecho concreto, objetiva y

encontramos con un delito de injurias cuando la imputación de un hecho reúna de manera conjunta las siguientes características:

“1º que lesione la dignidad, menoscabe la fama o atente contra la propia estimación del ofendido,

2º que el hecho imputado no sea subsumible en la definición típica de un delito, penado por la Ley,

3º que el hecho imputado, por su naturaleza, efectos y circunstancias sea tenido, en el concepto público, por grave,

4º que la imputación del hecho se efectúe con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio a la verdad”²¹⁷.

En lo que respecta al sujeto pasivo en el caso de la injuria podemos observar que si bien en un inicio se consideró que la protección contenida en el artículo 18.1 CE sólo se refería a las personas físicas²¹⁸, con posterioridad se produjo una rectificación que reconoce que también las personas jurídicas pueden llegar a ser objeto de injurias²¹⁹, más si consideramos que en algunos lugares del propio Código Penal existen tipificadas injurias a colectivos, a personas físicas o instituciones²²⁰.

subjetivamente definido, que no es constitutivo de un delito y viene atribuido a una persona determinada. Pero no toda imputación de un hecho, en principio, constituirá delito de injurias aunque afectare a la dignidad, a la fama o a la autoestima del perjudicado, incluso aunque sea inveraz.” Cfr. MACIÁ GÓMEZ, Ramón, ob. cit., p. 62.

²¹⁷ Cfr. MACIÁ GÓMEZ, Ramón, ob. cit., p. 62.

²¹⁸ Así lo establecían la STC de 8 de junio de 1988, (RTC 1988/107) y la STC de 22 de febrero de 1989, (RTC 1989/51).

²¹⁹ Como lo señalan la STC de 11 de noviembre de 1991 (RTC 1991/214), y la STC de 26 de septiembre de 1995 (RTC 1995/139).

²²⁰ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, Antonio, ob. cit. p. 1552.

Sobre el muy conocido *animus iniuriandi*, que exigía que para que existiese el delito de injurias era necesario que existiese un especial ánimo de lesionar el honor, y no bastaba que las manifestaciones fueran objetivamente injuriosas, con la aprobación del Código Penal en el año de 1995 se excluye toda referencia subjetiva y prácticamente elimina la base legal sobre la que se erigía el citado *animus*²²¹. Es menester señalar que consideramos acertado que el criterio se revista de mayor objetividad, al igual que sucede con la responsabilidad civil que regular el CC como ya lo hemos visto, y que se matice el tema de la intención para que pueda darse la acción ilícita. Todavía en la legislación de 1944 se consideraba que en la injuria concurrían dos elementos: el objetivo, que era la expresión o imputación, y el subjetivo, que era precisamente el *animus iniuriandi*²²². Así mismo, se tenía en consideración que era necesario diferenciar entre injurias leves, graves o falta de injurias. Todo ello daba lugar a una amplia interpretación del tipo penal, puesto que además se recurría a elementos como las circunstancias, la ocasión, el “concepto público” y otros.

²²¹ DEL MORAL GARCÍA considera que “*La modificación es digna de aplauso y enlaza con la más reciente doctrina que cada vez con mayor insistencia venía entendiendo que el animus iniuriandi había de identificarse con el dolo genérico, sin que existiese base legal ni lógica para exigir un plus respecto de ese dolo. La desaparición de la exigencia del animus iniuriandi no significa una ampliación del ámbito del delito de injurias, sino reconducir a su lugar natural de solución cada una de las cuestiones. En efecto, los problemas que venía resolviendo el TS por la vía de no apreciar la concurrencia del animus iniuriandi han de solventarse ahora en otros apartados de la teoría del delito con facilidad, permitiendo además un enfoque correcto de la cuestión y disminuyendo ese puro decisionismo judicial que hasta cierto punto caracterizaba la aplicación práctica de la teoría del animus iniuriandi.*” Cfr. DEL MORAL GARCIA, Antonio, *ob. cit.*, p. 1553.

²²² Así lo analiza con claridad MACIÁ GÓMEZ, cuando señala que “*1) el elemento objetivo, conformado por la expresión, la imputación, la acción o la omisión exteriorizada por el sujeto activo, que tiene un determinado grado de trascendencia que se traduce en una afectación al honor o el crédito de una persona determinada o determinable y 2) el elemento subjetivo, configurado por el animus iniuriandi, o voluntad directa y expresa de que la acción ejecutada sea realmente idónea de causar algún resultado lesivo para el honor previsto o previsible, sin la interferencia, en mayor o menor medida, de otras finalidades como podrían ser la crítica, la jocosa o la de corregir. Este elemento subjetivo no debe ser confundido nunca con el dolo del delito de injurias. Se encuentra próximo pero no son el mismo elemento y la confusión entre ellos inevitablemente nos llevaría a una muy difícil interpretación de los conflictos que se plantean en este tipo delictivo, en su colisión con otros derechos.*” Cfr. MACIÁ GÓMEZ, Ramón, *ob. cit.*, p. 29.

Tema sin duda importante para nuestro estudio es el referente a los casos en los que la información o manifestaciones injuriosas o calumniosas colisionen con la libertad de información o expresión, al que ya nos hemos referido en apartados anteriores cuando hemos diseccionado la LO 1/1982. Sin embargo, en el caso de la normativa penal y en este supuesto nos encontramos con un conflicto legal que se salda con la determinación de que no toda expresión o manifestación injuriosa es necesariamente delictual. Cuando la conducta del sujeto activo pueda ampararse en las libertades de expresión o de información que se encuentran contempladas en la Constitución, se considera que no hay antijuridicidad²²³. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de acotarlo, estableciendo que la protección constitucional sólo se brindará cuando cumplan con el criterio de veracidad, de relevancia y de proporcionalidad. Siendo así que cuando se verifiquen estos tres criterios no habrá antijuridicidad²²⁴.

Analizando dichos criterios encontramos que el primero de ellos, el criterio de veracidad, solamente resulta aplicable cuando hablemos de libertad de información, al igual que sucede en el caso de la normativa civil, exigiendo que el sujeto activo haya actuado con la debida diligencia en verificar que sus informaciones concuerden con la realidad²²⁵. Ya hemos expuesto nuestro punto de vista sobre la inconveniencia de dicho criterio. Enseguida se encuentra el criterio de relevancia, que está basado en la materia sobre la que tratan las opiniones o informaciones, es decir, en su contenido. Sólo podrá considerarse justificado el menoscabo al honor para proteger el derecho a la información si dicha información es de interés público. Si la información es veraz,

²²³ Cfr. STC de 15 de enero de 2001, (RTC 2001/2).

²²⁴ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *ob. cit.*, p. 1553 y ss.

²²⁵ En este sentido, ver la STC de 30 de junio de 1998, (RTC 1998/144); la STC de 14 de octubre de 1998, (RTC 1998/200); y sobre todo la STC de 15 de julio de 1999, (RTC 1999/134) que compila la doctrina constitucional sobre el “reportaje neutral”.

pero carece de interés para la opinión pública puede considerarse que existe antijuridicidad²²⁶.

Finalmente nos encontramos con el criterio de proporcionalidad, que se refiere al hecho de que las manifestaciones, expresiones o información no sean ofensivas o insultantes de manera innecesaria. Ello significa que aun considerando que la información es veraz y pertinente, para que tenga la protección constitucional las expresiones no deben ser vejatorias de manera gratuita o sin ningún sentido²²⁷.

Así pues, el derecho a la información y a la libertad de expresión prevalece sobre el derecho al honor también en el ámbito penal cuando la información o manifestaciones cumplan con los criterios de veracidad, relevancia y proporcionalidad, que como hemos visto, han creado ya una extensa doctrina. Sobre ello podemos enfatizar nuevamente la dificultad que representa la aplicación de dichos criterios, tomando en cuenta que además del ya comentado criterio de veracidad, el de relevancia es también asunto complicado en virtud de determinar en ocasiones si la información que se difunde es o no de interés público, tanto por quienes participan en ella como por el propio contenido en sí.

Siguiendo lo establecido por el Código Penal encontramos que en el caso de la injuria existe otro supuesto en el cual no existe responsabilidad por parte de quien difunde la información o es autor de las manifestaciones, y es el contemplado en el artículo 210 que señala que *“el acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la*

²²⁶ Cuando la información es veraz pero irrelevante la sanción se produce a través de la falta de injurias que artículo 620.2 del Código Penal. Así mismo, cuando el sujeto pasivo es un personaje de la vida pública y la información se refiere a aspectos de su vida que no son privados, se amplía el ámbito del derecho a la información en detrimento del derecho al honor, tal y como lo establece la STEDH de 8 de julio de 1986, (TEDH 1986/8). En el mismo sentido en el caso de personajes públicos que no tenga cargo oficial se encuentran la STC de 14 de octubre de 1998, (RTC 1998/200) o la STC de 15 de julio de 1999, (RTC 1999/134).

²²⁷ Ver en este sentido la STC de 6 de junio de 1990, (RTC 1990/105), la STC de 13 de febrero de 1995, (RTC 1995/42) o la STC de 22 de mayo de 1995, (RTC 1995/76).

verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas". Ello puede resultar redundante, puesto que ya se entiende de lo estipulado en artículos precedentes que si la información es relevante, como resulta ser en el caso de los servidores públicos, y además es veraz, las informaciones están protegidas por el texto constitucional.

Hay quienes consideran que el contenido de este artículo resulta desafortunado, como es el caso de DEL MORAL GARCÍA, quien estima que lo expresado en este precepto podría hacer pensar que se impone una suerte de inversión de la carga de la prueba de la verdad, o bien que se alienta la equívoca deducción de que si las imputaciones se realizan a particulares la verdad o no de la imputación es irrelevante²²⁸. Lo cierto es que el contenido del artículo efectivamente retoma lo ya expresado por el propio código con anterioridad y en vez de aclararlo, siembra sobre él la ambigüedad y la duda del porqué se enfatiza el caso de los funcionarios públicos como si fuesen un colectivo especial o distinto.

En la revisión de la redacción del Código Penal en cuanto a los delitos contra el honor llegamos al artículo 211, en el cual se establece que tanto la calumnia como la injuria *"se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante"*. El artículo 212 precisa que *"en los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o la injuria"*. Queda claro en la redacción de la ley penal que los medios de comunicación tienen un papel destacado cuando se habla de la difusión de contenidos denigratorios o injuriosos. Si bien la jurisprudencia había considerado que no era necesario mencionar cuantitativamente al número de personas que habían

²²⁸ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *ob. cit.*, p. 1556

tenido acceso a determinada información²²⁹, la realidad actual y sobre todo la existencia de medios electrónicos como la televisión o *Internet* hacen que dicha posición no se lleve al extremo y sea necesario tomar en cuenta la difusión que pueden haber tenido determinadas manifestaciones²³⁰.

Así mismo, el tipo agravado generado por la publicidad deberá tomar en cuenta que dicha publicidad no se haya producido de manera incidental o fortuita, o por causas ajenas a la voluntad del autor²³¹, puesto que si la publicidad no ha sido querida pero se produce a causa de la negligencia se debe excluir la agravación. En cuanto al artículo 212 queda claro que la responsabilidad subsidiaria del medio a través del cual se difunde la información o las manifestaciones se convierte en solidaria, ello para dar un sentido de coherencia con lo establecido civilmente, en donde la solidaridad está contemplada en el artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta sobre la que hablaremos más adelante.

Finalmente, resulta útil para nuestro análisis sobre las manifestaciones denigratorias en la legislación española hacer referencia a lo que establece el artículo 215 del Código Penal que señala que: *“Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra el funcionario público, Autoridad o agente de*

²²⁹ En este sentido ver STS de 11 de marzo de 1884, STS de 25 de febrero de 1890 y STS de 30 de marzo de 1904.

²³⁰ Sobre la afirmación del precepto legal que señala que la difusión puede haberse hecho *“por cualquier otro medio de eficacia semejante”*, QUINTERO OLIVARES señala que *“la amplitud del precepto parece responder a la necesidad de dar cabida, sin recurrir a ulteriores reformas, a nuevas técnicas de propagación de ideas e informaciones hoy todavía en vías de desarrollo (piénsese en las posibilidades de difusión que se ofrecen en el ámbito de sistemas integrados en las redes informáticas, como la *Internet*), y evite las continuas modificaciones actualizadoras que sufrió el correlativo precepto del anterior Código Penal (artículo 463).”* Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *ob. cit.*, p. 1045.

²³¹ En este sentido ver STS de 29 de enero de 1964, STS de 24 de junio de 1968, STS de 23 de mayo de 1984, (RJ 1984/2545) o STS de 28 de febrero de 1989, (RJ 1989/1411).

la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.” Queda de manifiesto que los delitos en contra del honor exigen la interposición de una querrela, salvo el caso en que el acusado sea un funcionario público o autoridad y la denuncia trate sobre acciones hechas por razón de su cargo. Así pues, sólo puede querrellarse o denunciar la persona ofendida o su representante legal.

En lo que se refiere a la reparación del daño causado, el artículo 216 del Código Penal establece que tanto en la calumnia como en la injuria *“se considera que la reparación del daño comprende también la publicación y divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos”*. Este precepto viene a reforzar lo que con carácter general ya establece la LO 1/1982 en su artículo 1.2 al respecto. Sin embargo, su mención expresa en la ley penal, desde nuestro punto de vista, no está de más puesto que enfatiza la intención de la norma²³².

De todo lo anteriormente referido, podemos concluir en cuanto a la protección del derecho penal al honor de las personas a través de los delitos de calumnia, y sobre todo de injuria, que se trata de conceptos que han evolucionado y se han ido formando con el paso de las codificaciones a lo largo de los siglos, pasando de considerar injuriosas inclusive las agresiones físicas hasta llegar a una idea de injuria más como una protección orientada a defender el honor de las personas y su buen nombre. Sin embargo, el paso del tiempo ha visto aparecer conceptos como la gravedad de la injuria, la publicidad, la indemnización o la *exceptio veritatis* que han permanecido en las distintas regulaciones hasta llegar a la actual. Lo que sin duda ha cambiado es lo que se refiere a la forma y el contenido de los ataques al honor, puesto que resulta evidente que las imputaciones de vicios, murmuraciones, falta de moralidad y otras más son muy distintas en su consideración actual que lo que fueron hace cincuenta o

²³² Algunos autores como DEL MORAL GARCÍA consideran que dicha inclusión en el artículo 216 es innecesaria. Cfr. DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *ob. cit.*, p. 1565.

cien años. La historia y las costumbres sociales las han ido modificando en su concepción.

Otro punto importante a tener en cuenta es el hecho de que en diferentes latitudes y en distintas épocas los conceptos de honor, autoestima, dignidad o imagen varían sin lugar a duda. Considerando que todas las personas gozan de igual dignidad y derecho al honor, la agresión o menoscabo de los mismos no produce casi nunca un resultado igual o similar. Los ámbitos en los que nos movemos tienen todos ellos códigos de conducta distintos que son tomados en cuenta por el juzgador cuando la querrela llega a sus manos. Un estadio de fútbol no puede regirse por los mismos criterios que un templo donde se profesa una determinada fe, o que un recinto universitario.

Un aspecto que no quisiéramos dejar de mencionar al final de este apartado, y al que ya hemos hecho referencia en párrafos anteriores es el referente al *animus iniuriandi*. Como hemos dicho, en el Código Penal de 1995 dicho concepto prácticamente ha desaparecido para dar paso a una concepción de la injuria más objetiva y con menos elementos subjetivos²³³. Desde nuestro punto de vista se trata de un avance digno de tomar en consideración puesto que le otorga a la víctima una mayor garantía de cara a poder defender su honor en los tribunales, y al juzgador le facilita de igual manera su labor, puesto que los elementos objetivos son más fáciles de comprobación en juicio.

Así mismo, resulta determinante en el tratamiento de las manifestaciones o informaciones denigratorias e injuriosas por la normativa penal la permanencia de la *exceptio veritatis* como criterio fundamental para determinar si hay o no antijuridicidad. Los parámetros de veracidad, relevancia y proporcionalidad que son exigidos para determinar si una información o manifestación es constitutiva de delito

²³³ Al respecto señala FUENTES OSORIO que tras la aparición del Código Penal de 1995 “se suele afirmar, con carácter general, que la actual redacción del tipo penal destierra este requisito subjetivo tanto de las injurias como de las calumnias”, pero acota que “sin embargo, todavía es común su presencia en ciertas resoluciones judiciales”. Cfr. FUENTES OSORIO, Juan Luis, “Elementos subjetivos en los delitos contra el honor”, en *REPC*, vol. XXIX, 2009, p. 281.

dejan claro que la libertad de expresión e información, con ciertos límites, prevalece sobre el derecho al honor. Y como hemos ya comentado, ni siquiera es necesario que la información sea veraz, sino tan solo que pueda comprobarse que quien la difunde no ha incurrido en negligencia y se ha conducido con rigor en la verificación de dicha información, pensando que era verdadera aun cuando no lo sea. Como la propia ley señala, se penaliza el temerario desprecio a la verdad.

Así pues, tanto en el caso de la injuria como en el de la calumnia, el Código Penal reconoce que si se prueban los criterios de veracidad de lo expresado o manifestado, el delito no existe, entendiendo que pueden llegar a existir injurias basadas en la emisión de juicios de valor u otras opiniones que no pueden ser susceptibles de una comprobación objetiva, y a las que por lo tanto no podría aplicárseles la multicitada *exceptio veritatis*²³⁴.

Para resumir finalmente lo relativo al tratamiento que da la legislación al derecho al honor que hasta ahora hemos analizado a lo largo de este capítulo, queremos destacar que es evidente que el citado derecho se encuentra supeditado al derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información. Si bien la jurisprudencia habla en diversas ocasiones de la necesidad de analizar cada caso y hacer un balance de intereses, el resultado final es que mientras se cumpla con el criterio de veracidad, se considera que no existe ilicitud en la acción. Ello nos ha llevado a discurrir sobre la conveniencia

²³⁴ Al respecto, QUINTERO OLIVARES señala que “El art. 210 CP delimita el ámbito de operatividad de la *“exceptio veritatis”* en la injuria. En primer lugar, se refiere a la prueba de verdad relativa a imputaciones; constituye éste el primer límite, por cuanto quedan excluidas, *“a sensu contrario”*, las injurias consistentes en la emisión de juicios de valor u opiniones, así como las relativas a la ejecución de actos; la *“exceptio veritatis”*, pues, en sede de injuria se limita a los supuestos de imputaciones de hechos. El segundo límite deriva de la exigencia legal (art. 210 CP) de que las referidas imputaciones se dirijan contra funcionarios públicos, teniendo por posible objeto: a) hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, b) hechos referidos a la comisión de faltas o infracciones administrativas de parte de los meritados funcionarios públicos. El fundamento de la operatividad de la *“exceptio veritatis”* en los citados supuestos se halla en una ponderación implícita de intereses efectuada por el legislador.” Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *ob. cit.*, p. 1042.

y utilidad de dicho criterio, que como ya hemos manifestado, consideramos insuficiente para que pueda considerarse como el elemento que incline la balanza. Y es insuficiente porque a pesar de ser considerado un criterio de veracidad, puede cumplirse a pesar de que la información o las manifestaciones no concuerden con la realidad. La exigencia de que el informador haya sido diligente con la obtención de la información nos parece que no resulta suficiente, puesto que ello no garantiza una mínima verdad en lo que se difunde. Desde nuestra perspectiva, el criterio de veracidad, además de considerar la diligencia de quien difunde información, debería considerar que en dicha información haya un mínimo de verdad, es decir, de correlación con la realidad. De otra manera no se entiende que dicho criterio sea de veracidad, en todo caso sería un criterio de diligencia, denominación que cambia las cosas por completo.

Así mismo, somos partidarios de que la responsabilidad por actos denigratorios sea lo más objetiva posible, y se acoten los criterios subjetivos, puesto que el daño que pueda llegar a producirse en el honor, la dignidad o imagen de una persona es irreversible, y ello debe ser tomado en cuenta. Si determinados actos o manifestaciones producen un menoscabo en el honor de una persona, éste debe ser resarcido sin lugar a dudas.

IV. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA DE DERECHO AL HONOR Y DAÑOS MORALES

En lo que se refiere a los daños morales o extrapatrimoniales relacionados con el derecho al honor, sobre los que hemos estado dilucidando, la jurisprudencia juega un papel determinante, lo que es más, algunos consideran que dicho derecho es creación prácticamente jurisprudencial. Desde hace varios años que las demandas, sentencias y dictámenes en materia de responsabilidad civil van acompañadas de citas referentes a la jurisprudencia, que en muchas ocasiones en vez de ilustrar los argumentos de

carácter jurídico se erigen como el argumento mismo. Pareciera en ocasiones que los principios generales del derecho o la interpretación de los preceptos del Código Civil que la doctrina ha ido conformando por décadas han perdido fuerza, y que lo que ahora se considera importante es encontrar una, o dos o tres sentencias que hayan resuelto el conflicto jurídico en cuestión. Aunado al hecho de que parece que hoy pesan más las bases de datos de jurisprudencia que los textos legales sustantivos y la doctrina, se tiene también que la procedencia de la resolución judicial parece no ser tan importante, teniendo que se da prácticamente igual importancia al Tribunal Constitucional que a cualquier Audiencia Provincial, llamando jurisprudencia a cualquier pronunciamiento aislado; y también parece que ya no se toma en cuenta la totalidad de los hechos, y solamente se citan los extractos o partes de la resolución que convienen a quien cita el texto, eliminando con ello cualquier contexto. Con ello se corre el riesgo de que no haya texto legal o precepto jurídico que iguale el efectismo de una frase extraída de una sentencia²³⁵.

Sin embargo y a pesar de las desventajas que se han citado, es menester mencionar que el derecho de daños efectivamente ha pasado de ser una parte menor del derecho de las obligaciones para convertirse en una disciplina, si bien de carácter civil, con vida propia. Y en esta creación la jurisprudencia y en general las resoluciones de los tribunales han sido determinantes, ello aunado a las cada día mayores exigencias de los ciudadanos en lo referente a la responsabilidad civil. La ventaja de que supone la jurisprudencia radica en el dinamismo que se le ha conferido a la materia del derecho de daños, que prácticamente a diario se va modificando por la vía judicial, mientras que la desventaja se pudiera encontrar en la carencia de seguridad jurídica que conlleva la volatilidad del sustento mismo de la materia²³⁶.

²³⁵ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, *ob. cit.*, p. 32.

²³⁶ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, *ob. cit.*, p. 33.

Resulta común que el punto de comparación en lo que respecta al derecho de daños sea la legislación de los tribunales de los Estados Unidos de América, donde las demandas por indemnización han alcanzado cotas francamente exageradas, llegando al punto en que muchas de las resoluciones en la materia son objeto noticioso por su extravagancia o franca inverosimilitud. En el caso concreto de España, además de la ya comentada y legendaria sentencia de 6 de diciembre de 1912²³⁷, que enfatiza la importancia de pueden revestir los daños morales dentro de una sociedad y que fue la primera en reconocerlos, existen varias Sentencias del Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional en materia de responsabilidad civil por daños a la intimidad y al honor que es imprescindible citar, dado que han sentado un precedente de suma importancia en la materia. Como acertadamente señala ESTRADA ALONSO, *“la materia que más se ha debatido y donde se centra el mayor interés de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 es en el campo de la información que se realiza a través de los medios de comunicación social. Concretamente, la controversia se localiza en los límites del derecho a la libertad de expresión y de información (art. 20 de la Constitución) con relación a los límites del derecho al honor (art. 18 del texto constitucional)”*²³⁸. Es por ello que hemos escogido los siguientes casos dentro de la jurisprudencia en los cuales además de tratarse la vulneración del derecho al honor, entran también en juego el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información a través de los medios de comunicación.

El primer ejemplo se refiere al famoso caso del torero *“Paquirri”*²³⁹, tratado en la sentencia en la que el Tribunal Supremo determinó que las imágenes de la muerte de este torero sí podían ser consideradas de interés general, estableciendo que *“no son*

²³⁷ Cfr. STS de 6 de diciembre de 1912. Jurisprudencia Civil, 1912, núm. 95 (Ponente: Excmo. Sr. don Rafael Bermejo).

²³⁸ Cfr. ESTRADA ALONSO, Eduardo, *ob. cit.*, p. 19.

²³⁹ Francisco Rivera Pérez, célebre diestro español que murió por una cornada recibida en el año de 1984 en la plaza de toros de Pozoblanco, en Córdoba.

tales imágenes, obtenidas en el momento mismo del ingreso en la enfermería, sino al final del espectáculo y las palabras del infortunado diestro puesto en trance tan apretado que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad, de modo tal, que si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por la decisión de la persona de la que se trata, anente a la honrosa celebridad que le proporcionaba su desgracia, a la que hacía frente con serenidad poco común”²⁴⁰.

Dicha sentencia es histórica, en virtud de que se trataba de la primera que pronunciaba el Tribunal Supremo en materia de protección al derecho a la intimidad. Sin embargo, la posterior sentencia del Tribunal Constitucional corregiría señalando que dichas imágenes no gozaban del interés general, puesto que ello llevaría a convertir en instrumento de diversión los sufrimientos y muerte de un ser humano, siendo que se trata de algo totalmente personal. Citando la sentencia se encuentra lo siguiente:

“Se trata de los momentos en que Don Francisco R. es introducido en la enfermería y examinado por los médicos; en esas imágenes se reproducen, en forma directa y claramente perceptible, las heridas sufridas, la situación y reacción del herido y la manifestación de su estado anímico, que se revela en las imágenes de sus ademanes y rostro, y que muestra ciertamente, la entereza del diestro, pero también el dolor y postración causados por las lesiones recibidas. Se trata, pues, de imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido, no sólo por la situación que reflejan en ese momento, sino también puestas en relación con el hecho de que las heridas y lesiones que allí se muestran causaron, en muy breve plazo, la muerte del torero. No cabe pues dudar de que las imágenes en cuestión, y según lo

²⁴⁰ Cfr. STS de 28 de octubre de 1986, (RJ 1986/6015).

*arriba dicho indicen en la intimidad personal y familiar de la hoy recurrente, entonces esposa, y hoy viuda, del desaparecido señor R*²⁴¹.

La sentencia no puede ser más elocuente. Se habla del dolor que las imágenes pueden llegar a generar en la familia del torero, se habla también de la angustia, y otro elemento importante es que se hace también referencia a “las pautas de nuestra cultura”, es decir, que el juzgador está tomando en cuenta las características de tiempo y lugar dentro de las cuales se difunde la información. Al leer la sentencia queda claro que el aspecto moral y la dignidad están presentes en todo momento, y que existe la firme intención de proteger, de resguardar dicha dignidad y de evitar el sufrimiento del diestro y de su familia.

Otro de los casos de mayor renombre, además del ya citado caso de “*Paquirri*”, fue el que aconteció con la publicación de la Revista Lecturas del 23 de junio de 1989, del que ya hemos adelantado algo, que dio voz a una ex empleada de Isabel Preysler que relató aspectos de su vida privada y hábitos personales, y que dio lugar a uno de los más enconados enfrentamientos entre los tribunales Supremo y Constitucional²⁴². En dicho caso, ante la demanda de la señora Preysler por la vulneración al derecho a la intimidad personal y familiar, el Tribunal Constitucional anuló la sentencia que el Tribunal Supremo previamente había dictado²⁴³ y en la que desestimaba las pretensiones de la actora, y exigió que se restableciera el derecho lesionado²⁴⁴. Ante ello, el Tribunal Supremo concedió una indemnización simbólica de 25 mil pesetas²⁴⁵

²⁴¹ Cfr. STC de 2 de diciembre de 1988, (RTC 1988/231).

²⁴² Sobre este sonado enfrentamiento, GÓMEZ POMAR ha desarrollado una interesante “teoría de juegos” sobre el comportamiento de los tribunales y sus decisiones, y lo predecibles que pueden ser desde su punto de vista. Cfr. SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ POMAR, Fernando, *Libertad de expresión y conflicto constitucional*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 83-99.

²⁴³ Cfr. STS de 31 de diciembre de 1996, (RJ 1996/9666).

²⁴⁴ Cfr. STC de 5 de mayo de 2000, (RTC 2000/115).

²⁴⁵ Cfr. STS de 20 de julio de 2000, (RJ 2000/7639).

que generó un segundo amparo, que el Tribunal Constitucional, en la sentencia de 17 de septiembre de 2001²⁴⁶ estimó el recurso contra la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000, y reconoció el quebranto al derecho a la intimidad personal y familiar de la actora, además de la insuficiente motivación y simbólica indemnización ya mencionada, anulando la sentencia del Tribunal Supremo y procediendo a reponer de manera directa la indemnización de la apelación.

En este caso, BARRIENTOS ZAMORANO resalta la diferencia de opiniones de ambos Tribunales en lo referente a la cuantificación del daño moral, ello gracias a la discrecionalidad que existe en la valoración del *quantum* a pagar por daños morales²⁴⁷. En este sentido, y como referimos anteriormente, hay quienes sugieren que el citado *quantum* indemnizatorio debe ser fijado con referencia al lucro obtenido por el demandado, puesto que la valoración de manera directa y en dinero del daño que ha sufrido la parte actora resulta sumamente difícil, puesto que el sufrimiento y quebranto moral son subjetivos, mientras que el valor objetivo de la información dentro de un mercado en la que las cosas tienen un precio es más sencillo de medir²⁴⁸.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo podemos encontrar algunos criterios para la evaluación económica del daño moral, como cuando establece que *“lo único que exige es que el daño pueda tener contenido económico, pero en modo alguno excluyente de los daños morales derivados de la pérdida de una vida humana por la afección moral que ello representa”*²⁴⁹. En otras sentencias, el propio Tribunal Supremo accede

²⁴⁶ Cfr. STC de 17 de septiembre de 2001, (RJ 2001/186).

²⁴⁷ Cabe mencionar que el desacuerdo entre ambos Tribunales prosiguió con la sentencia de 5 de noviembre de 2001, (RJ 2002/677), en la que el Tribunal Supremo replicó los argumentos que el Tribunal Constitucional había vertido en la sentencia de 20 de julio de 2000.

²⁴⁸ Esta opinión la sostiene PINTOS AGER. Cfr. PINTOS AGER, Jesús, *Comentario de la STC, 2a, 115/2000, de 5 de mayo, y sus secuelas*, en *InDret*, Abril, 2002, p. 5.

²⁴⁹ Cfr. STS de 3 de noviembre de 1988, (RJ 1988/8628).

expresamente a la reparación del daño moral, cuando señala que “*sin que las dificultades de evaluación, imposibilidad de reducir a términos monetarios la vida, supongan obstáculo insuperable alguno, por responder a escalas de valores distintas*”²⁵⁰.

Otro caso que se conoció recientemente, este relativo a presuntos daños a la imagen familiar, dio lugar a la Sentencia de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de mayo de 2005²⁵¹. Dicho asunto estaba basado en la demanda que se presentó por presunto “uso comercial” de la imagen de una familia. Los miembros del matrimonio demandante habían realizado una marcha desde su lugar de origen y con rumbo a Madrid, llevando con ellos a sus dos hijas en sillas de paseo²⁵², asunto que después se convertiría en el objeto del litigio. Los demandados en el caso eran una productora de cine y un director, que posteriormente y de manera inmediata a la marcha pública que había hecho la familia demandante, realizaron un filme llamado “*Pídele cuentas al Rey*”, que tiene precisamente como historia un matrimonio que realiza igualmente una marcha en la que lleva a su hijo pequeño en una silla de paseo. La pareja reclamaba una indemnización de daños y perjuicios por la utilización de su imagen con fines comerciales, pretendiendo cobrar una participación de los beneficios de la película. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, reconociendo el derecho de los actores a una participación de la recaudación de la película, y condenando a los demandados a abonar un 3% de los beneficios de la explotación de la película desde el estreno hasta la firmeza de la sentencia, y otro 3% de los beneficios futuros que sean devengados.

Sin embargo, la Sala se encargó de revocar dicha sentencia, absolviendo completamente a los demandados, manifestando la Audiencia que en absoluto se había utilizado la imagen real de la familia demandante, y en todo caso, se había

²⁵⁰ Cfr. STS de 10 de octubre de 1988, (RJ 1988/7399).

²⁵¹ Cfr. SAP Madrid de 13 de mayo de 2005, (AC 2005/1067).

²⁵² Una reseña más completa del caso puede leerse en LLAMAS POMBO, Eugenio, *ob. cit.*, p. 163.

utilizado la idea que tuvieron. Así mismo señalaba que ni siquiera se había pretendido la reproducción visible de sus figuras humanas, descartando con ello la posible aplicación del artículo 7 de la LO 1/1982 que se refiere a la protección de la imagen de las personas.

En la sentencia de instancia se incurrió en la confusión entre el concepto de “propia imagen” que es protegido a nivel constitucional por el artículo 18 y de manera reglamentaria por la LO 1/1982, y el sentido figurado de la palabra “imagen”, no como la representación de una persona, sino como símbolo de algo o percepción que tienen los demás de una persona²⁵³. La Sala igualmente descartó que pudiera existir fundamento legal para obtener beneficios de la película ya citada (ello es tema de la propiedad intelectual), y además negó la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto que también habían demandado los actores. Como puede verse, no existían argumentos sólidos que pudieran hablar de un agravio o daño a la imagen de este matrimonio, y tampoco se consideró que existiera un derecho de propiedad intelectual o de enriquecimiento injusto. A juicio de la Sala, la demanda no tenía sustancia jurídica.

Otro caso más es el que dio lugar a una sentencia que se publicó el 7 de febrero de 2010 por el Juzgado de Primera Instancia no. 22 de Barcelona, en la cual se condenó al demandado al pago de 120 mil euros a cada demandante (6 jugadores de fútbol), ello por lo que se consideró una intromisión ilegal en su honor e intimidad, a través de la publicación de una presunta noticia en la cual se afirmaba que dichos futbolistas habían participado en una orgía sexual en el hotel en el cual se encontraban hospedados la noche antes de cumplir un compromiso deportivo, concretamente un partido de fútbol.

²⁵³ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, *ob. cit.*, p. 165.

Resulta de interés referirnos a este caso en razón a que la indemnización debió ser pagada por dos codemandados: una cadena de televisión, que debió pagar 500 mil euros, y la sociedad responsable de la página web donde apareció la información, que pagó 100 mil euros. El punto fino en la decisión que tomó el juzgado en este caso, obligando al pago de daños al honor y la intimidad de los futbolistas (nunca se mencionaron sus nombres, pero sí el Club al que pertenecían), radica en que no pudo comprobarse la veracidad de la información, que como ya hemos mencionado, es uno de los requisitos para que prevalezca el derecho a la información sobre los demás derechos.

Los demandantes negaron rotundamente la veracidad de la información, y los demandados insistieron en que los datos estaban corroborados, pero no aportaron pruebas debido a que señalaron que estaban protegiendo a sus fuentes. Como bien señala LLAMAS POMBO:

“El requisito constitucional de la veracidad equivale a un especial deber de comprobación de la información, mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional del periodismo; deber que se acentúa cuando la información afecta al crédito de la persona a la que se refiere. Así, aunque la información sea objetivamente falsa, desde este punto de vista no deja de ser veraz si resulta errónea a pesar de haberse realizado diligentemente ese esfuerzo de comprobación”²⁵⁴.

Resulta claro que a quien difunde la información le queda la carga de probar que efectivamente ha sido diligente al momento de comprobar que los datos que está dando a conocer son apegados a la realidad, y no puede escudarse en el argumento de un presunto “secreto profesional” o de protección de sus fuentes. Aquí puede verse la insuficiencia del criterio de veracidad que hemos ya comentado.

²⁵⁴ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, *ob. cit.*, p. 162

Otro punto destacable de la sentencia en este caso es el monto que los demandados debieron pagar a los demandantes: 600 mil euros en total, repartidos entre los 5 futbolistas. La cantidad fue fijada por daño moral, y no tomó en cuenta los ingresos, pérdida de los mismos, o capacidad económica de los demandantes. El juez apoyó su resolución en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, que señala que el daño moral se ha de establecer tomando en cuenta las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión producida, para lo cual deberá tomarse en consideración la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya generado, así como el beneficio que le haya redituado a quien ha causado la lesión. En este caso puede observarse que la sentencia toma en cuenta la menor difusión de la “noticia” a través de *Internet* respecto de la capacidad que tiene un noticiario televisivo de gran audiencia, asunto que no compartimos del todo, dado que el alcance y difusión que puede tener *Internet* sobrepasa las fronteras estatales y puede ser visto en todo el mundo.

Es igualmente útil mencionar lo que el propio LLAMAS POMBO señala sobre el hecho de que la citada ley orgánica no menciona como criterio cuantificador el carácter más o menos público del ofendido. Al respecto se pregunta: “¿se hubieran repartido 600.000 euros cinco profesores de una universidad de provincias en caso de divulgación entre sus alumnos y compañeros de claustro de una información, igualmente falsa, de alcance similar?”²⁵⁵.

Otro caso que resulta interesante citar con relación a la vulneración del derecho al honor y a la intimidad, es el que se interpuso de manera solidaria en contra de “Ediciones Primera Plana, S.A.”, Don Tomás y Don Benjamín, que dio lugar a la Sentencia 808/2008²⁵⁶ por la difusión a través de la publicación “*El Periódico de Cataluña*” y de su página web de un artículo titulado “*Poder y Corruptelas*” el día 11 de noviembre de 1999. En dicha publicación, a juicio del actor se vertían afirmaciones

²⁵⁵ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, *ob. cit.*, p. 163.

²⁵⁶ Cfr. STS de 18 de septiembre de 2008, (RJ 2008/7073).

falsas y atentatorias en contra de su derecho al honor, al imputarle su participación y colaboración en *“un complicado engranaje de corrupciones de la Administración Marroquí”*, calificando a su empresa como *“empresa sanguijuela”*, y a él en lo personal como *“empresario sin escrúpulos”*.

En primera instancia, la sentencia estimó parcialmente las peticiones del demandante, resolviendo que efectivamente había un atentado al honor en su contra, y condenó a los demandados a abonar al actor la cantidad de trescientas mil pesetas (1.800 euros), a eliminar dicho artículo de la página web del periódico, y a publicar en *El Periódico de Cataluña* un resumen de la sentencia. Las dos partes recurrieron la sentencia y la Audiencia Provincial de Barcelona dictó una nueva sentencia, en la cual desestimaba la demanda con la imposición al actor de las costas que se causaron en primera instancia. En contra de esta última sentencia se interpuso el recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que declaró que no había lugar a dicho recurso interpuesto por el actor contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

Resulta sumamente interesante analizar los argumentos que utilizó el Tribunal Supremo para desestimar el recurso interpuesto por el actor:

1.- En primer término, la sentencia señalaba que no podía ser acogido el motivo de la denuncia referente a la infracción de lo dispuesto en el artículo 20.1 CE en relación con el artículo 18.1 de la misma y de la jurisprudencia que a ellos se refiere, puesto que la información difundida en el artículo periodístico que había generado el litigio era veraz. Ahondaba la sentencia al establecer que la infracción a las normas citadas en el párrafo anterior *“no puede venir basada en la negación de la veracidad de la información, que constituye una cuestión de hecho que, como tal, está reservada en su apreciación a los tribunales de instancia y en este caso la Audiencia declara en la sentencia impugnada (fundamento de derecho cuarto) que la información facilitada reúne los requisitos de veracidad que exige el artículo 20.1 de la Constitución Española”*.

Así mismo señalaba que *“la valoración de la prueba es función de la instancia y ajena a las potestades de la casación”*.

2.- En lo referente a la disconformidad del actor de que la sentencia recurrida declaraba que las expresiones empleadas en el artículo litigioso suponían un ejercicio legítimo del derecho de libertad de expresión, el Tribunal señaló que según la doctrina establecida por el propio Tribunal se considera que la limitación de un derecho ha de ser ponderada en atención a las circunstancias del caso. Para el caso concreto, la autoridad jurisdiccional consideró que las expresiones de *“empresa sanguijuela”* y *“empresario sin escrúpulos”* no pueden ser analizadas de forma separada del resto del reportaje donde se han emitido. Por tanto, y tomando en cuenta la noticia facilitada por *El Periódico de Cataluña*, el Tribunal estimó que *“la conclusión a la que correctamente llega la audiencia es la de que si se han denunciado graves irregularidades en la contratación, que constituyen información relevante, de interés público y dotada de veracidad, que efectivamente están amparadas en el derecho fundamental de información (artículo 20.1 d CE), en nada aumenta tal justificada afectación del honor la utilización de las expresiones de que se trata las cuales quedan disminuidas en su intensidad en cuanto se enmarcan en el contexto de la información y suponen mera síntesis o descripción referida a la realidad de unos hechos de notoria gravedad sobre los que se ha informado con suficiente amparo constitucional”*.

Lo anteriormente citado nos entrega conclusiones muy claras, que nos dejan ver que de acuerdo con el Tribunal Supremo la valoración de las pruebas es un asunto de la instancia y no de la casación. Siendo así, los Tribunales de instancia son quienes deben determinar si la información difundida se corresponde o no con la verdad. Así mismo, se deduce que las expresiones vejatorias o agraviantes deben ser valoradas en su contexto y nunca de manera individual. Si dichas expresiones son la síntesis de una información de interés público que es verdadera podría ser que no fueran consideradas como dañinas.

Si bien son varias las cuestiones que se analizan en las sentencias, la más interesante de ellas es que no se puede amparar dentro del ejercicio de las libertades de expresión e información la violación flagrante que se hace al derecho a la libre competencia. Por el otro lado, resulta interesante la parte que revoca la sentencia, al desestimar la medida en relación con los otros términos que ya hemos citado. Si bien es cierto que dichos pronunciamientos tal vez no afecten la reputación de la parte demandante, no lo es menos que no se trata de expresiones que contribuyan en absoluto a la formación de la opinión pública. Por el contrario, es evidente que claramente sobrepasan otro de los límites que ha señalado en repetidas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo relativo al ejercicio del derecho a la información, que se refiere a la ausencia de manifestaciones insultantes o vejatorias, que no añaden nada a la información y no contribuyen bajo ninguna óptica a la formación de la opinión pública²⁵⁷. Como puede verse, se considera que el derecho a la información es predominante sobre el derecho al honor cuando la información que se vierte es verdadera y de interés público. No existe según los Tribunales intromisión ilegítima que pueda ser alegada en estos casos.

V. EL DERECHO AL HONOR EN EL SIGLO XXI: *INTERNET* COMO MEDIO PARA LA DENIGRACIÓN.

La modernización de los medios de comunicación para la difusión de noticias y todo tipo de manifestaciones ha tenido, es verdad, efectos sumamente beneficiosos como la velocidad con que los hechos son conocidos en todo el mundo. El nacimiento de las tecnologías digitales y su cada día más frecuente utilización en la vida cotidiana de las personas ha significado sin lugar a dudas un gran avance en lo que se refiere a facilitar el trabajo, las comunicaciones e inclusive la diversión y ha hecho que las técnicas

²⁵⁷ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, *ob. cit.*, p. 180.

utilizadas en la transmisión de informaciones y su tratamiento generen una comunicación y difusión de la información cada vez más veloz. Dentro de dichas tecnologías ocupa un lugar preponderante *Internet*, que se ha erigido como el medio de comunicación más rápido y consultado de nuestros días. Lo que a la televisión le llevo medio siglo lograr en términos de penetración profunda en todos los estratos sociales, *Internet* lo ha logrado en pocos años.

Según la Real Academia Española, *Internet* se define como “*Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directas entre computadoras u ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación*”. Se trata de un conjunto de ordenadores de varios tipos que comparten conexión entre ellos mediante un lenguaje especial, y que como veremos, puede tener infinidad de utilidades. Su nacimiento data del año de 1962, cuando en los Estados Unidos de América, dentro de la ARPA (*Advanced Research Projects Agency*) se tuvo la idea de interconectar una serie de ordenadores para tener con ello un acceso más rápido a la información que contenían. Dicha red estaba basada en lo que se denominó “conmutación de paquetes”, que establecía un sistema de transmisión de la información basado en la descomposición de la información en muchas partes más pequeñas, los denominados paquetes, y el envío de ellos de manera independiente²⁵⁸. Tomando como base dicho sistema de “conmutación de paquetes” se creó una red denominada ARPANET (perteneciente a la mencionada ARPA), que conectaba de manera directa a cuatro de los centros universitarios más importantes de los Estados Unidos en aquel momento: *UCLA, Stanford, Santa Barbara y Utah*²⁵⁹.

La evolución que tuvo la citada ARPANET para convertirse en *Internet* tal y como lo conocemos en la actualidad no se dio de la noche a la mañana. En un inicio la pretensión era simplemente mejorar las prestaciones de la red que se había

²⁵⁸ Cfr. PEGUERA POCH, Miquel, *Derecho y nuevas tecnologías*, UOC, Barcelona, 2005, p. 21.

²⁵⁹ Cfr. PEGUERA POCH, Miquel, *ob. cit.*, p.22.

construido. Sin embargo, para construir una red de redes como es *Internet*, fue necesario madurar la idea de una interconexión de varias o muchas redes independientes y además distintas, hasta llegar a la denominada *World Wide Web* (www), que es un conjunto de protocolos que permite la consulta remota de archivos de hipertexto. Es este servicio lo que nosotros conocemos como “la Red” y a través del cual “navegamos”.

Internet ha permitido a la sociedad actual borrar prácticamente todas las barreras pre-existentes en lo referente a la comunicación y a la información. Al día de hoy, un hecho que se produce en cierta latitud puede ser conocido al otro extremo del globo terrestre en cuestión de segundos. Solamente es necesario contar con un ordenador (a veces ni eso, dada la aparición muy reciente de pequeños dispositivos electrónicos o de los propios móviles denominados “inteligentes”) y con una conexión que nos permita estar conectados a lo que se denomina el “ciberespacio”. MENENDEZ MATO hace una descripción muy precisa y completa de lo que significa y es cuando señala que “*se aprecia claramente que Internet no se reduce simplemente a ser otro medio de comunicación moderno, como podría serlo el fax o el telex. Por el contrario, podría definirse como una infraestructura informática –una red de redes-, asentada en un lenguaje técnico basado en el conjunto de protocolos TCP/IP, que permite la integración de todas las nuevas tecnologías electrónicas y de telecomunicaciones (radio, TV, vídeo, DVD, móviles, etc.) y que, mediante el empleo de un conjunto de aplicaciones (www, correo electrónico, intercambio de ficheros, chat, videoconferencia...), permite acceder a una variedad de servicios y utilidades: medio de comunicación, obtención de información, comercio electrónico, formación y educación, diversión, acción en comunidad, sanidad, etc.*”²⁶⁰

Los innumerables cambios y evoluciones en materia tecnológica y de medios de comunicación y el enorme poder de difusión que se tiene en la actualidad, han

²⁶⁰ Cfr. MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, *El contrato vía Internet*, J.M. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 34-35.

conducido a que se haga cada día más evidente la posibilidad que existe de lesionar distintos derechos que son merecedores de una tutela jurídica a través de dichos medios. Por ello no son pocas las ocasiones en que a través de *Internet* se vulnera el derecho al honor de las personas cuando se difunden informaciones que no coinciden con la realidad, o que afectan la intimidad de los individuos; o bien, se expresan manifestaciones denigratorias que pueden llegar a dañar el crédito o menoscabar el prestigio de una persona o ente económico²⁶¹. Dicha consideración es compartida por MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS cuando señala que *“hasta fechas recientes, las intromisiones en el derecho al honor provenían de manifestaciones realizadas en diversos medios de comunicación, ya sean escritos o audiovisuales. Sin embargo, en los últimos tiempos la aparición de Internet y el empleo en dicha red de diversas aplicaciones o herramientas de transmisión de la información y de las opiniones –webs, chats, foros, blogs, redes sociales, como los medios más empleados- permite una mayor difusión de tales contenidos, más allá de los posibles destinatarios de un periódico tradicional e, incluso, que los oyentes de radio y televidentes de televisión”*²⁶²

Otros autores van más allá y consideran que *Internet* ha dado una nueva configuración a las fronteras, a las naciones y a la concepción del Derecho mismo. Entre ellos se encuentra MUÑOZ MACHADO quien ha expresado que *“las fronteras de los Estados se desmoronan ante la arquitectura universal de la gran telaraña, de manera que los prestadores de servicios y sus usuarios se desenvuelven en un mercado de difícil gobierno, creado en libertad y dispuesto a absorber para sí la mayor parte del tráfico económico, que hasta el fin de siglo, se desarrollaba mediante transacciones directas,*

²⁶¹ Lo que señalan PEINADO GRACIA y SOLANA se hace cada día más evidente: *“la evolución de las tecnologías, vertiginosa y, en cualquier caso, muy positiva, en los últimos años genera cuestiones y situaciones novedosas y difícilmente previsibles para el legislador y los juristas hace apenas unos años”*. Cfr. PEINADO GRACIA, Juan Ignacio y SOLANA, Diego, *“Press clipping: competencia desleal y propiedad intelectual”*, en RCD, No.2, 2008, p. 38.

²⁶² Cfr. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, *ob. cit.*, p. 415.

con referencias territoriales normalmente concretas respecto de la nacionalidad y el domicilio de los intervinientes"²⁶³.

Un ejemplo claro de las complicaciones que supone *Internet* para el universo jurídico, y que fue también de los primeros en acontecer, se dio en Australia en el año 2000, cuando se publicó un artículo en versión electrónica en la revista *Barron's* del mes de octubre de ese mismo año, en el que se acusaba al magnate minero Joseph Gutnick de una serie de actos delictivos, incluido el lavado de dinero. Debido a la gran difusión que tuvo el artículo, el agraviado decidió demandar ante la justicia australiana a la compañía *Dow Jones*, propietaria de la revista, por la violación de sus derechos al honor y a su buen nombre.

El debate del caso se centró en lo referente a la competencia de la justicia australiana para conocer del asunto, puesto que los servidores de la empresa informativa se encontraban en los Estados Unidos. Al respecto, la Suprema Corte de Australia decidió que, de la misma manera que frente a los medios escritos, las consecuencias de las imputaciones deshonorosas y sus efectos legales deberían revisarse en el lugar en donde son leídos, y principalmente donde la víctima afectada vive y realiza sus actividades, es decir, donde es conocido. En este caso el lugar era claramente Australia. El juicio resultó sumamente interesante en lo relativo a la difusión de información a través de *Internet*, dado que la empresa demandada arguyó que si se exponía a los editores en *Internet* a acusaciones por difamación en todos los lugares donde se había descargado el artículo llevaría a reclamaciones en todo el orbe, y sería una clara restricción del derecho a la libertad de expresión. A final de cuentas, el tribunal australiano desestimó los argumentos ya citados de *Dow Jones*, y sostuvo que sólo podría aceptarse una demanda si la persona agraviada tiene en juego su

²⁶³ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La Regulación de la Red*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 18 y 19.

reputación en el lugar en que se publicó el material, en este caso Australia, la patria del magnate²⁶⁴.

El caso anterior nos lleva a reflexionar sobre lo que señala M. ALBERTOS, referente la existencia de dos factores que son perturbadores y que dadas las nuevas formas de informar, amenazan la correcta evolución del periodismo con vistas al futuro: la tendencia a considerar la noticia como algo que forma parte del mundo del espectáculo²⁶⁵, y la tendencia igualmente perniciosa que conduce al olvido de la deseable distinción entre relatos y comentarios²⁶⁶. Es decir, se busca en ocasiones solamente la espectacularidad, y se mezclan los comentarios y los calificativos al margen de los hechos. Como bien señala el citado autor, uno de los graves problemas en los medios de comunicación es que se ha pasado a que quienes dirigen dichos medios sean meros ejecutivos de empresa o directivos, y no profesionales de la

²⁶⁴ Puede leerse el caso completo y a detalle en CHARRUPI HERNÁNDEZ, Néstor Raúl, *Tutela del derecho al honor en la sociedad de la información*, en RDP, 2006, pp. 195 y ss.

²⁶⁵ Sobre ello ha dicho el ya citado Premio Nobel Mario Vargas Llosa: *“Convertir la información en un instrumento de diversión es abrir poco a poco las puertas a la legitimidad de lo que, antes, se refugiaba en un periodismo marginal y casi clandestino: el escándalo, la infidencia, el chisme, la violación de la privacidad, cuando no –en los casos peores–, al libelo, la calumnia y el infundio. Porque no existe forma más eficaz de entretener y divertir que alimentando las bajas pasiones del común de los mortales. Entre éstas ocupa un lugar epónimo la revelación de la intimidad del prójimo, sobre todo si es una figura pública, conocida y prestigiada. Éste es un deporte que el periodismo de nuestros días practica sin escrúpulos, amparado en el derecho a la libertad de información. Aunque existen leyes al respecto y algunas veces –raras veces– hay procesos y sentencias jurídicas que penalizan los excesos, se trata de una costumbre cada vez más generalizada que ha conseguido, de hecho, que en nuestra época la privacidad desaparezca, que ningún rincón de la vida de cualquiera que ocupe la escena pública se libre de ser investigado, revelado y explotado a fin de saciar esa hambre voraz de entretenimiento y diversión que periódicos, revistas y programas de información están obligados a tener en cuenta si quieren sobrevivir y no ser expulsados del mercado. Al mismo tiempo que actúan así, en respuesta a una exigencia de su público, los órganos de prensa, sin quererlo y sin saberlo, contribuyen mejor que nadie a consolidar esa civilización light que ha dado a la frivolidad la supremacía que antes tuvieron las ideas y las realizaciones artísticas”*. Cfr. VARGAS LLOSA, Mario, *ob. cit.*, p. 56.

²⁶⁶ Cfr. M. ALBERTOS, José Luis, *El periodismo en el siglo XXI: más allá del rumor y por encima del caos*, en *Estudios sobre el mensaje periodístico No. 5*, p. 15 y ss.

comunicación, con las consecuencias que ello implica, y ello debido a que los medios de comunicación son ahora vistos más como un negocio. Así mismo, en la actualidad parece que la velocidad en la información va primero que la fiabilidad y calidad de la misma. Cabría aquí citar lo que escribió IGNACIO RAMONET al respecto en el periódico El País:

“En plena crisis informacional, la irrupción de Internet aumenta el sentimiento de caos, porque establece definitivamente el tiempo real, la instantaneidad, como ritmo normal de la información. Y porque cualifica el rumor, la noticia no verificada, como una categoría perfectamente natural de la información”²⁶⁷.

Internet ha sido utilizado como medio de información y al igual que los otros medios utilizados por el ser humano para informar, expresarse o manifestarse, no está exento de que a través de su utilización puedan cometerse atropellos o violaciones a la legislación vigente y a los derechos de las personas que puedan generar daños a la imagen, la honra, o la intimidad de dichas personas; o bien menoscabar el crédito de un tercero dentro del mercado como ya hemos dicho. Al igual que los demás medios de comunicación y de información, *Internet* posee ciertas particularidades en su funcionamiento que no podemos ignorar para conseguir entender el alcance que tiene como medio de información y las consecuencias de su utilización, si bien es cierto que de entrada su tratamiento legal en materia de derecho al honor no se distingue del que reciben otros medios de comunicación.

Internet es el medio de comunicación más rápido que existe actualmente, y el único que permite hacer actualizaciones noticiosas e informativas en tiempo real, estando en funciones las 24 horas del día. Lo mismo da si son las 2 de la tarde o las 3 de la mañana, los portales de *Internet* de las empresas informativas pueden estar actualizados en cualquier momento. Ello marca la diferencia entre *Internet* y todos los

²⁶⁷ Cfr. M. ALBERTOS, José Luis, *ob. cit.*, p. 15.

medios de comunicación actuales y los que le han precedido, y por esa razón en la actualidad, las implicaciones de difundir a través de este medio una determinada información, ya sea imagen o sonido, son de proporciones descomunales si se tiene en cuenta la gran capacidad de difusión que posee la red, y los millones de usuarios que tiene²⁶⁸. Como sugiere CHARRUPI, *“no se trata pues, como puede suceder con otro medio de comunicación, de una repercusión de una determinada localidad o país y por un tiempo determinado sino que, por el contrario, un agravio, ofensa, difamación contra una persona en Internet, tiene una incidencia mundial y puede circular en el ciberespacio por un tiempo indeterminado causando de esta forma perjuicios en ocasiones irreparables.”*²⁶⁹

Otro ejemplo del extraordinario poder de *Internet* es el papel que desempeñó en la crisis económica que comenzó en 2008, ello como instrumento que permitió la difusión casi al momento de diversas informaciones y rumores en materia bursátil a nivel internacional. Como bien han señalado RODRIGUEZ DE VILLA Y HUERTA VIESCA al respecto, se dio a través de *Internet* *“la difusión de informaciones y rumores atinentes a una sociedad cotizada, informaciones que durante 2008 afectaron en no pocas ocasiones a aspectos tan relevantes para los inversores como la posibilidad de que determinadas sociedades cotizadas incurriesen en pérdidas, recortasen o eliminasen el reparto de dividendos, fuesen a presentar futuros profit warnings, fuesen a solicitar su declaración en concurso, ser objeto de plan de rescate...”*, todo ello dejando consecuencias devastadoras para el sistema financiero internacional²⁷⁰.

²⁶⁸ Solamente en España el número de usuarios con acceso a *Internet* supera los 24 millones de personas, es decir, alrededor del 60% de la población total. Es además el único medio con cifras de crecimiento positivo desde el inicio de la crisis. Consultado en: <http://www.mundocrm.com/marketing/vp-tid:5-pid:26-INTERNET-ESTADISTICAS-ESPANA-2010.html>

²⁶⁹ Cfr. CHARRUPI HERNÁNDEZ, Néstor Raúl, *ob. cit.*, p. 200.

²⁷⁰ Cfr. RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel, y HUERTA VIESCA, María Isabel, “Emisores e Internet ante los criterios de la CNMV para la gestión de noticias y rumores difundidos sobre los valores cotizados”, en *RBB*, número 116, octubre-diciembre de 2009, pp. 170 y ss.

Las empresas informativas y no solamente las personas se han visto incluidas en esta vorágine que ha generado *Internet*, y no son pocas las veces que las mencionadas empresas se han visto envueltas en casos de denigración, competencia desleal, o bien agresión a la imagen y vida privada de las personas. La invención de *Internet* y su inserción en la vida cotidiana de las personas como medio de información y de comunicación, ha cambiado el panorama. Ahora no se necesita tener una imprenta y muchos colaboradores para poder difundir noticias e información. Basta una conexión a *Internet* y un pequeño aparato, ya sea ordenador o cualquier otro de los que pueden conectarse, y la persona que está al mando podrá enviar información hasta el lugar más alejado del globo terráqueo.

Sin embargo, la información de calidad, contrastada, analizada y bien manejada, sigue siendo propiedad de unos cuantos, como lo son los periódicos serios y dirigidos por profesionales, asunto que no ha sido ajeno a los consumidores de información, que aún con el uso de *Internet* han establecido una batalla por distinguir entre las noticias veraces y oportunas, y las que no lo son. Al día de hoy, todos los grandes periódicos del mundo, configurados como empresas informativas serias y potentes, poseen un sitio web o página de *Internet* a través de la cual difunden sus informaciones y noticias²⁷¹, siendo que a partir de 1994 la mayoría de los periódicos comenzaron a plantearse seriamente la necesidad de entregar la información de manera digital. Antes de ello existía la convicción de que pasarían todavía muchos años antes de que tener que pensar en otro formato que no fuera el impreso²⁷².

²⁷¹ Los orígenes de los periódicos digitales o electrónicos se remontan al año de 1970 en Inglaterra, cuando salió al mercado el *Viewtel 2002*, que era la versión electrónica del diario *Birmingham Post and Mail*, y que se transmitía a través de teletexto. En España se tiene considerado que la primera edición digital fue la revista *“El Temps”*, en 1994, que abrió la puerta para que posteriormente varios periódicos, algunos de ellos en Cataluña como *La Vanguardia* y *El Periódico de Catalunya* salieran al ciberespacio a mediados de la década de los noventa del siglo pasado. Cfr. MARCOS RECIO, Juan Carlos, *“Una década de periódicos en Internet: estrategias documentales”* en *RSID*, 2005, pp. 64-65.

²⁷² Los primeros intentos de entregar la información en soportes digitales se generan en las áreas informáticas y de infografía de los propios periódicos. En esos primeros intentos se encuentra que la

Aunado a lo anterior se destacó una realidad incontestable: las ediciones digitales de los periódicos hacen que las ediciones tradicionales en papel se vean obsoletas. Si bien parte de la información en las ediciones tradicionales es actual al momento de llegar a manos del lector, una gran parte ya ha evolucionado y cambiado. Por ejemplo, acontecimientos en otras latitudes que por la diferencia de horarios no pueden ser contemplados en la edición impresa, en la edición digital aparecen al momento y pueden irse actualizando. Así, las grandes catástrofes naturales o los eventos de importancia mundial como los Juegos Olímpicos encuentran en el medio digital un aliado natural, puesto que la información puede ser difundida en el momento en el que se está produciendo. Aunado a las ventajas ya citadas para las ediciones digitales de los periódicos, se añade otra más: la posibilidad de interactuar con el lector. Prácticamente todas las ediciones de los periódicos en *Internet* cuentan con espacios en los cuales los lectores pueden verter sus opiniones sobre las noticias, y en ocasiones hasta complementar las informaciones. Además, muchos periódicos digitales facilitan al usuario enlaces con los conocidos “blogs”, en los cuales se amplía la información y los contenidos, y el usuario puede leer otras opiniones y ampliar su perspectiva.

información que contienen es muy poco comparada con la que contienen las ediciones on-line de nuestros días, y además que la actualización de dicha información se da, al igual que en la edición impresa, solamente una vez al día. Lejos estaban las ediciones digitales actuales que están dando la información y las noticias en tiempo real. Posterior a esos primeros pasos a mediados de la década de los noventa del siglo XX, la evolución se produce de manera vertiginosa, y para fines del siglo prácticamente todos los periódicos que circulan en España tienen ya una página en el ciberespacio donde la información es actualizada constantemente. En aquel momento ya no sólo se pretendía ofrecer contenidos, sino que la manera de ofrecerlos y sus variantes se convirtió en un tema central. Internet fue entonces un detonador de carácter tecnológico para una revolución sin precedentes: se modificaron la composición y los diseños, se hizo posible la consulta en la hemeroteca digital de números atrasados, se ampliaron los servicios para hacer los contenidos más dinámicos y adaptarse a las necesidades del lector; en una palabra, la información no era sólo lo que se producía a lo largo del día, sino que comenzaba a mirar hacia el futuro. Cfr. MARCOS RECIO, Juan Carlos, *ob. cit.*, pp. 66-67.

Otro de los temas importantes en la evolución de la edición escrita a la edición digital de los periódicos fue el de la conservación de su propia memoria²⁷³, que al día de hoy puede ser consultada en muchas ocasiones “on-line”, debido a que los periódicos y revistas han inclusive digitalizado ediciones anteriores a la aparición de *Internet* como soporte noticioso. Es por ello que millones de personas fundamentan sus criterios y toman decisiones basados en la información que leen en las ediciones digitales de *El País* y el *ABC*, en España; el *Washington Post* y el *New York Times* en los Estados Unidos; *Le Monde* en Francia; *El Clarín* en Argentina; *El Universal* en México, por citar algunos ejemplos²⁷⁴.

Toda la vorágine que se ha suscitado con la revolución tecnológica en los medios de comunicación ha tenido como una de sus consecuencias el hecho ya multicitado de que ante la premura por dar a conocer la información a través de los medios electrónicos, y concretamente de *Internet*, ha generado que dicha información en ocasiones no sea citada con exactitud, y que pueda por consiguiente menoscabar el prestigio o reputación de terceros, o bien atentar contra la intimidad y la vida privada de las personas. Sucede en la actualidad que las técnicas documentales se han retrasado con respecto a la velocidad que ofrecen los medios. Hoy el negocio de los medios de comunicación parece estar en ofrecer las noticias a la mayor velocidad posible, independientemente de que dicha información esté bien preparada y sobre todo contrastada. Ello ha llevado a que en ocasiones la información que llega al público que la lee o escucha es parcialmente cierta, o a veces totalmente falsa, con las consecuencias que ello puede tener.

Me permito citar un ejemplo acontecido en México: el secuestro del excandidato presidencial derechista Diego Fernández de Cevallos acontecido en el año 2010, y

²⁷³ Cfr. MARCOS RECIO, Juan Carlos, *ob. cit.*, p. 70.

²⁷⁴ Se pueden consultar dichos periódicos en: www.elpais.es, www.washington.com, www.nyt.com, www.Lemonde.fr, www.elclarin.ar, www.el-universal.com.mx.

liberado en 2011. Dada la crispación social que produjo este hecho y la competencia por ganar la noticia con referencia al mencionado secuestro, ello derivó en que en más de una ocasión importantes periódicos mexicanos publicaran en su sitio web como un hecho la liberación del político, para horas más tarde volver sobre sus pasos y rectificar que aún no había sido liberado. Sin embargo, para esos periódicos y para sus lectores, el mencionado personaje estuvo “libre” por varias horas siendo que seguía cautivo por sus raptos. El ansia de dar a conocer la primicia de la liberación del político pudo más que la contrastación de la veracidad de la noticia. Las empresas informativas, en su deseo de ganar la noticia por velocidad, una vez más cayeron en la falsedad, con las consecuencias que ya se han comentado.

Retomando el análisis estrictamente jurídico, de manera general debemos señalar que *“la comunicación pública en Internet no está sujeta a restricciones ni condicionantes apriorísticos, hallándose sometida a las disposiciones generales sobre libertad de expresión, con el amparo del art. 20.1 CE”*²⁷⁵. Concretamente en lo que se refiere a la responsabilidad civil por intromisiones en el derecho al honor, la misma debe recaer sobre el autor real o responsable directo de la misma. Sin embargo, en el caso de los medios de comunicación y cuando la intromisión se realiza a través de la imprenta, radiodifusión o cualquier medio de eficacia semejante, la responsabilidad se extiende también a los responsables de los propios medios de comunicación a través de una doble vía, una de las cuales es la responsabilidad civil extracontractual que está contemplada en los artículos 1902 y 1903 CC, siendo que la otra es la establecida por el artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta. Si nos referimos a la primera, el Tribunal Supremo ha establecido a través de la STS de 20 de febrero de 1989 que *“el criterio de la solidaridad a los responsables del acto ilícito extracontractual es plenamente aplicable a los supuestos de responsabilidad regulados por la Ley Orgánica*

²⁷⁵ Cfr. GARCÍA NORIEGA, Antonio, *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, p. 147.

*1/1982, fundamentándose tal solidaridad, principalmente, en obtener una mayor eficacia de la protección de los perjudicados*²⁷⁶.

Por el otro lado, y a pesar de que la Ley de Prensa e Imprenta es preconstitucional (1966), se establece una responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, que será exigible a los autores, pero también a los editores, impresores, importadores o distribuidores de impresos que sean extranjeros. Si bien es cierto que dicha disposición se refiere a medios escritos, la responsabilidad de carácter solidario que establece se ha extendido de manera analógica tanto a la radio como a la televisión²⁷⁷. Considerando lo anterior nos encontramos con que la responsabilidad de los dueños de una empresa editora, una radiodifusora o una televisiva en el caso de vulneración al derecho al honor puede exigirse a través del artículo 1903 CC en relación con el artículo 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, mientras que cuando se pretende fincar la responsabilidad al autor material del ilícito se puede recurrir a la culpa extracontractual del artículo 1902 CC. Ahora bien, en el caso de la vulneración del derecho al honor a través de *Internet*, y tomando en cuenta la dificultad de encontrar al autor o autores materiales de una determinada publicación injuriosa, se ha tomado la decisión de extender la responsabilidad a los demás actores que participan en un caso de este tipo, incluyendo así a los prestadores de servicios dentro de la sociedad de la información. Los prestadores de servicios son aquellos que facilitan el acceso a *Internet*, la transmisión de datos por redes de comunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de *Internet* solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros, y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso o recopilación de datos

²⁷⁶ Cfr. STS de 20 de febrero de 1989, (RJ 1989/1213).

²⁷⁷ Cfr. CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *ob. cit.*, p. 122.

o de enlaces a otros sitios de Internet. Dichos proveedores pueden ser personas físicas o personas morales²⁷⁸.

Al respecto de los prestadores de servicios y su responsabilidad, la Audiencia Provincial de Barcelona se ha pronunciado a través de la SAP Barcelona de 29 de noviembre de 2011 señalando que *“de la lectura de los preámbulos de la Directiva 2000/31/CE y de la Ley 34/2002 se extrae que las normas tienen por finalidad la protección y confianza de los usuarios del medio y evitar actos ilícitos, de tipo penal o civil, de forma que regulan normas de responsabilidad y sanciones a los prestadores del servicio en caso de incumplimiento de la Ley. Destaca, en especial, la Directiva comunitaria, en la que se expone (párrafos 40 y ss.) que “en algunos casos, los prestadores de servicios tienen el deber de actuar para evitar y poner fin a actividades ilegales, como elaborar mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella.” Establece también que “en especial habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos cuando tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas”.*²⁷⁹

Leyendo la resolución resulta evidente la responsabilidad que tienen los prestadores de servicios informáticos en la prevención y el combate de las actividades ilícitas, incluyendo, como iremos viendo, las agresiones en contra del derecho al honor. Dentro del marco de la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, se establecen las obligaciones de los prestadores de servicios dentro de la sociedad de la información. Concretamente en el preámbulo puede leerse que *“la Ley establece, asimismo, las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para*

²⁷⁸ Cfr. CONTRERAS NAVIDAD, Salvador, *ob. cit.*, p. 134.

²⁷⁹ Cfr. SAP Barcelona de 29 de noviembre de 2011, (AC 2011/141).

impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. Las responsabilidades que pueden derivar del incumplimiento de estas normas no son sólo de orden administrativo, sino de tipo civil o penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables.”

Con todo ello, cuando la agresión al derecho al honor se realiza a través del sitio web de un medio de comunicación, llámese periódico o cualquier otro, la responsabilidad además de ser del autor de la manifestación o de la información y solidariamente de los dueños y directivos del medio, puede ser también, en determinados casos, de quienes le prestan a dicho sitio web servicios informáticos²⁸⁰. De acuerdo con la ya mencionada Ley 34/2002, a través de su artículo 16, se establece que “los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse...” y especifica que “la exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.”

Así, la responsabilidad que puede fincarse a los prestadores de servicios informáticos cuando se ven involucrados en un caso de menoscabo al honor no son absolutos, y tienen la protección de que sólo se les podrá reprochar su comportamiento en los casos en que sepan que la información que almacenan es ilícita o vulnera algún derecho, o bien cuando sabiéndolo no actúen con la diligencia debida para retirar dichos datos²⁸¹.

Ahora bien, una vez establecido quiénes pueden ser responsables por la difusión de contenido denigratorio o vejatorio del derecho al honor a través de *Internet*, que como hemos visto puede no ser sólo su autor directo, sino también los propietarios de los medios de comunicación a través de los cuales comete el acto ilícito, y también sus prestadores de servicios informáticos, no queremos dejar de mencionar las medidas cautelares que pueden adoptarse en los casos de agresiones al derecho al honor a través de *Internet*. A través de la tutela judicial civil se comprende la posibilidad de adoptar todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer a quienes son las víctimas todos sus derechos, impidiendo abusos posteriores, tal y como lo señala el artículo 9.2 de la LO/1982²⁸² que ya hemos citado anteriormente.

A pesar de la amplitud de las medidas que pueden adoptarse, la propia ley ejemplifica las siguientes: a) Medidas cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, b) el reconocimiento del derecho de réplica, c) difusión de una eventual sentencia condenatoria del ofensor, y d) indemnización de los perjuicios causados.

²⁸¹ Es menester mencionar que el denominado “conocimiento efectivo” que se exige para determinar responsabilidades ha sido objeto de jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo, sobre todo en lo que respecta a la acreditación del mismo, asunto que es un tema extenso que no es objeto de este trabajo. Para revisar un análisis de la citada jurisprudencia *vid.* RUBI I PUIG, Antoni, “Derecho al honor *online* y responsabilidad civil de ISPs”, en *InDret*, No. 4, 2010, pp. 1-20.

²⁸² La citada ley señala así mismo en dicho artículo que las medidas “*se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad*”.

Nada impide así la solicitud de medidas cautelares, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la LO/1982 y en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 721 y ss., si bien debe decidirse la urgencia o no de su interposición, dado que en *Internet* en ocasiones los textos aparecen y desaparecen con celeridad. De acuerdo con la propia Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 730, se deberá escoger entre solicitar las medidas cautelares junto con la demanda principal, o bien antes si se alega urgencia o necesidad.

Así mismo, y de acuerdo con la propia Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, nos encontramos con que en su artículo 41 de habla de medidas de carácter provisional concretas que podrán adoptarse en casos de sanción, y que son: a) suspensión temporal de la actividad del prestador de servicios y, en su caso, cierre provisional de sus establecimientos, b) precinto, depósito o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos en general, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo, y c) advertir al público de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del expediente sancionador de que se trate, así como de las medidas adoptadas para el cese de dichas conductas. También enfatiza que en la adopción y cumplimiento de las medidas a que se refiere lo que hemos citado deberán respetarse las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar dañados.

Así mismo, se establece en la propia ley un deber de colaboración de los prestadores de servicios informáticos a través del artículo 11 que señala que *“cuando un órgano competente hubiera ordenado, en ejercicio de las competencias que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de*

servicios de intermediación, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente”.

Queda claro, en virtud de los artículos anteriormente citados, que los prestadores de servicios informáticos tienen una serie de responsabilidades dentro de las que se incluye la plena colaboración con las autoridades en los casos de violación de la ley, y que además pueden llegar a ser imputados en casos de menoscabo de derechos. Así mismo, se establece su obligación de colaborar en las medidas cautelares que se dicten para evitar o detener la comisión de cualquier ilícito. Por todo ello en el caso de violaciones al derecho al honor a través de *Internet* se ha procurado crear un marco legal integral que permita combatirlos, llegando a haber resoluciones judiciales que han obligado a cerrar sitios web, a retirar contenidos e inclusive a publicar rectificaciones y sentencias. Un ejemplo conocido al respecto fue el caso del sitio web *www.putasgae.org*, que resultaba atentatorio contra el derecho al honor de la SGAE. A través de la SAP Madrid de 6 de febrero de 2006 se condenó a la demandada a cesar la perturbación ilegítima en el derecho al honor de los demandantes, obligándolos a eliminar la expresión “putasgae” de la dirección de Internet www.putasgae.org lo mismo que todos sus enlaces, por considerar que las expresiones eran atentatorias en contra del derecho al honor de la demandante, además de obligar a la publicación de la sentencia por un periodo de tiempo igual al que duró la intromisión ilegítima²⁸³.

Finalmente, y en lo que toca al ámbito espacial de validez de los ilícitos cometidos a través de *Internet*, la autoridad judicial ha manifestado que *“en el caso de publicaciones en los medios de difusión masiva, como los contenidos audiovisuales emitidos por la red informática internet, el lugar de difusión y de producción del daño puede ser mundial, pero principalmente acaecerá, en el caso de lesiones del derecho al honor, allí donde el*

²⁸³ Cfr. SAP Madrid de 6 de febrero de 2006, (AC 2006/188).

afectado tiene su domicilio y desarrolla su vida de relación social, que es donde la sociedad le atribuye su reputación o fama. Por tanto, al margen de que no se acredita el lugar de emisión del servidor –la terminación “.com” de la página web no es definitiva al respecto, pues servidores de ubicación en España pueden comprar dominios pertenecientes al sufijo “.com”-, el lugar de producción del hecho, la difusión más relevante de la información en lo que constituye de ataque a los derechos objeto de protección en esta Litis, tiene lugar en España y en concreto en el partido judicial de domicilio del actor, que es pues el “fórum delicti comissi”²⁸⁴.

Después de lo que hemos reseñado referente al papel que juega *Internet* en el mundo actual, y de su utilidad en la difusión de noticias, no vamos a dudar en esta investigación de su importancia y la revolución que ha supuesto. Sin embargo, queremos poner el dedo en la llaga al señalar el hecho de que la inmediatez y alcance de un medio como éste ha generado que, en primer lugar, en aras de ganar la primicia o la exclusiva en materia informativa, los medios de comunicación puedan llegar a difundir información inexacta o en ocasiones francamente falsa, pudiendo con ello menoscabar el honor de una persona; y en segundo lugar, que dada la facilidad de acceso a él por cualquier persona y el anonimato que en ocasiones brinda, puedan llegar a cometerse actos y manifestaciones denigratorias que vulneren el derecho al honor o la intimidad de las personas. La realidad nos muestra que desafortunadamente, a pesar del marco jurídico existente y que hemos reseñado, ello ocurre con frecuencia y la protección que se brinda a los derechos de la personalidad no es suficiente ante un medio como *Internet* que ha llegado para quedarse.

²⁸⁴ Cfr. SAP Las Palmas de 20 de enero de 2004, (AC 2004/129).

CAPÍTULO III

*ANÁLISIS DE LOS ACTOS DENIGRATORIOS EN EL CONTEXTO DE LA LEY DE
COMPETENCIA DESLEAL*

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el capítulo anterior hemos revisado la legislación española que da tratamiento a los actos y manifestaciones denigratorios, todo ello en el contexto del derecho al honor que la Constitución protege. Hemos analizado casos concretos y la manera en que los Tribunales los han resuelto, sentando con ello una jurisprudencia variada y muy numerosa. En el presente capítulo nos abocaremos al estudio de la regulación que se hace de los actos denigratorios en materia de competencia desleal. Ello nos llevará a revisar no sólo y por obvias razones la LCD, y concretamente su artículo 9 que trata la denigración, sino también la denigración en el contexto del derecho de marcas y del derecho de la publicidad.

Durante el desarrollo de esta parte procuraremos ir estableciendo algunas similitudes y diferencias, cuando sea pertinente la comparación, en el tratamiento que las legislaciones, tanto la concurrencial como el derecho al honor, dan a los actos denigratorios. Ello nos permitirá tener un marco de comparación más completo, y además la posibilidad de valorar qué aspectos de cada ordenamiento resultan más adecuados y útiles para cumplir con la función para la cual fueron diseñados.

Es necesario comenzar nuestro repaso a la denigración en la legislación que regula la competencia desleal afirmando que la deslealtad dentro de la competencia es consustancial a una economía de mercado y al reconocimiento de la libertad de iniciativa económica que reconoce el artículo 38 CE ²⁸⁵ del que ya hemos hablado en el capítulo I. Ello hace que sea indispensable contar con una normativa eficiente que proteja tanto a los consumidores como a los participantes dentro del mercado de posibles acciones de competencia desleal o ilícita, y concretamente de los actos denigratorios.

Históricamente España había carecido de una normativa ordenada y eficaz para combatir los comportamientos desleales. En un principio se había pretendido tratar el tema a través de la *Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas*, que tocaba parcialmente el tema de los comportamientos desleales a través de los artículos del 87 al 89, y simultáneamente hacerlo también con la creación de la *Ley 34/1988 de 11 noviembre, General de la Publicidad*, que ya se refería específicamente a posibles acciones de competencia desleal derivadas de mensajes publicitarios, ambas leyes sobre las que más adelante profundizaremos y que iremos diseccionando para conocer sus alcances y limitaciones. Sin embargo es hasta la promulgación de la *Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal*²⁸⁶, cuando finalmente se crea una normativa específica para la materia, con la pretensión de dar coherencia y unidad a la legislación sobre competencia desleal, estableciendo certidumbre jurídica y reglas más claras para los participantes dentro del mercado y también para los consumidores. Así mismo, la citada ley proporciona ya los medios necesarios para poder combatir y castigar los actos que pudieran ser tipificados como desleales, como

²⁸⁵ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 19 y ss.

²⁸⁶ Que según su artículo 1 tiene como finalidad “la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”.

iremos analizando a lo largo de este capítulo. Como puede observarse, la creación de la Ley de Competencia Desleal obedece, al igual que la LO 1/1982, a una necesidad de dar un tratamiento integral a determinadas realidades en sus respectivos ámbitos, la primera regulando la competencia desleal y la segunda buscando un tratamiento más eficaz a las acciones que demeritan el honor, la intimidad y la propia imagen de una persona.

Profundizando en los antecedentes históricos encontramos que la regulación para combatir la competencia desleal surge a partir del liberalismo económico que se da en el siglo XIX, puesto que una de las conquistas de la Revolución Francesa se basa en la libertad de industria y del comercio, es decir, en la libertad para competir que antes no había existido. Dicha libertad generó que al cabo de un tiempo comenzaran a generarse dentro del mercado comportamientos poco éticos que perjudicaban a ciertos competidores, dando lugar a acciones desleales²⁸⁷. Así pues, y dado el antecedente citado, comenzó a surgir la normativa para proteger a los participantes en el mercado de la competencia desleal.

Proveniente de una actividad jurisprudencial continuada, Francia es el primer país en el que ve la luz una regulación contra la competencia desleal basada en la interpretación del Código Civil Francés, concretamente en el artículo 1382 que trata la responsabilidad civil extracontractual. La primera ley específica contra la competencia desleal tuvo lugar en Alemania a través de la Ley de 7 de junio de 1909. Ambas regulaciones, tanto la jurisprudencial como la legal, partían de una premisa esencial que consistía en la exigencia de que quien ejercitara la acción en contra de actos de competencia desleal fuera un competidor de aquel que los hubiere realizado, y que dichos actos le fueran perjudiciales. Era la única manera en que podía invocarse la protección de la ley, cuando la competencia era directa. De otra forma no se

²⁸⁷ Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 40.

consideraba que fueran actos de competencia desleal. En esta legislación no se tomaba en cuenta al consumidor, y mucho menos podía considerarse que hubiera una finalidad social en la normativa, se trataba simplemente de la protección contra acciones de otros competidores.

Es hasta el año de 1960 cuando puede decirse que se inicia un movimiento en aras de proteger los intereses de los consumidores, y que persiste hasta nuestros días, llegando en nuestra legislación a obtener el reconocimiento de la Constitución a través del artículo 51. Dicho movimiento tiene como sustento la idea de que existe un profundo e injusto desequilibrio entre la gente que adquiere productos o servicios, ciudadanos comunes y corrientes, y las empresas, que pueden por lo general manejar las relaciones comerciales a su antojo, más si son grandes empresas, y que pueden igualmente llegar a cometer toda clase de abusos, en ocasiones sin ninguna consecuencia. Por ello es que se hizo necesaria la creación de un marco jurídico que fuera capaz de restablecer el equilibrio entre las partes, y sobre todo proteger al consumidor. De todo ello surgió fortalecida la figura del consumidor, que se constituye entonces como figura suprema dentro del mercado. La protección del consumidor dio lugar también a la protección de un sistema competitivo en el cual es este mismo quien marca las reglas, quien con su elección y preferencia, adquiriendo productos y servicios, da o quita éxito a los competidores dentro del mercado²⁸⁸.

Nos parece relevante retomar así mismo la afirmación de que la protección del consumidor dio lugar a la protección del sistema competitivo, puesto que resultó entonces evidente que el papel de los consumidores era determinante para que el mercado pueda funcionar, y ello dio lugar a que se fuera articulando una normativa que combatiera la competencia desleal en la que no sólo se protegieran, como ya hemos mencionado, los intereses de los competidores, sino que también se tutelaran

²⁸⁸ Así lo considera BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, quien además señala que el consumidor se convierte en el “*rey del mercado*”. Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, *ob. cit.*, p. 42.

los derechos de los consumidores y se velara por el funcionamiento del mercado en general, con la idea clara de que ello beneficiaba a todas las partes. Lo anterior hizo que se considerara que había actos de competencia desleal que perjudicaban directamente a los consumidores, mientras que había otros que en apariencia no lo hacían, pero que resultaban igualmente perjudiciales porque distorsionaban el mercado, con la consecuencia de que el consumidor no podía tomar dentro del mercado una decisión libre e informada, como es el caso de los actos denigratorios que son objeto de nuestro estudio. Dichos actos pueden menoscabar efectivamente el prestigio comercial de un competidor, como veremos más adelante, pero ello también afecta al consumidor al condicionar su decisión. De ahí que lo que aparentemente es sólo entre competidores afecte directamente al mercado y a todos sus participantes.

Todo ello hizo que el consumidor adquiriera, como hemos dicho, otra dimensión. Ya no es sólo un consumidor pasivo, sino que el propio marco legal en el moderno derecho de la competencia le legitima para ejercer acciones en materia de competencia desleal. Al considerarle parte esencial para el correcto funcionamiento del mercado, el consumidor adquiere así una posición más sólida, ello en beneficio del sistema económico del que todos participamos.

A. El principio de la libertad de empresa y la libre competencia

En el artículo 38 CE que ya hemos esbozado brevemente es donde se encuentra contenido el principio de libre empresa que rige en España, y que resulta la base para que exista un sistema económico de mercado. Concretamente el mencionado artículo, que se encuentra dentro de la Sección Segunda Capítulo II del Título I, que se refiere a los “Derechos y deberes de los ciudadanos”, se señala que los poderes públicos deben ser garantes de su ejercicio²⁸⁹ y establece que “*se reconoce la libertad de empresa en el*

²⁸⁹ Señala PÉREZ MOSTEIRO que “*si bien este artículo de la CE impone la garantía de la libertad de empresa a todos los poderes públicos, no puede omitirse, dada la naturaleza jurídica compleja de nuestro ordenamiento jurídico con pluralidad de entes políticos con facultades normativas superiores, entre ellas la legislativa, que debe extenderse el alcance de esta garantía no sólo al Estado, sino también a las Comunidades Autónomas y*

marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”

Es en virtud de lo anterior que queda establecida la necesidad de que el Estado legisle con el objeto de regular los mecanismos para que los principios de libertad de empresa y libre competencia estén protegidos y garantizados, procurando en todo momento evitar que puedan verse menoscabados o quebrantados por acciones o prácticas que puedan afectar al mercado y su funcionamiento²⁹⁰. De igual manera y como también ya esbozamos, con la intención de proteger al consumidor como ente activo dentro de las relaciones de mercado, y no solamente a los competidores económicos, es decir, a quienes ofrecen un producto o prestan un servicio, se ha elevado al más alto rango legal la protección a los consumidores a través del artículo 51 CE. Con lo establecido en estos dos artículos lo que se busca es garantizar que, siendo los consumidores los destinatarios finales de todos aquellos productos o servicios que se mueven dentro del mercado, generados por empresas dentro de un entorno de libertad concurrencial y empresarial, estén protegidos y en las mejores condiciones posibles para poder tomar decisiones dentro del mercado, salvaguardando sus legítimos intereses²⁹¹.

En este contexto se entiende por derecho contra la competencia desleal a un sector del ordenamiento jurídico que circunscribe y regula la conducta de todos los operadores que actúan en el mercado interviniendo en el cambio de bienes y servicios, que tutela

a los Entes locales dentro del ámbito de sus respectivas competencias”. Sin embargo, la propia autora enfatiza que *“el Estado posee expresa habilitación constitucional para fijar las bases de los aspectos esenciales del sistema económico.”* Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María, *La reforma de la Ley de competencia desleal: efectos de la armonización comunitaria*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2011, pp. 28 y ss.

²⁹⁰ Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María, *ob. cit.*, p. 29.

²⁹¹ Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María, *ob. cit.*, p. 29.

la competencia económica con principio político-institucional e integra en su defensa los intereses de todos los individuos y grupos cuya actividad, necesidades económicas y sociales dependen del eficiente funcionamiento del mercado, incluido, por lo tanto, también el interés de la generalidad o el interés público²⁹². Así, dentro de este derecho contra la competencia desleal es que se encuentran contemplados los actos denigratorios que son objeto de nuestro estudio, considerados por la propia LCD en su artículo 9, que señala que *“se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado...”*

La creación de la LCD representó un parteaguas definitivo en la regulación de la competencia desleal, después de muchas décadas de una regulación hasta cierto punto desordenada e incompleta como hemos visto. No fue sino hasta el año de 1991, con dicha ley, cuando el legislador finalmente llevó a cabo una regulación concreta que incluye los factores ya mencionados e instaura un marco legal definitivo contra los actos desleales. Con la creación de dicha normativa se buscaba, entre otras cosas y como bien señala la exposición de motivos de la propia ley, *“... poner término a la tradicional situación de incertidumbre y desamparo que ha vivido el sector, creando un marco jurídico cierto y efectivo, que sea capaz de dar cauce a la cada vez más enérgica y sofisticada lucha concurrencial”* *“...homologar, en el plano internacional, nuestro ordenamiento concurrencial...”* *“...dar un paso más en la dirección iniciada por la reciente Ley de Marcas, por medio de la cual se ha tratado de materializar el compromiso contraído en los artículos 10 bis. y 10 ter. del Convenio de la Unión de París...”* *“...adecuar el ordenamiento concurrencial a los valores que han cuajado en nuestra constitución económica. La Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de*

²⁹² Cfr. MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 45 y ss.

competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles eventualmente de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado. Esta exigencia constitucional se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección para el consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, acogido por el artículo 51 del texto constitucional”.

Con la aparición de la LCD puede considerarse que prácticamente desapareció una pretendida absoluta libertad de funcionamiento del sistema económico, creándose así una mayor intervención directa por parte del Estado para regular el mercado y a sus participantes, en virtud de que se habían venido presentando prácticas comerciales desleales que precisamente vulneraban la libre empresa²⁹³. Aun antes de la aparición de la LCD puede considerarse que ya existía un marco legal, ciertamente fragmentado, que tenía como intención la regulación de la competencia desleal y sus perjudiciales efectos. Dichas normas eran de carácter sectorial y regulaban aspectos concretos dentro del mercado, ya defendiendo intereses públicos o ya defendiendo intereses privados²⁹⁴. En la actual legislación se encuentra que la protección se extiende tanto a la libertad de empresa como a la libre competencia, a través de la ya citada LCD y de la LDC que regula la defensa de la competencia y sobre la que ya hablaremos, teniendo esta última como finalidad que los entes que participan en el mercado no restrinjan o limiten indebidamente la competencia a través de acuerdos o de abusar de su posición dominante, vulnerando con ello el sistema de libre empresa y libre competencia.

²⁹³ Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María, *ob. cit.*, pp. 30 y ss.

²⁹⁴ Como señala PÉREZ MOSTEIRO: “La protección del correcto y eficaz funcionamiento del mercado provocó una actividad legislativa que, de forma lenta e insatisfactoria, fue delimitando conductas que garantizaban la libre competencia y la libertad de empresa, determinando que la actividad legislativa adquiriera un carácter bifronte en defensa del principio de libertad que luego se plasma en el texto constitucional.” Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María, *ob. cit.*, p. 30.

Así mismo, el interés que persiguen las leyes antes mencionadas no tiene la intención única de proteger a los entes económicos que operan en el mercado, sino que existe la convicción de que el sistema de competencia funcione de manera adecuada y que dicho funcionamiento proteja efectivamente a los consumidores. Como puede observarse el interés pasa de ser privado a ser público, y se le concede al derecho concurrencial un aspecto social que no poseía.

B. El marco normativo de la competencia desleal antes de la Constitución Española

Con anterioridad a la protección constitucional de la libre competencia que establece el artículo 38 CE encontramos que dentro de la Ley de Propiedad Industrial de mayo de 1902, concretamente en los artículos 131 y 132, se establecía que podía existir una competencia “ilícita”, caracterizada según la propia ley por *“toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley”*. Dentro del artículo 132 se contenían enumerados taxativamente siete supuestos que eran considerados como ilícitos en materia de competencia²⁹⁵. Dicha ley intentaba conseguir de cierta forma lo que ya se había establecido en el Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial del 20 de marzo de 1883, en el cual se establecía una enumeración de las prácticas que se consideraban como competencia desleal, fijando en el artículo 10 bis una cláusula general que señalaba que *“constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos deshonestos en materia industrial o comercial”*²⁹⁶.

²⁹⁵ Sin embargo, y como señala PÉREZ MOSTEIRO, se trataba de una protección relacionada de forma directa con los derechos de exclusiva de quienes eran los propietarios, ello al amparo de lo establecido por la propia Ley de Propiedad Industrial, sancionando los ilícitos de forma jurídico-penal, hecho que no constituía una protección adecuada para evitar la competencia desleal. Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María, ob. cit., p. 32.

²⁹⁶ Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María, ob. cit., p. 32.

Si consideramos que en la legislación española no existía ningún ordenamiento similar a la ya mencionada cláusula general del Convenio de la Unión de París, ello obligó tanto a la doctrina como a los órganos jurisdiccionales a buscar la aplicación de normas que pudiesen reprimir la competencia desleal que no estuvieran contempladas dentro de la enumeración que la Ley de Propiedad Industrial de 1902 hacía, recayendo en el artículo 1902 CC, sobre el que ya hemos hablado ampliamente, la protección de los intereses menoscabados por prácticas de competencia consideradas como ilícitas. Como puede verse, los orígenes de la protección ante la competencia desleal y de la protección al derecho al honor no son tan diferentes, partiendo ambas de un origen común que es el artículo 1902 del CC, buscando a través de dicho precepto en ambos casos castigar los comportamientos ilícitos. Su aplicación tampoco resultó ser una solución adecuada al tema de los actos de competencia desleal, puesto que no era una garantía de tutela de principios como la libertad de mercado y la libre competencia, además de que no podía considerarse un sistema íntegro y congruente de represión de los actos de competencia desleal o ilícitos concurrenciales, limitando la protección al sector del derecho privado²⁹⁷.

Con el panorama ya descrito se hacía evidente la necesidad de un marco regulatorio específico para la competencia desleal, una legislación que previera los casos y las acciones que pudieran perjudicar al mercado y su funcionamiento, o dañar a los competidores dentro del mismo, como en el caso de los actos de denigración, y a los consumidores en la toma de decisiones. La aplicación de otras legislaciones no específicas y de los principios generales del derecho no era suficiente para regular el ámbito concurrencial y sus diversas vertientes. España ratificó el Convenio de la Unión de París de 1883, que contenía una cláusula que efectivamente enumeraba los tipos de competencia desleal que podían existir. Sin embargo, tenía la desventaja de que era necesario que una de las partes en conflicto fuese de nacionalidad extranjera,

²⁹⁷ Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María, *ob. cit.*, p. 33.

ello sin mencionar que en el ordenamiento jurídico español no existían los instrumentos adecuados para poder llevar a la práctica dicha cláusula y hacer efectiva la protección que dispensaba. Es por ello que hasta la aprobación de la *Ley 32/1988 de 10 de noviembre, de Marcas*, fue que continuaron vigentes los artículos 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial²⁹⁸.

Por otro lado es necesario señalar que la protección del interés público dentro de las actividades del mercado generó la creación de órganos administrativos que tenían como función garantizar la libre competencia. Dentro de este marco se elaboró la *Ley 110/1963, de 20 de julio, de Prácticas Restrictivas de la Competencia*. Con esta normativa dio comienzo dentro del derecho español un sistema de doble tutela en aras de un adecuado y correcto funcionamiento del mercado, por una parte la protección de la competencia considerada ilícita, ello en los términos de la Ley de 1902 de Propiedad Industrial y por la otra la defensa de la competencia, con carácter administrativo, que tiene por objeto la protección de la libre competencia dentro del mercado evitando prácticas abusivas debido a la posición dominante o prácticas colusorias.

Sin embargo, el marco jurídico continuó siendo deficiente y dando lugar a una inseguridad jurídica entre los operadores del mercado. Al no existir una cláusula que estableciera los requisitos que debían darse para que una conducta fuera considerada como desleal ni tampoco determinar ante que tribunales debía ejercitarse la acción para que se protegieran intereses tanto públicos como privados, la situación continuaba siendo por lo menos ambigua y poco cierta, debido a que las normas que regulaban la materia concurrencial eran tanto jurídico penales, como en el caso de la Ley de Propiedad Industrial, civiles en el caso del Código Civil, y ahora administrativas

²⁹⁸ Como señala PÉREZ MOSTEIRO: “Hasta ese momento ni el Real Decreto-ley de 26 de julio de 1929, que derogaba expresamente la Ley de 16 de mayo de 1902, (con su posterior modificación por Decreto de 15 de marzo de 1930), ni el texto refundido por Orden de 30 de abril de 1930 cambió el panorama normativo existente hasta la fecha”. Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María, *ob. cit.*, pp. 35 y ss.

también con la promulgación de la mencionada Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia²⁹⁹. Se había creado pues una extraña y riesgosa mezcla de legislaciones y competencias que no resolvía de fondo la cuestión, y que sin embargo sí generaba un estado de incertidumbre en lo que se refería al combate a la competencia desleal. Aquellos competidores que fueran víctimas de ataques o menoscabo a su crédito dentro del mercado por parte de terceros encontraban complicado encontrar el marco legal al cual asirse para que sus legítimas demandas fueran tomadas en cuenta y resueltas.

Para 1964 se creó el Estatuto de la Publicidad que contenía la descripción de ciertas conductas y acciones que clasificaba como desleales, ello concretamente en el ámbito de la publicidad. El castigo que se imponía a aquellos que de acuerdo con esta normativa cometían actos ilícitos era de carácter meramente administrativo. Sin embargo, es digno de mención que en dicho estatuto se contemplaba en el artículo 10 una cláusula similar a la establecida en el Convenio de la Unión de París de 1883, sólo que en materia exclusivamente publicitaria³⁰⁰. Como veremos posteriormente, el Estatuto de la Publicidad fue derogado por la *Ley 34/1998 de 11 de noviembre, General de la Publicidad*, que representaba el esfuerzo de la normativa española por adherirse y estar en consonancia con la legislación de las Comunidades Europeas. Con posterioridad se llevaría a cabo la reforma del Código Civil que establecería los criterios de objetividad al momento de juzgar una conducta ilícita, logrando con ello

²⁹⁹ Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María, *ob. cit.*, p. 36.

³⁰⁰ De hecho la cláusula señalaba que *“la publicidad como servicio dirigido a los consumidores constituye un instrumento ordenado para orientar su libertad de elección y favorecer la lícita concurrencia en el mercado, quedando sujeta a las leyes, principios y normas que regulan la competencia desleal. Se considera desleal la actividad dirigida a provocar confusión entre bienes o servicios, la que tiende a producir descrédito de los competidores o de los productos de los mismos y genéricamente la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”*.

que no sólo las conductas dolosas o culposas fueran sancionadas, sino también aquellas en las que no había intervención de elementos subjetivos³⁰¹.

C. La evolución de la regulación de los actos de denigración

Los actos que se consideren denigratorios en el marco del derecho de la competencia desleal deben ser considerados de manera escrupulosa a la luz de las libertades y derechos que consagra la Constitución, sobre todo en lo relativo a la libertad de expresión y a la libertad de información, de manera que la prohibición de un acto denigratorio debe interpretarse de forma restrictiva en todo momento³⁰².

Las manifestaciones o actos encaminados a socavar de manera directa o indirecta el prestigio de un competidor dentro del mercado han sido considerados históricamente como desleales, habiendo sido ya contemplados en la citada Ley de 1902 de Propiedad Industrial. En dicho ordenamiento se tenían por hechos constitutivos de competencia ilícita el difundir manifestaciones falsas, a sabiendas, con la intención de quitarle clientes a un competidor dentro del mercado³⁰³. Así mismo, también consideraba ilícita la publicación de anuncios o artículos periodísticos que tuvieran por objeto desprestigiar la calidad de los productos de un rival económico³⁰⁴.

En el mismo sentido, dentro del Estatuto de la Publicidad de 1964 se consideraba que era ilícita la actividad publicitaria encaminada a producir el descrédito de los otros competidores o de sus productos³⁰⁵, y en la LM de 1988, concretamente en la

³⁰¹ Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia María, *ob. cit.*, pp. 37 y ss.

³⁰² Cfr. LARA GONZÁLEZ, Rafael, *La denigración en el derecho de la competencia desleal*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, pp. 56 y ss. Puede verse más sobre dicha interpretación restrictiva en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 30 de junio de 2006 (AC/2006/1.571) al igual que en la SAP de Salamanca de 28 de octubre de 2005 (AC 2005/1985).

³⁰³ Artículo 132 d) de la Ley de 1902 de Propiedad Industrial.

³⁰⁴ Artículo 132 e) de la Ley de 1902 de Propiedad Industrial.

³⁰⁵ Artículo 10 del Estatuto de la Publicidad de 1964.

regulación específica sobre competencia desleal, calificaba como desleales las afirmaciones falsas dentro del comercio que pudieran desacreditar los productos, el establecimiento o la actividad comercial de cualquier competidor³⁰⁶. A pesar de que dichos ordenamientos contemplaban las acciones denigratorias de manera específica, se consideraba que eran meras manifestaciones de carácter difamatorio, y que no era necesario que existiera una regulación específica que regulara la competencia desleal. Ello dio lugar, como ya hemos mencionado, a que el tratamiento de este tipo de manifestaciones se tramitara a través del Código Civil, concretamente del artículo 1902, mezclando actos denigratorios de competencia desleal con lesiones en el derecho al honor³⁰⁷.

La experiencia vendría a demostrar que el tratamiento de las acciones denigratorias en materia de competencia a través del Código Civil resultaba francamente deficiente, puesto que no establecía un adecuado sistema que reprimiera dichas conductas, y tampoco un sistema que ordenara las conductas dentro de un mercado cada vez más complejo. Todo ello generó que los Tribunales no llegaran a calificar las acciones desleales como tales, manifestándose en general una tendencia a resolver los conflictos de competencia desleal a través de conceptos y argumentos distintos al de la propia deslealtad de las acciones, en muchas ocasiones sancionando actos desleales señalando que se trataba de lesiones en el derecho al honor de una persona.

Lo anterior reforzó la convicción de que una legislación particular en materia de competencia desleal resultaba impostergable, legislación en que se trataran ilícitos

³⁰⁶ Artículo 88 b) de la Ley 32/1988 de Marcas.

³⁰⁷ De hecho, durante el tiempo en que el Código Civil se utilizó para proteger tanto las lesiones por competencia desleal como sobre el derecho al honor, el Tribunal Supremo dictó varias sentencias relacionadas con el prestigio profesional. Dos de dichas sentencias eran acciones denigratorias dentro de la competencia desleal (la STS de 31 de marzo de 1930 y la STS de 4 de junio de 1962), y otras dos donde lo que se consideraba vulnerado era el derecho al honor (la STS de 25 de junio de 1945 y la STS de 7 de febrero de 1962). Vid. LARA GONZÁLEZ, Rafael, *ob. cit.*, p. 37.

como los actos denigratorios en el contexto del ejercicio una actividad profesional dentro del mercado, en la que se protegiera la reputación comercial como algo distinto, que lo es, del honor de la persona. Dicha distinción es de gran importancia para nuestra investigación y conviene en este punto referirnos a ella. No debemos confundir, a pesar de las múltiples similitudes ya tratadas, el honor como bien de la personalidad con el crédito o reputación comercial, a pesar de que un acto determinado pueda dañar a ambos bienes. Aquí nos encontramos con una de las diferencias sustanciales de ambos derechos. Si bien es cierto que la denigración desde el punto de vista concurrencial puede generar también un daño en el honor o la dignidad de una persona, ello no significa que deba desnaturalizarse el derecho al honor para proteger otro tipo de intereses, que pueden ser similares, pero que tienen su tramitación a través de otras vías. De acuerdo con la STS de 12 de mayo de 2006 encontramos que *“en definitiva no cabe equiparar el prestigio empresarial o profesional con el honor, pues una cosa es que (desde las sentencias de esta Sala de 18 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9235) y TC de 14 de diciembre de 1992 (RTC 1992,227)) el ataque al prestigio profesional pueda integrar una transgresión al honor cuando revista cierta intensidad, y otra distinta que se pretenda igualarlos, y ello menos todavía cuando se hace referencia a una sociedad mercantil, a cuyo respecto el alcance de la protección del honor se diluye notoriamente”*³⁰⁸.

Sin embargo, consideramos que la reputación comercial de un ente económico supone que existe un derecho de éste a proteger su crédito o imagen dentro del mercado de cualquier menoscabo o manifestaciones denigratorias. El honor desde el punto de vista mercantil se identifica con el prestigio profesional o la citada reputación comercial, cuya protección precisamente procura la LCD. Aunado a lo anterior, y como más adelante veremos, hay autores que consideran que la diferencia para la tramitación de un acto denigratorio por una u otra legislación radica en la finalidad

³⁰⁸ Cfr. STS de 12 de mayo de 2006, (RCL 2006/2401).

concurrential, es decir, cuando existe la intención de que se produzca una modificación dentro del mercado, a pesar de que las manifestaciones puedan dañar el honor de una persona, deberán tramitarse a través de la normativa concurrential. Sin embargo, dicho criterio no es ni mucho menos absoluto ni los límites están tan claramente marcados, puesto que la propia LCD en el mismo artículo 9 hace referencia a actos denigratorios que tienen que ver con situaciones de carácter eminentemente personal y no comercial, al señalar que *“no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”*.

Volviendo a lo referente a la evolución del tratamiento de los actos denigratorios, encontramos que con el nacimiento de la LCD se daría un giro radical con respecto a anteriores leyes como la LM o la LGP, en el sentido de que no sólo se protegería la reputación empresarial o comercial, sino que también se protegería la competencia económica, el mercado, y a los consumidores como parte todos ellos de una dinámica de carácter económico basada en la libertad de empresa y en una economía de mercado. Ahí radica en gran medida la importancia de la LCD sobre la que ya tendremos ocasión de abundar.

II. LA PROTECCIÓN CONTRA LOS ACTOS DENIGRATORIOS EN LA NORMATIVA COMUNITARIA EUROPEA

Si bien es cierto que nuestra tesis hace referencia exclusivamente a los actos denigratorios en la legislación española, no lo es menos que la armonización de nuestras leyes con las comunitarias europeas en materia de competencia desleal resulta un tema insoslayable, ello dentro del marco de la integración en el mercado interior europeo contemplado en el artículo 14 apartado 2 del TCE, que hoy es el artículo 26.2 del TFUE.

Dentro de la normativa europea en materia de competencia desleal, existen dos Directivas que por su importancia en el desarrollo de la propia legislación española queremos brevemente analizar, que son la *Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, y la *Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa*. Dichas Directivas generaron importantes cambios en el marco jurídico español con relación al tratamiento y regulación de la competencia desleal, ello a través 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*, y de ahí que hayamos decidido incluirlas en nuestro estudio.

A. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo sobre prácticas desleales

Con la Directiva 2005/29/CE nos encontramos ante un esfuerzo legislativo de máxima importancia en la integración de un mercado común europeo y que busca combatir de forma decidida la competencia desleal. Se trata de la norma más amplia y completa de todas aquellas que se han creado de forma comunitaria para la prevención de los abusos en materia de competencia como desde el punto de vista político y legislativo³⁰⁹.

³⁰⁹ Cfr. MASSAGUER, José, *El nuevo derecho de la competencia desleal*, Thomson Civitas, Navarra, 2006, Introducción. También MAMBRILLA RIVERA ha recalcado la importancia de la Directiva al considerar que “es indudable el enorme impacto que esta norma comunitaria va a producir en la regulaciones nacionales relativas a los actos de competencia desleal, así como en las disposiciones dirigidas a la tutela de los consumidores y usuarios y también, dependiendo del Estado de que se trate, en otras disposiciones de ordenación del mercado”. Cfr. MAMBRILLA RIVERA, Vicente, “Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro derecho interno”, en *RCD*, Vol. 4, 2009, p. 119.

Como expresa MASSAGUER³¹⁰, a pesar de ser la citada Directiva una regulación de gran alcance, ello no significa que no hubiera precedentes al respecto. El más relevante de dichos antecedentes lo constituye la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, que se refiere a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa; sin embargo se crearon también en su momento otras normativas continentales en distintas materias³¹¹. Tomando en cuenta las notables diferencias que existían entre las legislaciones de los diversos estados miembros la Comunidad Europea, la Directiva 2005/29/CE lo que perseguía era reducir dichas diferencias y procurar una homogeneización en el tratamiento legal de la competencia desleal en toda la zona común. Su elaboración fue inicialmente planteada por el Parlamento Europeo³¹², siendo la Comisión sobre las Comunicaciones Comerciales la encargada de señalar la conveniencia de regular las prácticas comerciales de carácter desleal a través de una directiva³¹³.

³¹⁰ Cfr. MASSAGUER, José, *El nuevo derecho...*, ob. cit., Introducción. Dicha Directiva posteriormente se vería modificada por la Directiva 97/36/CE, de 30 de junio de 1997.

³¹¹ Entre ellas se encuentran la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de disposiciones reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, que precisamente modificaba a la directiva sobre publicidad engañosa incluyendo la publicidad comparativa; la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre publicidad de medicamentos de uso humano; la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, sobre determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; y la Directiva 2003/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, sobre 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.

³¹² Como señala MASSAGUER: *"Su elaboración fue primeramente sugerida por el Parlamento Europeo en su respuesta a las cuestiones planteadas en el Libro Verde de la Comisión sobre las Comunicaciones Comerciales acerca de los ámbitos específicos de actuación comunitaria."* Cfr. MASSAGUER, José, *El nuevo derecho...*, ob. cit., Introducción.

³¹³ Cfr. MASSAGUER, José, *El nuevo derecho...*, ob. cit., Introducción. El proceso de creación de la Directiva prosiguió con la Propuesta presentada por la Comisión, de Directiva de Parlamento Europeo y del Consejo

Dicha Directiva fue configurada con la intención de funcionar como directiva marco para armonizar los aspectos del combate a la competencia desleal que se generaran dentro de las prácticas comerciales desleales llevadas a cabo por las empresas en perjuicio de los consumidores, y que perjudicaran de manera directa los intereses económicos de los mismos, ello a través de normas que deben ceder ante el ejercicio de las directivas que reglamenten aspectos específicos de esas prácticas desleales. Sin embargo, es menester mencionar que los Estados miembros de la Unión Europea no tienen la posibilidad de desviarse ni siquiera cuando la intención sea establecer soluciones con mayor vigor o más rígidas, es decir, que defiendan con mayor intensidad a los consumidores.

Si analizamos la estructura de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales, encontramos que ésta se compone de un preámbulo conformado por veinticinco considerandos, veintiún artículos y dos anexos. En el preámbulo nos encontramos con el marco en el cual ve la luz, señalando antecedentes como los artículos 153 apartado 1 y apartado 3 del TCE, así como el artículo 14 del propio Tratado, que establecen la necesidad de un elevado nivel de protección de los consumidores y el interés de crear un mercado interior sin fronteras en el que estén garantizadas la libre circulación de mercancías y servicios.

En España, y con la finalidad de incorporar la Directiva al cuerpo normativo, se creó 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

relativa a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, siguiendo a ello una serie de etapas procesales hasta concluir con la publicación de la Directiva el 11 de junio de 2005. Las etapas que se siguieron después de la Propuesta de Directiva fueron “el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva (DO C108/81), la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva (P5 TA(2004) 0298), la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción de la Directiva (DO C 38 E/1), la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo acerca de la Posición Común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de la Directiva {P6 TA (2005) 0048}, la Decisión del Consejo de 12 de abril de 2005”, y posterior a todo ello la publicación correspondiente.

consumidores y usuarios. Dicha ley no sólo tenía la intención de incorporar la directiva antes citada, sino que también pretendía integrar en el régimen jurídico español la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, misma que analizaremos en el siguiente apartado del presente capítulo³¹⁴.

Las modificaciones que se generaron en el derecho de la competencia a raíz de la citada reforma han sido sustanciales, sobre todo en lo que respecta a la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal, fundamental en nuestro estudio, pero también sobre el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de la Publicidad³¹⁵.

En lo que se refiere a la LCD encontramos que la reforma que se dio a partir de la Directiva afecta a cuestiones generales como el ámbito de aplicación de la ley, a la famosa cláusula general y a algunas otras conductas tipificadas como desleales. Sin embargo, la parte esencial de la reforma, y que vendría a constituir un cambio radical en la concepción de la competencia desleal, fue la decisión de que la tutela que se estableciera favoreciera que la decisión de contratación por parte del consumidor se haga de manera libre e informada. Ello implica que se combatan las prácticas

³¹⁴ Cabe mencionar que la incorporación de la citada directiva no solamente provocó modificaciones a las leyes estatales, sino también a las autonómicas en materia, por ejemplo, de las leyes de consumo y del derecho a la información de los consumidores. Cfr. ZURILLA CARIÑANA, Ma. Ángeles, *Prácticas comerciales desleales y derecho a la información del consumidor en las leyes de comercio de las comunidades autónomas tras la Ley 29/2009*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2011, pp. 3-14.

³¹⁵ Vid. GARCÍA PÉREZ, Rafael, "Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto (1) de ley que incorpora la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales", en *DLL*, No. 7051, 2008. En dicho artículo el autor realiza un análisis completo sobre la incidencia de la Directiva en la legislación española. Igualmente vid. FERNÁNDEZ-NOVOA RODRÍGUEZ, Carlos, "La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales", en *RLL*, No. 1, 2006, pp. 1335-1340.

comerciales agresivas que amenacen dicha libertad de decisión, como las prácticas engañosas o denigratorias que pueden torcer el juicio del consumidor y que impiden que decida de manera informada³¹⁶. Lo anterior resulta decisivo considerarlo en nuestro caso, dado que los actos de denigración son sin duda acciones que pueden llegar a manipular la decisión de los consumidores dentro del mercado, ello a través del menoscabo que puedan generar en el crédito de quienes ofrecen sus productos y servicios, a pesar de que concretamente el artículo 9 de la LCD, que trata los actos denigratorios, no sufriera ninguna modificación por influencia de la Directiva.

En el preámbulo de la Ley 29/2009 puede leerse que: *“la Directiva 2005/29/CE viene a regular una serie de conductas encuadrables dentro del marco de la competencia desleal, poniendo el énfasis en sus efectos indeseables frente a los consumidores. Esta ley nace con el propósito de que la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación del mercado, constituida aquí por la Ley de Competencia Desleal, como forma de asegurar que aquella tutela sea la más efectiva y que la normativa del mercado no quede desintegrada.*

Las normas que imponen la protección de la libre competencia o prohíben la competencia desleal protegen a los consumidores de la misma manera que protegen el funcionamiento del mercado y los intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo. Es por ello que esta ley articula la protección de los consumidores teniendo en

³¹⁶ Así lo expresa claramente RUIZ PERIS, quien además señala que *“el equivalente, desde la perspectiva de la armonización comunitaria es reducir las incertidumbres planteadas entre consumidores y operadores profesionales, respecto del nivel de protección frente a las prácticas comerciales que se dirigen o afectan a consumidores, dada la gran diversidad de regulación en la materia existente en los distintos estados miembros de la Unión, en cuanto las mismas crean importantes barreras al ejercicio de las libertades en el mercado interior. Así por ejemplo cuando se desea realizar actividades de comercialización transfronteriza, campañas de publicidad y promociones de ventas por parte de un empresario o profesional o compras o adquisiciones de servicios transfronterizas por parte de un consumidor.”* Cfr. RUIZ PERIS, Juan Ignacio, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 16. Para un análisis completo de las prácticas agresivas que pueden afectar al mercado, tratadas en el artículo 8 LCD que fue modificado para estar en consonancia con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales *vid.* MASSAGUER, José, “Las prácticas agresivas como actos de competencia desleal”, en *RAJ*, No. 27, 2010, pp. 17-32.

cuenta las exigencias del propio mercado y los legítimos intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo”.

Con ello nos encontramos con que la LCD, al igual que la LDC, pretenden proteger a la vez tanto el funcionamiento del mercado como los derechos de los consumidores, entendiendo que no hay conflicto en ello, y que la protección del mercado redunda también en beneficio de los consumidores, sin que ello signifique que no hay una protección específica a éstos, como lo demuestra la existencia de un capítulo dentro de la propia LCD que regula las prácticas comerciales desleales con los competidores y usuarios. Sobre las similitudes y diferencias entre la tutela que establece tanto la LCD como la LDC dentro del mercado profundizaremos en párrafos posteriores, con la finalidad de tener una clara idea del marco jurídico en materia de competencia.

Con la intención de cumplir con el objetivo de proteger la decisión del consumidor, la Directiva 2005/29/CE ha optado por eliminar las cláusulas generales y reemplazarlas por un principio jurídico único y nuevo, que es el de la diligencia profesional que los Estados europeos pueden conjuntar a los de buena fe y prácticas comerciales honestas. En el caso de la transposición al derecho español, la Ley 29/2009 lo que hace es extender la aplicación del ya citado principio jurídico a todo tipo de comportamientos en relación con los consumidores, no solamente con respecto a las prácticas desleales, aunque no se extiende a las relaciones entre operadores profesionales. Así mismo, la directiva tiene la pretensión de establecer reglas comunes en lo que a prácticas engañosas y agresivas se refiere³¹⁷.

Además de la modificación de la legislación concurrencial, la Directiva 2005/29/CE generó cambios en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, fundamentalmente en lo referente a las ventas promocionales. Ello significó la reforma de los artículos 18, 22, 23 y 32 de la misma, tipificando como conductas desleales las que se realicen en

³¹⁷ Cfr. RUIS PERIS, Juan Ignacio, *ob. cit.*, p. 17

contra de sus prohibiciones y estableciendo una regulación y coordinación de las ventas multinivel y piramidales con las ventas piramidales que contempla el artículo 24 de la LCD³¹⁸.

En lo que toca a la LGDCU, la transposición de la normativa europea pretende la armonización de la legislación en defensa del consumidor con la legislación en materia de competencia desleal, sobre todo en lo referente a prácticas comerciales. Algunos de los puntos esenciales de la modificación en la normativa son, por ejemplo, la regulación de las obligaciones de información a los consumidores que contempla el artículo 20 LGDCU para que se incluya dentro de los datos que se le proporcionan al consumidor lo relativo a las características y especificaciones del bien o servicio que pretende contratar, así como su precio, ello con la intención de que el comprador pueda tener la mayor cantidad de información para tomar su decisión de manera libre. Otro punto importante se refiere a la reforma que se hizo en el artículo 49.1 LGDCU en el cual se decidió modificar la redacción para considerar que en materia de defensa de los consumidores se consideran infracciones tanto el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios como el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas por la propia norma o disposiciones que la desarrollen, en los términos previstos en la legislación autonómica que resulte aplicable³¹⁹.

1. Ámbito objetivo de aplicación

En lo que respecta a su ámbito objetivo, la Directiva 2005/29/CE está enfocada a uniformar las prácticas comerciales que dirige, entre las que se encuentran los actos, omisiones, conductas, manifestaciones o comunicaciones personales procedentes de un comerciante y directamente relacionadas con la promoción, venta o suministro de

³¹⁸ Cfr. RUIS PERIS, Juan Ignacio, *ob. cit.*, p. 14.

³¹⁹ Cfr. RUIS PERIS, Juan Ignacio, *ob. cit.*, p. 15.

un producto a los consumidores, a pesar de que todas ellas puedan tener lugar antes o después de la transacción comercial. Prevalece así un carácter plenamente objetivo y funcional de la definición, que habla claramente de comportamientos tanto activos como pasivos orientados en todo momento a la promoción o venta de bienes que puedan ser objeto de tráfico mercantil, y que abarcan cualquier momento de la transacción comercial que se realice.

Sin embargo es necesario señalar que existen dos exclusiones que la propia Directiva menciona: la primera es la regla de transitoriedad de la norma durante un periodo de 6 años que terminó el 12 de junio de 2007, fecha límite para su transposición a los ordenamientos de los Estados; y la segunda se refiere a que caen fuera de su ámbito objetivo de aplicación las materias mencionadas en los apartados 2, 3 y 10 del artículo 3 de la propia Directiva, y que se refieren a la forma, validez y efectos de los contratos, a la salud y seguridad de los productos, a la certificación e indicación del grado de pureza de aquellos objetos que se fabriquen con metales preciosos, casos en que la Directiva adquirirá un carácter subsidiario con respecto a la normativa comunitaria³²⁰.

De lo anterior podemos entender que la Directiva considera que hay materias que por su complejidad es preferible que no sean objeto de su aplicación, como es el caso de determinadas profesiones reguladas. Sin embargo, ello vendría a significar también que la normativa sería aplicable a todos aquellos casos que no se mencionan como excepciones, a pesar de que dentro de su propia regulación ya se contemplaran disposiciones en contra de la competencia desleal, siempre que dichos supuestos cumplieran con los requisitos o presupuestos para su aplicación.

Para efectos de nuestra investigación conviene citar dos fragmentos esenciales de la Directiva, ambos contenidos en el artículo 5. El primero se refiere cuándo se considera

³²⁰ Cfr. PEREZ MOSTEIRO, Amelia, *ob. cit.*, pp. 89 y ss.

que una práctica comercial es desleal. Al respecto se señala que una práctica comercial será desleal si: *“a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y b) distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”*. El segundo se refiere a prácticas específicas o particulares que se consideran desleales, que son aquellas que: *“sean engañosas según lo establecido en los artículos 6 y 7, o b) sean agresivas según lo establecido en los artículos 8 y 9”*.

Lo anterior ha llevado a la modificación en lo que a prácticas desleales se refiere no sólo de la LCD; sino también de la LGP, de la LGDCU, y de la LOCM, ello a pesar de que la primera sea la que integra de manera unitaria esta materia, sin olvidar lo que establece la LDC. Resulta claro así mismo que los actos denigratorios que regula la LCD recaen perfectamente entre aquellas prácticas que pueden distorsionar el comportamiento del consumidor dentro del mercado. Cuando se denigra el prestigio comercial de un competidor, ello puede hacer que el consumidor tome decisiones basándose en información sesgada, errónea o incompleta. Como ya hemos comentado, la normativa concurrencial no sólo busca la protección de los entes económicos que participan dentro del mercado, sino también el correcto funcionamiento de ese mercado y además la protección del consumidor. Conviene señalar que dentro de dicha normativa que protege el funcionamiento del mercado se encuentra no solamente la LCD como ya hemos dicho, sino también la LDC. De igual manera, si nos atenemos a lo que señala el artículo 8 de la Directiva respecto de las prácticas comerciales agresivas, nos encontramos con que la denigración es una práctica considerablemente agresiva, puesto que merma la *“libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto”*, pudiendo hacer que tome una decisión que de otra forma no hubiera tomado.

Lo expuesto en los párrafos anteriores nos lleva con toda seguridad a la valoración de que los actos o manifestaciones de carácter denigratorio en el ámbito de la competencia desleal caben perfectamente en el ámbito objetivo de aplicación de la normativa, puesto que se trata de prácticas agresivas por lo general, que pueden llevar a que el consumidor tome decisiones basadas en información falsa o incompleta, distorsionando con ello el correcto funcionamiento del mercado que tanto pretende proteger la legislación en materia de competencia desleal.

2. Ámbito subjetivo de la aplicación

En lo que respecta al ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva nos encontramos con que distingue dos figuras fundamentales: la del consumidor y la del empresario. En el apartado a) de su artículo 2 define al empresario como la persona física que participa en el mercado con propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión. Y en lo que se refiere al consumidor medio, sobre el que también hace alusión, se remite sentencias del TJUE, concretamente la de 10 de septiembre de 2009³²¹ que señala que *“de la jurisprudencia del Tribunal resulta que, para apreciar el posible carácter engañoso de una indicación que figura en etiqueta, el órgano jurisdiccional nacional debe basarse en la impresión que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz tendrá presumiblemente, a la luz de dicha indicación, respecto del origen, la procedencia, la calidad del producto alimenticio, habida cuenta de que lo esencial es que no induzca a error al consumidor y no se le lleve a pensar erróneamente que el producto tiene su origen, procedencia o cualidades diferentes de las que en realidad tiene”*³²².

³²¹ Cfr. STJCE de 10 de septiembre de 2009, (TJCE 2009/270).

³²² En el mismo sentido se manifiestan la STJCE de 6 de julio de 1995, (TJCE 1995/115) y STJCE de 13 de enero de 2000, (TJCE 2000/4). Para revisar un detallado análisis sobre las sentencias del TJUE relativas a la interpretación de la Directiva vid. GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “Jurisprudencia del TJUE referente a la interpretación de la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales”, en *DLL*, No. 7934, 2012.

La definición jurisprudencial de lo que debemos considerar un consumidor medio se encuentra claramente basada en criterios subjetivos que corresponde al juzgador evaluar. A pesar de ello, tanto el concepto que maneja la Directiva como el de la jurisprudencia perfilan con cierta claridad lo que se considera un consumidor para la propia Directiva. Por otro lado, en lo que se refiere al concepto de empresario, la Directiva lo define como *“cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste”*.

Poniendo juntos ambos conceptos y relacionándolos con la finalidad de la Directiva resulta que la protección del mercado interior en contra de las prácticas comerciales que se consideran desleales queda limitada prácticamente a la represión de aquellos comportamientos ilícitos de las empresas en relación con los consumidores, cuando resultan lesionados los intereses económicos de dichos consumidores. No entran dentro de su ámbito de aplicación las acciones que puedan ser consideradas como desleales pero que no afecten a los consumidores. Ello se debe a que la normativa europea pretende distinguir entre un derecho de los consumidores y un derecho de la competencia que tiene fundamentalmente un carácter económico³²³, a pesar de que como hemos visto estén íntimamente relacionados y sea en ocasiones complicado distinguir entre uno y otro.

B. Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Como ya hemos señalado en el apartado anterior, la Ley 29/2009, de 30 de diciembre vino a incorporar a la normativa española tanto la Directiva 2005/29/CE como la Directiva 2006/114/CE, esta última referente a la publicidad engañosa y comparativa.

³²³ Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia, *ob. cit.*, pp. 94 y ss.

De acuerdo con el preámbulo de la Ley 29/2009, la imperiosa necesidad de que existieran mecanismos de coordinación entre la LCD y la LGP dio lugar a la modificación de la LGP, ello *“con objeto de disponer de un mismo cuerpo de acciones y remedios contra todas las prácticas comerciales que perjudiquen intereses económicos de los consumidores, sin renunciar a la regulación específica de la publicidad y sin menoscabo de la legitimación especial que en la Ley General de Publicidad se establece frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma vejatoria o discriminatoria la imagen de la mujer.”*

En virtud de lo anterior y en lo que se refiere a la reforma que sufrieron los ordenamientos legales por efecto de la Directiva nos encontramos con que se dio lugar a una importante unificación del régimen de la publicidad ilícita con el de las conductas desleales. Entre los cambios más directos está que la publicidad engañosa, desleal o agresiva, antes regulada por LGP, pasó a ser contemplada en la LCD. Sin embargo, la regulación de la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o bien dañe los valores y derechos consagrados en la Constitución continuó siendo tratada por la LGP. Dicha reforma resultó polémica dado que en la LCD de 1991 ya se contemplaba que la publicidad ilícita de acuerdo con la LGP se reputaría desleal, y además ya existía la protección de los valores constitucionales al regular el requisito de pertinencia con referencia a las conductas denigratorias, o bien al establecer que se prohibiera la discriminación a los consumidores³²⁴.

Así, actualmente el artículo 1 de la LGP comienza señalando que *“la publicidad se regirá por sus propias normas, por la LCD y por las normas especiales que den tratamiento a determinadas actividades de carácter publicitario”*. Viene después y como señalamos en el párrafo anterior, la enumeración de los supuestos de publicidad ilícita, entre los que se incluyen aquellos casos en que se atente contra la dignidad de la persona o se vulneren los derechos que la Constitución reconoce, muy

³²⁴ Cfr. RUIZ PERIS, Juan Ignacio, *ob. cit.*, p. 14.

especialmente los que se refieren a los artículos 14, 18 y 20, precisamente aquellos que hablan del derecho al honor y la libertad de expresión. Dentro de dichos casos se incluyen aquellos de publicidad que presente de manera vejatoria la imagen de la mujer. Se contempla así mismo la publicidad dirigida a menores cuando les incite a la compra de un bien o servicio aprovechándose de su inexperiencia, la publicidad subliminal, la que infrinja lo señalado en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, la publicidad engañosa, desleal o agresiva, que tendrá el carácter de actos de competencia desleal de acuerdo con la LCD³²⁵.

Conviene mencionar que los casos de publicidad ilícita no siempre supondrán actos de competencia desleal, prácticas engañosas o publicidad agresiva. Sin embargo deben calificarse como tales de acuerdo con lo que dispone el artículo 18 LCD, puesto que al haber desaparecido las acciones contra la publicidad ilícita de la LGP, se deberá recurrir al artículo 32 LCD que se refiere a las acciones por competencia desleal. Sobre ello volveremos más adelante cuando analicemos a detalle tanto la LGP como la LCD.

1. Ámbito objetivo de aplicación

La Directiva 2006/114/CE, de acuerdo con su artículo 1, *“tiene por objeto proteger a los comerciantes sobre la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa.”* Lo que busca esencialmente es codificar o compilar lo que establece la Directiva 84/450/CE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa y de las modificaciones posteriores a la misma, sustituyendo a todas ellas para generar un solo cuerpo legal que pueda dar tratamiento al tema.

³²⁵ Cfr. RUIZ PERIS, Juan Ignacio, *ob. cit.*, pp. 106 y ss.

En los considerandos de la Directiva puede leerse que una de las razones por las cuales se promulga es precisamente por las disparidades de las legislaciones de los Estados miembros: *“Existen grandes disparidades entre las legislaciones en vigor en los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. La publicidad rebasa las fronteras de los Estados miembros y tiene, por consiguiente, una incidencia directa en el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado interior”*, señalando también que dichas discrepancias pueden inducir a error a las empresas, obstaculizando la realización de campañas publicitarias más allá de las fronteras y afectando con ello la libre circulación de mercancías y la prestación de servicios³²⁶.

2. Ámbito subjetivo de la aplicación

En esta Directiva se elimina cualquier referencia a los consumidores, que sí estaban presentes en la Directiva 84/450/CEE y en la Directiva 97/55/CE. De acuerdo con el artículo 1 de la propia Directiva encontramos que en su artículo 5, se considera que *“los Estados miembros velarán por que existan los medios adecuados y eficaces para luchar contra la publicidad engañosa y con miras al cumplimiento de las disposiciones en materia de publicidad comparativa en interés de los comerciantes y los competidores.”* El propio artículo refiere dichos medios: *“Estos medios deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en la lucha contra la publicidad engañosa o en la regulación de la publicidad comparativa puedan: a) proceder legalmente contra esta publicidad, o b) someter esta publicidad a una autoridad administrativa competente bien para que ésta se pronuncie sobre las reclamaciones o bien para entablar las acciones judiciales pertinentes.”*

En virtud de lo anterior se ha establecido en la LGP que quienes se considera que tienen un interés legítimo pueden ejercer las acciones previstas en el artículo 32.1 de

³²⁶ Cfr. Directiva 2006/114/CE.

la LCD para combatir la publicidad ilícita, y que en este caso son: a) *La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género*, b) *El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico*, c) *las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro* y d) *El Ministerio Fiscal*.

De igual manera existe de acuerdo con la LGP un procedimiento sumario encaminado a conseguir el cese de la publicidad que sea considerada ilícita. Dicho proceso, de acuerdo con la propia Ley, *“se articula con la máxima celeridad posible, sin merma de las garantías necesarias para el ejercicio de una actividad de tanta trascendencia económica y social como es la publicitaria. La tramitación se realizará conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 para los juicios de menor cuantía, con una serie de modificaciones, inspiradas en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho a la Rectificación, y en las directrices comunitarias, y tendentes a adaptar la práctica judicial a las peculiaridades del fenómeno publicitario. El Juez, atendidos todos los intereses implicados y, especialmente, el interés general, podrá acordar la cesación provisional o la prohibición de la publicidad ilícita, así como adoptar una serie de medidas encaminadas a corregir los efectos que la misma hubiera podido ocasionar”*.

Queda claro entonces en lo que se refiere al ámbito subjetivo de la Directiva, y como señala NEWMAN RODRÍGUEZ³²⁷, que el legislador comunitario circunscribió el mismo exclusivamente a la figura del comerciante, definiéndolo de acuerdo con la misma como *“toda persona física o jurídica que actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, oficio, negocio o profesión, así como cualquier que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste.”*

³²⁷ Cfr. NEWMAN RODRÍGUEZ, Silvana, “La protección de los competidores en Europa: Comentario a la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa”, en RGDE 22, Iustel, p. 2

III. LEY 3/1991, DE 10 DE ENERO, DE COMPETENCIA DESLEAL

La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal vino a crear el marco jurídico para poder definir lo que es un acto desleal dentro del mercado y además proporcionó los medios necesarios para reprimirlo. Después de décadas de una legislación en materia de competencia desleal fragmentada e incompleta, la LCD vino a dar unidad y coherencia a una serie de preceptos que hasta ese momento se contemplaban en legislaciones de lo más disímbolas. Dentro de esta LCD, y concretamente en su artículo 9 se enmarcan acciones que se consideran denigratorias y que son objeto de nuestro estudio, aquellas que son aptas para menoscabar el crédito en el mercado de un competidor.

A lo largo del presente apartado iremos desglosando la LCD, sus orígenes y sus características, poniendo especial énfasis en el tratamiento que da a los actos denigratorios, tratamiento que ha permanecido invariable a pesar de las reformas que ha sufrido la Ley en virtud de las distintas directivas europeas que ya hemos mencionado. Nos detendremos para analizar aspectos específicos y de gran importancia para la regulación de la denigración, como es la *exceptio veritatis* y la consideración de aptitud de las manifestaciones para menoscabar el crédito de un tercero, y además analizaremos algunos casos que puedan ilustrar la aplicación del derecho en materia concurrencial. Así mismo iremos comparando algunos de los aspectos de la normativa concurrencial y sus similitudes y diferencias con el derecho al honor, sobre todo en lo referente a los requisitos que exigen ambas normativas para que un acto se considere denigratorio.

A. Diferencia entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia.

Antes de abocarnos por completo al análisis de la LCD, consideramos de suma utilidad como ya habíamos señalado, y con la intención de dibujar el contexto normativo en el cual nos vamos a conducir, el establecer las diferencias, aunque sea someramente

dado que no es el objeto de nuestro trabajo, en el tratamiento que hacen de la competencia la LCD y la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, asunto que hemos comentado sólo de forma superficial. Considerando que el objetivo de la LCD es la protección de la competencia encontramos que coincide con el de la LDC, puesto que esta última lo que busca es preservar la competencia como institución, sancionando aquellas conductas que se considera que eliminan o distorsionan la competencia. Siendo que ambas normativas buscan proteger la competencia, la diferencia entre ellas estriba fundamentalmente, sin que ello signifique que la delimitación es clara y tajante, en que la LCD aborda la competencia desde un punto de vista privado, puesto que por lo general protege los intereses de los competidores perjudicados por un acto desleal, mientras que el Derecho de Defensa de la Competencia es más bien el encargado de proteger en contra de actos o conductas que limitan la competencia y que son perjudiciales para el ordenado desarrollo de la competencia en general dentro del mercado. Sin embargo, hoy este criterio parece haberse desdibujado ante la convergencia que se ha presentado entre ambos sectores. Por ello, las diferencias básicas podrían situarse en nuestros días en, por ejemplo, la diferente naturaleza de los órganos encargados de cuidar por la aplicación de la normativa, teniendo que en el caso de la LCD son los Tribunales civiles, mientras que en el caso de la LDC la norma es aplicada por Tribunales de índole administrativa. Así resulta que la competencia desleal descansa dentro de las categorías del derecho privado, mientras que la defensa de la competencia se sitúa en el ámbito de lo público³²⁸.

³²⁸ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, pp. 22 y ss. Sobre ello también ha comentado ROBLES MARTÍN-LABORDA: *“La finalidad de las normas protectoras de la libre competencia es la protección del interés público en el mantenimiento de una competencia económica suficiente en el mercado, constituyendo un instrumento en manos del Estado para la consecución de sus objetivos de política económica...”* *“por el contrario, la finalidad de las normas sobre competencia desleal era la protección de los intereses privados de los empresarios frente a los daños injustificados que pudiera ocasionarles la conducta excesivamente agresiva de un competidor en la lucha por un cliente...”*. Cfr. ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio, *Libre competencia y competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2001, p. 64.

También resulta pertinente mencionar que ambas normativas buscan tutelar los intereses de los consumidores y no solamente al mercado. En la exposición de motivos de la LDC se señala claramente que *“la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad”*.

En sentido similar, la LCD también reafirma en su preámbulo el hecho de que *“la Constitución Española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. De ello se deriva, para el legislador ordinario, la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles, eventualmente, de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado. Esta exigencia constitucional se complementa y refuerza por la derivada del principio de protección del consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones típicas de mercado, acogido por el artículo 51 del texto constitucional. Esta nueva vertiente del problema, en general desconocida por nuestro Derecho tradicional de la competencia desleal, ha constituido un estímulo adicional de la máxima importancia para la emanación de la nueva legislación”*.

En ambas normativas queda clara la necesaria protección que debe darse a los intereses del consumidor. Cada una lo establece desde su propia y particular óptica, pero resulta sin lugar a dudas un punto de encuentro entre ambas leyes. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el referente a los actos de denigración, la normativa que resulta aplicable es la de la competencia desleal, y no la de la defensa de la competencia, ello fundamentalmente por el principio de especialidad normativa (*lex specialis derogat legi generali*), aunque no es la única consideración. Dicho principio

ha sido calificado por nuestra jurisprudencia como Principio General de Derecho³²⁹, teniendo que se trata de uno de los principales criterios para solucionar contradicciones normativas, junto con los principios de jerarquía y de temporalidad.

De acuerdo con TARDÍO PATO, se entiende que el principio de especialidad se basa en *“la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad”*³³⁰. Así, la LCD establece de manera directa y específica la protección en contra de los actos denigratorios en su artículo 9, definiendo las acciones que se consideran denigratorias y sus características. Como ya hemos mencionado, la LCD a pesar de su vertiente social y de que procura la protección del mercado y de quienes participan en él, tiene por regla general que atiende más a la competencia desde el ámbito privado, y los actos denigratorios son claramente desleales por cuanto afectan a un competidor dentro del mercado, a pesar de la influencia que puedan llegar a tener en el mercado en general y su repercusión en los consumidores. Finalmente hemos de señalar que generalmente la LDC se ocupa de prácticas de una determinada relevancia económica que dañan al mercado, mientras que la LCD se encarga de asuntos de menor relevancia y más de índole privada.

B. Creación de la Ley de Competencia Desleal

La Ley 3/1991 tiene como finalidad *“la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado”*. Con ello se pretende enfatizar que no sólo tiene la intención de proteger a los competidores económicos de posibles abusos o prácticas desleales, sino crear un marco normativo que proteja la competencia atendiendo a los intereses de todos los involucrados, como pueden ser los propios

³²⁹ Cfr. STS de 16 de enero de 1998, (RJ 1998/826).

³³⁰ Cfr. TARDÍO PATO, José Antonio, “El principio de Especialidad Normativa (lex specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, p. 191.

competidores, pero también los consumidores y el público en general³³¹, como ya hemos tenido ocasión de señalar.

Dicha Ley nace de la prolongada carencia de un texto normativo que sancionara y regulara de manera uniforme los comportamientos concurrenciales que pudieran considerarse como dañinos de la lealtad y libertad del mercado, o como transgresores de la buena fe de quienes participan en él, estableciendo de manera clara y directa una regulación completa, si bien mejorable, que diera certeza jurídica a todos quienes componen el mercado. Atrás debía quedar la regulación fragmentaria e insuficiente que se había dado a través de la LM y de la LGP. Desde la utilización del llevado y traído artículo 1902 CC para regular las conductas denigratorias se había hecho clara la necesidad de un texto normativo que considerase todas las aristas y las particularidades que tiene la regulación de las conductas desleales dentro del mercado³³².

Como establece MARTINEZ SANZ, el artículo 1 de la ley se encarga de reforzar aquello que ya ha sido expresado en la Exposición de Motivos, dejando claro que la renovación que introduce puede verse en el plano de la orientación, de la configuración y de la realización de la disciplina de la competencia desleal³³³. Así, según el propio artículo, el derecho de la competencia desleal deja de verse como una normativa dirigida solamente a resolver los conflictos entre competidores, y pasa a transformarse en un instrumento de ordenación y control de las conductas dentro del mercado, ello sin dejar de tomar en cuenta las consideraciones que ya hemos hecho de sus diferencias

³³¹ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 21.

³³² Como señala PÉREZ MOSTEIRO: *“La regulación de la competencia desleal a través de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD), responde a una acuciante necesidad de nuestro sistema jurídico, que ha de dar respuesta a la realidad social del momento, y romper con el modelo corporativo de solución de conflictos entre competidores hasta entonces imperante, para constituir un modelo social e institucional”*. Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia, *ob. cit.*, p. 60.

³³³ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 21.

con LDC en lo que a la regulación del mismo se refiere. La LCD pasa entonces a proteger también la institución de la competencia desde su enfoque específico, y no solamente a individuos particulares, tomando así también un cariz social y no simplemente económico, como había ocurrido hasta antes de su aparición.

La propia exposición de motivos aclara también que lo que pretende es mantener mercados transparentes y competitivos, por lo cual la redacción de los artículos que componen dicha normativa, y que definen las conductas concretas que se consideran actos de competencia desleal, se ha orientado a evitar que prácticas concurrenciales que puedan resultar incómodas, sean por ese solo hecho, calificadas como desleales. Por ello, y según la propia exposición, las tipificaciones que se han creado han pretendido ser lo más restrictivas posible, dando lugar a que en algunas ocasiones determinadas prácticas se hayan liberalizado en vez de prohibirse, y clarificando las posibles dudas que pudieran presentarse con respecto a su deslealtad³³⁴.

El giro que la LCD da a la regulación en materia de comportamientos desleales radica en gran parte en dar prioridad al interés general sobre el interés de los particulares, es decir, que el derecho de los consumidores debe estar por encima del interés de los competidores dentro del mercado³³⁵. Se debe garantizar al consumidor la posibilidad de tener información fidedigna dentro de dicho mercado para poder elegir en consecuencia. Prevalece así en este nuevo modelo el control de actuaciones que se desarrollan dentro del mercado, que están además estrechamente relacionadas con principios recogidos en la Constitución tales como la libertad de empresa y todo lo

³³⁴ Existen varias sentencias que se refieren precisamente a establecer que una conducta, por considerarse molesta, no debe ser vista "a priori" como desleal. Entre ellas se encuentran la STS de 25 de octubre de 2000, (RJ 2000/9201), la STS de 26 de julio de 2004, (RJ 2004/6632), la SAP Álava de 22 de febrero de 2000, (AC 2000/498), la SAP Cantabria de 31 de marzo de 2000, (AC 2000/4089), y la SAP Madrid de 15 de abril de 2002, (AC 2003/291).

³³⁵ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, pp. 24 y ss.

que ello implica, y se protege como hemos dicho, no sólo a los operadores económicos, sino a todos los participantes en el mercado.

Las modificaciones a la LCD han sido varias, sin embargo, el tratamiento que le ha dado a la denigración a través del artículo 9 ha permanecido intocado, tal vez como prueba de su utilidad y pertinencia a lo largo de los años. Dentro de las modificaciones más trascendentes que ha sufrido la ley encontramos la llevada a cabo a través de la Ley 14/2003, de 20 de noviembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que modifica el artículo 5 y añade el apartado tercero del artículo 15; también está la reforma por Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que modifica el artículo 22 y deroga los artículos 23, 35 y 26; otra más por Ley 52/1999 de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que modifica el artículo 16; y finalmente una de las más importantes y que ya hemos comentado, por 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. Hablamos de su importancia porque la finalidad de la reforma es una protección más eficaz del bien jurídico tutelado circunscrito a la competencia económica, protegiendo el correcto funcionamiento del mercado e inclusive ampliándolo, puesto que ya no solamente podrán ser objeto de declaración de deslealtad aquellas acciones que se lleven a cabo dentro del mercado entre agentes económicos, sino también las que provengan de una relación entre competidores directos y los consumidores³³⁶.

En resumidas cuentas, la creación de la LCD vino a dar un marco jurídico más completo y moderno al tema de la protección de la competencia desleal, estableciendo una normativa que no sólo procura evitar las conductas dañinas para el mercado y quienes participan en él, sino que además tiene la intención de procurar un correcto

³³⁶ Cfr. PEREZ MOSTEIRO, Amelia, *ob. cit.*, p. 62.

funcionamiento de dicho mercado, poniendo en un lugar central el papel de los consumidores y no sólo protegiendo los intereses de los competidores económicos.

C. Las 3 categorías normativas que engloban los actos de competencia desleal

Para el estudio del funcionamiento de la LCD y concretamente de los actos tipificados en ella hemos optado por valernos de un criterio para su análisis que hace referencia a las funciones que cumple la Ley, teniendo en cuenta los distintos intereses jurídicos protegidos³³⁷. Ello da lugar a tres categorías normativas que contendrían los actos que contempla la LCD: la primera referente a normas que protegen los intereses de los competidores, donde podríamos encontrar precisamente los actos de denigración, pero también los actos de imitación, de violación de secretos entre otros; la segunda categoría es la relativa a normas que protegen los intereses generales de los consumidores y usuarios, aquí encontraríamos los actos de confusión, engaño, entrega de obsequios, comparación y discriminación; y finalmente vendrían las normas que procuran la protección del mercado, donde encontraríamos la violación de normas, la explotación de la situación de dependencia económica y la venta a pérdida. A continuación haremos una breve disección de dichos criterios³³⁸.

1. Normas que protegen los intereses de los competidores

Dentro de este tipo de normas nos encontramos con los actos de denigración, puesto que en ellos se lesionan los intereses de los competidores, en la consideración de que dichos actos también pueden menoscabar diversos intereses jurídicos, como podrían ser los de los consumidores. Sin embargo, desde un punto de vista sistémico nos encontramos con que los actos de denigración son desleales para con un competidor, y de hecho obstaculizan su ejercicio profesional dentro del mercado, reduciendo o eliminando sus ventajas competitivas en el mismo al poner en duda su reputación. Sin

³³⁷ De esta forma lo sugiere GONZÁLEZ LARA. Cfr. GONZÁLEZ LARA, Rafael, *ob. cit.*, p. 50.

³³⁸ Cfr. PÉREZ MOSTEIRO, Amelia, *ob. cit.*, p. 83.

embargo se trata también de acciones que lesionan los intereses de los consumidores, puesto que se manifiestan como actos adecuados para influir o modular sus decisiones dentro del mercado, dificultándolas o modificándolas, en una palabra distorsionándolas, y distorsionado con ello por consiguiente el funcionamiento del mercado.

Resulta evidente que ante un acto denigratorio el competidor económico que ve lesionada su imagen y su crédito dentro del mercado puede ver mermada la preferencia de los consumidores por su marca, pudiendo llegar incluso si dicha merma es excesiva, a modificar su posición competitiva dentro de dicho mercado. Lo anterior pone de relieve que la deslealtad de los actos denigratorios radica precisamente en la afectación del funcionamiento del mercado y no en un derecho subjetivo del competidor afectado³³⁹. Por citar un ejemplo, si un vendedor de pan artesano se expresa en sentido negativo del producto de un competidor, afirmando que su pan no es artesano sino comercial, hecho con productos de menor calidad, puede llegar a generar que los consumidores dejen de comprarle y por consiguiente busquen proveedores alternos, generando con ello cambios en el mercado como podría ser que otros competidores más pequeños tuvieran que hacer más pan artesano para venderle a los antiguos clientes del que se ha visto denostado, y este tuviera que reducir su producción y ver disminuida su participación dentro del mercado y mermada su posición competitiva, con todo lo que ello conlleva. Con ello, no solamente resultaría afectado un ente económico en particular, sino que la distorsión se produciría en todo el mercado.

Podemos resumir que un acto se considera desleal en perjuicio de los competidores cuando puede generar de manera ilícita que haya distorsiones y variaciones de su posición dentro del mercado sin que ello tenga que ver con sus propias prestaciones y ventajas competitivas, sino con acciones ilícitas que lleven a la distorsión del mercado

³³⁹ Cfr. LARA GONZÁLEZ, Rafael, *ob. cit.*, pp. 52 y 53.

de manera injustificada, como en el ya citado caso de los actos denigratorios, pero también en los casos de explotación de la reputación ajena que marca el artículo 12 LCD, la violación de secretos del artículo 13, o bien la venta a pérdida del artículo 17, por citar sólo algunos ejemplos.

2. Normas que protegen los intereses de los consumidores y usuarios

En el presente criterio nos encontramos con que los intereses de los consumidores resultarán afectados cuando la conducta desleal reduzca o elimine su libertad para decidir de manera informada sobre los bienes o productos que se encuentran disponibles dentro del mercado. Como ya hemos señalado anteriormente, la normativa moderna que protege la competencia ya no solamente protege a los competidores económicos en sus intereses, sino que considera que el consumidor es un elemento clave, de hecho el más importante dentro del funcionamiento del mercado. Si bien es cierto lo que se tutela es dicho funcionamiento dentro de una economía abierta, el consumidor viene a ser una de las piezas más importantes, quien puede hacer que se muevan las posiciones de quienes compiten dentro del mercado.

En este sentido encontramos que los actos que se considera que afectan directamente al consumidor serían los actos de confusión que contempla el artículo 6 de la LCD, los actos de engaño del artículo 7, los relativos a obsequios y primas del artículo 8, y también los actos de imitación del artículo 11.

3. Normas que protegen el mercado

Finalmente y de acuerdo con el criterio ya señalado nos encontramos con las normas que protegen contra los actos que pueden resultar lesivos para el mercado, sin olvidar lo que ya hemos señalado que a final de cuentas todos los actos desleales conllevan un perjuicio para el funcionamiento del mismo.

Así, la deslealtad con relación al mercado puede encontrarse en todos los actos que afecten precisamente la estructura del mismo, y también las bases sobre las cuales se

asienta el sistema económico. Dentro de estos actos podríamos citar la violación de normas que señala el artículo 15 LCD, que se refiere a prevalerse dentro del mercado de una ventaja competitiva que se ha obtenido no de manera lícita, sino a través de la infracción de las leyes. En este artículo también se sanciona la contratación de extranjeros que no tengan la autorización que marca la ley para poder trabajar. Dentro de los actos que van en contra del mercado se señalan también la discriminación y la dependencia económica que aparecen contempladas en el artículo 16, y que se refiere al tratamiento discriminatorio que puede recibir un consumidor en cuestión de precios y a la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan hallarse sus clientes o proveedores, cuando no dispongan de una alternativa equivalente para poder ejercer su actividad. Aquí también se considera desleal la ruptura de relaciones comerciales sin que haya existido un aviso por escrito y la obtención bajo amenaza de ruptura de relaciones comerciales de condiciones que no hayan sido pactadas por la vía contractual, como pueden ser precios, condiciones de pago y modalidades, sólo por mencionar algunas.

Para concluir, en este apartado también se consideran la venta a pérdida como un acto desleal que vulnera el mercado, considerando a las ventas realizadas bajo coste o bajo precio de adquisición en los casos en que dichas ventas sean susceptibles de inducir a error a los consumidores acerca de los niveles de precios de otros productos similares, cuando tengan por efecto desacreditar la imagen de algún producto o negocio ajenos, o bien cuando formen parte de una estrategia destinada a eliminar a un competidor o competidores del propio mercado.

D. Los actos de denigración

Después de haber hecho un breve bosquejo de la creación de la LCD, de diferenciar la Ley de Competencia Desleal de la Ley de Defensa de la Competencia y de haber analizado sus normas a la luz del criterio de aquello que protegen (los consumidores, los competidores y el mercado), entraremos ahora de lleno en el estudio de los actos

de denigración que la propia Ley contempla en su artículo 9, y que son motivo central de nuestro estudio. El mencionado artículo 9 establece a la letra que:

“Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

En particular, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”.

Los antecedentes del citado artículo tienen sus precedentes concretos en la mencionada Ley de la Propiedad Industrial de 1902 a través de su artículo 132, d) y e); en la LM de 1988, artículo 88.b; y en la LGP en su artículo 10.II EP. Sin embargo en la actualidad la denigración se encuentra contemplada y es regulada por diversos ordenamientos además de la LCD, como es la LGP de 1988, a través de su artículo 6.a) que regula concretamente la publicidad desleal³⁴⁰. Resulta necesario recalcar que el artículo 9 LCD fue uno de los pocos preceptos dentro de la ley que no experimentaron cambio alguno tras la reforma que se produjo con la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, con la cual se modifica la LCD y la LGP, ello con la intención de mejorar la protección a los consumidores y usuarios. Como bien señala ÁVILA DE LA TORRE en este sentido, *“el legislador español ha optado por mantener en los términos en que venía haciéndolo, un precepto que consagra la ilicitud del acto de menoscabar el crédito de los competidores en el mercado...”*³⁴¹ Así, la denigración se mantiene como una constante

³⁴⁰ Sobre ella haremos un análisis detallado más adelante.

³⁴¹ Cfr. ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, *Actos de Denigración*, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 224. Así mismo, el autor considera que la protección al menoscabo del crédito se considera un clásico, *“ya que incorporado por el Estatuto de la Publicidad de 1964 se mantuvo en la Ley General de Publicidad de 1988 y posteriormente se confirmó en la Ley de competencia desleal de 1991 en su versión originaria.”*

en ambas legislaciones, dado que se consideró que su tratamiento con respecto a los competidores dentro del mercado no estaba desfasado en relación con la normativa comunitaria, por lo cual una modificación parecía innecesaria.³⁴²

Si se realiza un análisis minucioso del artículo 9 de la LCD y a la luz de la exposición de motivos de la propia ley, resulta evidente que lo que se busca es la protección de la competencia. En efecto, un consumidor que obtiene información clara y veraz de los competidores que participan dentro del mercado hace que éste funcione de manera más eficiente. La protección que la LCD brinda en los actos de denigración tiene su fundamento en evitar que información que resulta falsa, dudosa o mal intencionada y que causa menoscabo se difunda a través de manifestaciones al público en general³⁴³. Podríamos considerar que la parte fundamental en la que estriba la ilicitud en los actos considerados como denigratorios es la posibilidad de que se produzcan manifestaciones que puedan mermar o menoscabar la capacidad de decisión de un consumidor, que es a final de cuentas un mecanismo indirecto que protege la competencia y el correcto funcionamiento del mercado. Sin embargo, también es necesario reconocer la protección directa a los competidores económicos, lo cual es puesto en evidencia en la situación de que la acción por denigración reúna todos los medios de tutela con los que cuenta un competidor para llevar a cabo su defensa frente a la difusión de manifestaciones hechas por terceros que puedan menoscabar su reputación dentro del mercado, siempre y cuando cumplan con los requisitos que

³⁴² Cfr. ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo *ob. cit.*, p. 225. Sin embargo, el autor señala que hubiese sido útil una cierta intervención en la materia, puesto que considera que el legislador ha dado poca atención a un precepto que debería haber recibido algunas precisiones siguiendo el espíritu de la reforma con la finalidad de permitir una mejor interpretación del mismo. Así mismo señala que se ha mantenido una dualidad en la regulación de los actos denigratorios tanto en la LCD como en la LGP, que considera que hubiese sido más acertado incluir elementos de clarificación al tratamiento que ambas normativas le dan al asunto.

³⁴³ BERCOVITZ sugiere revisar al efecto la STS de 20 de marzo de 1996, (RJ 1996/2246). Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, *ob. cit.*, p. 226.

están previstos en la ley³⁴⁴. También es necesario tener presente que la denigración se considera un acto desleal frente al competidor en virtud de que pone trabas al libre ejercicio de las actividades profesionales de un tercero a través de poner en entredicho la reputación del mismo, menoscabando con ello su ventaja competitiva³⁴⁵.

Además del análisis del artículo 9 LCD que da origen a la denigración, es pertinente encontrar que se entiende por acto de denigración. El concepto de acto de denigración ha sido esbozado en diversas resoluciones judiciales, como la STS de 1 de abril de 2004³⁴⁶ que lo refiere como *“la propagación a sabiendas de falsas aseveraciones contra un rival con objeto de perjudicarlo comercialmente, es decir, actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto; o la difusión de aseveraciones falsas en su perjuicio”*³⁴⁷. Si bien es cierto que en apariencia la definición tanto de la ley³⁴⁸ como de la jurisprudencia parecen clarificar el concepto, ello no impide que puedan hacerse varias reflexiones al respecto. La primera de ellas es que cuando nos referimos a la realización o difusión de manifestaciones denigratorias no resulta importante quién realiza dichas manifestaciones, porque la difusión es la que genera el comportamiento desleal y no el origen de la misma. El artículo 3 de la LCD, en cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación señala que *“la Ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el*

³⁴⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pp. 227 y ss.

³⁴⁵ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, ob. cit., p. 132.

³⁴⁶ Cfr. STS de 1 de abril de 2004, (RJ 2004/1964).

³⁴⁷ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, ob. cit., pp. 133 y ss. De igual manera lo tratan la SAP Madrid de 14 de diciembre de 2004, (JUR 2005/34337) o la SAP Madrid de 8 de mayo de 2006, (JUR 2006/188123). La Audiencia Provincial de Barcelona ha tratado los actos de denigración en varias ocasiones, como puede constatarse en la SAP Barcelona de 26 de enero de 2000, (AC 200/688), en la SAP Barcelona de 31 de diciembre de 2002, (JUR 2004/14167) y en la SAP Barcelona de 14 de enero de 2003, (JUR 2004/14172).

³⁴⁸ El artículo 9 de la LCD establece que: *“Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”*

mercado", lo que significa que cualquiera puede ser sujeto de dicha normativa y no solamente los competidores económicos.

Una segunda reflexión es el hecho de que no es trascendente que quien realice las afirmaciones conozca o no que las mismas sean falsas, engañosas o impertinentes, ello de acuerdo con la propia LCD, es decir, basta con que efectivamente resulten aptas para menoscabar el crédito de un competidor dentro del mercado y que por ello sean merecedoras de un juicio de reproche, a menos que cumplan con el criterio de la *exceptio veritatis* que desglosaremos más adelante. Ello tiende a subrayar el carácter objetivo de la denigración, considerando que la actitud de quien resulta autor de las manifestaciones puede ser dolosa, imprudente o hasta por error, asunto que resulta relevante en el caso del pago de daños y perjuicios³⁴⁹, si bien es cierto que no toda la jurisprudencia va en el mismo sentido, y existen, como veremos más adelante, sentencias que hablan de la intención o *animus* de las manifestaciones. Desde nuestro punto de vista, el criterio de objetividad al momento de enjuiciar las manifestaciones resulta acertado, puesto que protege con mayor eficacia en contra de los actos denigratorios. Además, ello va en consonancia con la tendencia que ya hemos analizado en el capítulo anterior a procurar que la responsabilidad civil tienda a eliminar los criterios subjetivos, y que el resarcimiento de daños por conductas denigratorias sea más sencillo de probar y brinde una mayor certeza jurídica a quienes son víctimas de las mismas. Por otro lado, contrasta con la legislación penal, que como hemos visto en el caso de los delitos contra el honor y a pesar de la reforma de 1995 aún habla de que las manifestaciones ilícitas deben haber sido hechas con "*conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*", lo cual desde nuestro punto de vista dificulta una eficaz defensa del honor.

Encontramos así mismo en relación con el análisis de los elementos que contempla el artículo 9 LCD, que para que una manifestación se considere denigratoria se exige que

³⁴⁹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pp. 228 y ss.

la misma haya sido difundida en el mercado. Más adelante veremos las distintas formas y medios en que se considera que la manifestación ha sido hecha dentro del mercado, pero podemos ir adelantando que dado que la redacción está hecha en términos muy amplios, de igual manera los medios para que se considere que ha llegado al mercado son también extensos. Así mismo, conviene señalar que el alcance de las manifestaciones puede llegar a una, dos, tres, o una multitud de personas y de igual forma se considera que estamos ante un ilícito denigratorio³⁵⁰.

Por ello, el “modelo social” dentro del derecho de la competencia lo que busca es no sólo proteger a los competidores o entes económicos que participan dentro del mercado, sino brindar también seguridad a los consumidores que son a final de cuentas quienes hacen que el mercado se mueva y tenga sentido. Como señala DOMÍNGUEZ PÉREZ, dicho modelo busca la represión de las prácticas competitivas desleales que tradicionalmente habían existido³⁵¹. Por ello la deslealtad se contempla en un contexto general, y no solamente con respecto a los competidores³⁵². Debe considerarse, sin lugar a dudas, que la finalidad última de la LCD al tipificar los actos de competencia desleal y concretamente los actos de denigración, es que los consumidores dentro de un mercado puedan tomar decisiones de manera libre, y que los competidores que participan en dicho mercado sean capaces de ejercer su actividad económica sin ningún tipo de menoscabo, procurando diferenciarse de los

³⁵⁰ Aquí cabe comentar que la relevancia del alcance de las manifestaciones sólo tiene utilidad en cuanto a la determinación del pago de daños y perjuicios. Cfr. SAP Cantabria de 9 de noviembre de 1994, (AC 1994/1934) en la que se habla del concepto económico del mercado para medir la incidencia económica de las manifestaciones en el mismo.

³⁵¹ Cfr. DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva, *Competencia desleal a través de actos de imitación sistémica*, Thomson, Cizur Menor, 2003, p. 32.

³⁵² Queda claramente de manifiesto la importancia del modelo social en la competencia desleal en la sentencia SAP Vizcaya de 8 de febrero de 2001, (JUR 2001/298188) cuando señala la doble perspectiva del derecho de la competencia respecto a la protección tanto de los competidores como de los consumidores. SAP Valencia de 24 de febrero de 1999, (ARP 1999/808), en la misma línea. Revisar SAP Cádiz de 15 de noviembre de 2003, (JUR 2004/64135)

demás a través de sus ventajas competitivas y de la reputación a la que sean merecedores en razón de las virtudes y ventajas de su oferta³⁵³.

De acuerdo con MARTÍNEZ SANZ resulta claro que el análisis sobre la existencia o no de un acto que pueda ser denigratorio debe hacerse valorando la totalidad de los elementos en su conjunto, es decir, considerando todas las circunstancias que se presenten en cada caso y aspectos clave como son la razonabilidad de las manifestaciones, los usos habituales, el contexto en que se dan las manifestaciones y la previsible opinión de los terceros ante las manifestaciones teóricamente denigratorias, por citar algunos³⁵⁴. Es por ello que para determinar si existe o no menoscabo de la reputación dentro del mercado deben considerarse circunstancias como la aptitud o capacidad real de las manifestaciones para producir un daño en el crédito o la imagen de un competidor, los destinatarios de dichas manifestaciones y su contexto, como ya se ha señalado, y además que las imputaciones denigratorias sean verosímiles en el sentido de los usos y costumbres.

Por otra parte, y en referencia al contenido objetivo de las manifestaciones que pudieran llegar a ser calificadas como denigratorias, la LCD señala que dichas manifestaciones deberán ser relativas a la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles. Sin embargo, dicha precisión resulta un poco extraña si tomamos en cuenta que cuando se habla de manifestaciones se refiere solamente a la actividad profesional del perjudicado, mientras que el propio artículo 9

³⁵³ En este punto merece la pena especial mención el caso suscitado entre las empresas Freixenet, S.A. y Codorniu, S.A. por el cava. En dicho litigio, la sentencia del SAP Barcelona de 14 de enero de 2003 (JUR 2004/14172) dejó claro que el bien jurídico que se protege no es estrictamente la reputación en sí misma, sino la competencia económica. Sobre ella hablaremos más adelante. *Vid.* Igualmente SAP Cádiz de 27 de marzo de 2006, (JUR 2006/196191).

³⁵⁴ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, pp. 140 y ss.

LCD en su segunda parte hace referencia a la pertinencia de dichas afirmaciones, lo cual podría referirse a cuestiones de carácter personal³⁵⁵, como ya hemos señalado. En este sentido, nos resulta evidente que no solamente las manifestaciones de carácter profesional pueden menoscabar el crédito de alguien dentro del mercado, sino que las manifestaciones o ataques de índole personal de igual manera pueden generar consecuencias negativas dentro del mercado, y pueden también distorsionar el libre razonamiento y la capacidad de decisión de los consumidores. Aun así hay quienes sostienen que la LCD solamente ampara en contra de las manifestaciones de carácter profesional, y es en este sentido complementaria del ilícito de difamación, que sería el encargado de la parte relativa a manifestaciones de carácter personal, punto de vista que no compartimos. Nos encontramos más cercanos a la posición de ÁVILA DE LA TORRE al señalar que *“la deslealtad comprendería cualquier tipo de manifestación, al margen de si es personal o profesional, siempre y cuando tenga finalidad concurrencial”*³⁵⁶. Ello nos parece más adecuado, si bien admite matices, puesto que dicha finalidad es la que podría ayudar para establecer la diferencia, dado que si la finalidad de la manifestación denigratoria es provocar una modificación dentro del mercado, dicho caso debería ser tratado mediante la normativa concurrencial, y no a través del derecho al honor y la normativa que lo tutela, como ya hemos expuesto en páginas precedentes. El derecho al honor es un bien de la personalidad distinto de la reputación comercial, si bien es cierto que en la práctica la distinción no es tan clara. Por ejemplo, si la manifestación degrada al productor de un bien afirmando que es un irresponsable, o un borracho, o un ladrón, y lo hace con la intención de que sus clientes dejen de adquirir sus productos, está clara la finalidad concurrencial de la manifestación, y por ello resultaría más lógico que el tratamiento de dicho caso se diera bajo la regulación de la LCD.

³⁵⁵ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pp. 229 y ss.

³⁵⁶ Cfr. ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, ob. cit., pp. 230 y ss.

Somos conscientes que la distinción de la vía por la cual deba ser tratado un caso en el que se mezclen aspectos personales con comerciales puede llegar a ser complicada, y que los límites no están del todo marcados, sin embargo consideramos que el criterio de la finalidad concurrencial resulta aceptable y puede ser de suma utilidad para definir cuál debe ser la normativa que regule un determinado acto denigratorio. Así pues, la tipificación de los actos de denigración comprende todos los actos lesivos de la reputación de las personas que sean realizados en el mercado y posean finalidad concurrencial³⁵⁷. A continuación desarrollaremos los elementos de los actos denigratorios de manera que podamos estudiarlos con mayor exactitud y determinar cuáles son sus características distintivas.

1. Elementos de los actos de denigración

Cuatro son los elementos que pueden identificarse dentro de los actos denigratorios que contempla la LCD, y son los siguientes:

- a) La emisión, difusión o divulgación de manifestaciones;
- b) La inexactitud, falsedad (ya sea absoluta o relativa) e impertinencia (en consideración a las circunstancias, a la participación en el mercado de los afectados y a la adopción por el destinatario de decisiones conscientes en el mercado) de dichas manifestaciones;
- c) Que dichas manifestaciones versen sobre las prestaciones, el establecimiento o las relaciones comerciales de un tercero;
- d) Que las manifestaciones se consideren aptas objetivamente para menoscabar el crédito de un competidor en el mercado (que dañen su prestigio), independientemente del objetivo de su autor³⁵⁸.

³⁵⁷ Cfr. MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley...*, ob. cit., pp. 291 y ss.

³⁵⁸ Dicha clasificación la obtiene MARTINEZ SANZ de varias sentencias, entre las que destaca la SAP de Barcelona de 14 de enero de 2003, (JUR 2004/14172), y la SAP Vizcaya de 8 de febrero de 2001, (JUR

Tomando en cuenta los elementos antes citados resulta evidente que las manifestaciones que pueden considerarse como denigratorias forman un abanico muy amplio de posibilidades, dado que la sola emisión o divulgación de expresiones con respecto a un competidor que puedan ser inexactas o bien que pongan en duda los servicios que presta o productos que ofrece, dañando con ello su prestigio, pueden caber en la consideración de desleales. Los Tribunales han sido receptores de una serie de casos que involucran manifestaciones de muy diversa índole y a través de distintos medios, como veremos enseguida, y que dejan claro que los actos denigratorios pueden cometerse prácticamente por cualquier medio que sea útil para que dichas manifestaciones puedan exteriorizarse³⁵⁹.

En cuanto a la emisión, divulgación o difusión de las manifestaciones lo esencial radica en que las mismas no necesitan de ninguna circunstancia o medio especial para que puedan llegar a considerarse como desleales. Es por ello que no reviste importancia alguna el alcance efectivo que pueda tener la divulgación de las mismas, salvo para determinar la indemnización, o la manera de llevarlas a cabo. En este sentido encontramos que de acuerdo con la SAP Barcelona de 31 de diciembre de 2002³⁶⁰, *“la norma configura la acción relevante como la mera realización o difusión de manifestaciones, por lo que es bastante para la apreciación del ilícito la simple puesta en conocimiento de terceros, cualquiera que sea el alcance efectivo de la divulgación o el*

2001/298188) entre otras. Cfr. MARTINEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, pp. 137 y ss. GARCÍA PÉREZ señala también el elemento de que las manifestaciones tengan una finalidad concurrencial, de acuerdo con la STS de 11 de julio de 2006, (RJ 2006/4977). Cfr. GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 226.

³⁵⁹ Como ya hemos visto, inclusive *Internet* se ha convertido ya en un medio a través del cual se han producido actos denigratorios. *Vid.* también SAP Málaga de 14 de febrero de 2006, (AC 2006/965), SAP Barcelona de 11 de enero de 2006, (JUR 2006/84896), SAP Huesca de 19 de septiembre de 2006, (JUR 2006/279234), SAP Salamanca de 28 de octubre de 2005, (AC 2005/1985) y STS de 11 de octubre de 2006, (RJ/2006/7655).

³⁶⁰ Cfr. SAP Barcelona de 31 de diciembre de 2002, (JUR 2004/14167).

medio empleado.” Resulta claro entonces que lo determinante en la manifestación es que se ponga en conocimiento de terceros, y no los medios o recursos empleados para ello³⁶¹.

En lo que se refiere a la determinación de la aptitud de una manifestación para menoscabar el crédito de un tercero, se trata de un asunto que tiene sus aristas. Si bien se considera que la consecuencia final de cualquier expresión denigratoria es precisamente el menoscabo al crédito o daño a la reputación de un competidor económico dentro del mercado³⁶², probar el menoscabo presuntamente producido es una tarea que se encuentra determinada por una serie de interpretaciones y criterios, lo cual deviene en serias complicaciones al momento de la aplicación de la normativa³⁶³. Profundizando en lo anterior, es necesario considerar que se entiende que una determinada manifestación sólo puede ser reputada como desleal cuando se produce dentro del mercado y con una finalidad concurrencial, y además dicha manifestación debe considerarse como apta o adecuada para menoscabar el crédito de

³⁶¹ MARTINEZ SANZ abunda en los ejemplos al respecto para ejemplificar los medios: “una carta circular [SAP Madrid de 14 de diciembre de 2004 (JUR 2005/34.337)] o una simple carta remitida a los clientes [SAP Barcelona de 20 de octubre de 2003 (JUR 2004/222.605)]; manifestaciones verbales sobre un competidor realizadas a clientes u otros terceros por la propia empresa, sus comerciales, sus agentes o subagentes o sus ex agentes [SAP Castellón de 12 de noviembre de 2003 (AC 2003/1.918), Granada de 25 de marzo de 2003 (JUR 2003/166.396); Valencia de 5 de febrero de 2002 (2002/1.193); Murcia de 16 de abril de 2002 (JUR 2002/155.094); Asturias de 6 de junio de 2001 (AC 2001/2.022)]; una entrevista radiofónica (SAP Barcelona de 14 de enero de 2003); un informe escrito sobre un producto de un competidor que posteriormente es entregado a una asociación de empresas del sector [SAP Barcelona de 31 de diciembre de 2003 (JUR 2004/14.167)]; un cuadro comparativo de la difusión de varias revistas de un sector especializado elaborado y divulgado por la empresa editora de una de esas revistas [SAP Vizcaya de 15 de enero de 2002 (AC 2002/13)]; nota de prensa de una empresa en la que se incluyen manifestaciones sobre las pérdidas de un competidor [SAP Valencia de 7 de mayo de 2001 (JUR 2001/197.193)]; varios faxes a autoridades y otros terceros relativos a la presunta insolvencia de un competidor [SAP Vizcaya de 8 de febrero de 2001 (JUR 2001/298.188)] etc.” Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, pp. 138 y ss.

³⁶² Cfr. LARA GONZÁLEZ, Rafael, *ob. cit.*, pp. 109 y ss.

³⁶³ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 141.

un tercero dentro de dicho mercado³⁶⁴. Siendo así, los criterios que se consideran para determinar si existe o no una finalidad concurrencial en un acto específico son de entrada los mismos que se utilizan para determinar la licitud o ilicitud de los actos desleales contenidos en la LCD a partir de su cláusula general y en adelante³⁶⁵.

Para conocer dichos criterios resulta necesario recurrir a lo que ha determinado al respecto el Tribunal Supremo, que con referencia a la finalidad concurrencial de un acto o manifestación se pronunció de manera clara en el conocido caso de una empresa de ascensores que envió una carta a la comunidad de propietarios de un edificio cuando éstos decidieron cambiar de proveedor de servicio. En dicha misiva, la empresa lamentaba la decisión de los propietarios, esgrimiendo que la empresa que ahora habían contratado no era tan solvente como ellos y que no contaba con las autorizaciones pertinentes para prestar en forma correcta el servicio. Ello dio lugar a que la empresa agraviada demandara a su competidor por el contenido de la carta, que consideraba como competencia desleal, a lo cual el órgano judicial en la STS de 20 de marzo de 1996³⁶⁶ determinó que *“la finalidad competencial de la carta en cuestión es una realidad que no ofrece duda apreciable”*, señalando que la misiva dirigida a los propietarios del edificio no es solamente *“una simple manifestación de disgusto o sentimiento por la decisión comunitaria sobre la sustitución de un ascensor*

³⁶⁴ Para revisar dichos conceptos conviene ver la SAP Barcelona de 26 de enero de 2000, (AC 2000/688), la SAP Barcelona de 31 de diciembre de 2002, (JUR 2004/14167) o bien la SAP Barcelona de 14 de enero de 2003, (JUR 2004/14172) en las cuales se establecen los criterios respecto a los comportamientos que pueden considerarse como denigratorios, indicando que *“ese comportamiento de mera emisión, de difusión o divulgación de manifestaciones inexactas, absolutamente (no verdaderas) o relativamente, e impertinentes (en consideración a las circunstancias, a la participación en el mercado de los afectados y a la adopción por el destinatario de conscientes decisiones en el mercado) sobre las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, ha de ser apto o adecuado, objetivamente, cualquiera que sea el propósito que anime al autor, para menoscabar el crédito en el mercado del competidor, esto es, para lesionar su reputación o prestigio”*.

³⁶⁵ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, pp. 141 y ss.

³⁶⁶ Cfr. STS de 20 de marzo de 1996, (JUR 2004/222605).

encargándoselo a otra empresa”, sino que además carga contra ella al señalar que no es tan solvente como ellos y que además no dispone de las autorizaciones necesarias. Se añade además que el contenido de la carta es “*objetivamente idóneo, dadas las circunstancias, para promover en el mercado la prestación propia*” puesto que la carta señalaba también que continuaban dispuestos a prestar el servicio cuando los propietarios lo requirieran³⁶⁷.

Del análisis de la sentencia ya referida podría llegar a inferirse que los requisitos para determinar el menoscabo del crédito de un tercero en el mercado pueden existir aun cuando los destinatarios de la manifestación denigratoria sean limitados, siempre y cuando existan las circunstancias adecuadas. El caso relatado es un claro ejemplo, puesto que apenas unos cuantos, los propietarios, tuvieron acceso de dicha carta, sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que la manifestación era apta para socavar la reputación del competidor agredido³⁶⁸. Cosa distinta es, por ejemplo, cuando las manifestaciones están vertidas dentro de un recurso administrativo y se limitan a un expediente. Tal es el caso que trata la STS de 4 de marzo de 2014, en la cual la

³⁶⁷ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, pp. 142 y ss.

³⁶⁸ En lo que toca a la aptitud de las manifestaciones para menoscabar el crédito de un tercero puede verse también la SAP Gerona de 12 de julio de 2004, (AC 2004/1590), en la cual el Tribunal señala que la actuación de quienes han sido demandados no puede considerarse como desleal, puesto que no es apta para dañar el crédito de un tercero, zanjando así la cuestión. Así mismo, la SAP Cádiz de 15 de noviembre de 2003. (JUR 2004/64135) coincide con dicha conclusión en el caso de la manifestación de una empresa petrolera, al considerar que sus expresiones no son aptas para dañar la reputación de un tercero; y la SAP Barcelona de 20 de octubre de 2003, (JUR 2004/222605) consideró en su momento considerar lícitas las manifestaciones hechas por ex empleados de una empresa a través de una carta en la cual informaban a los clientes de ésta la creación de una nueva empresa de la cual ofrecían los servicios. En este caso el Tribunal consideró que “*el contenido de dicha carta no supera ese primer parámetro de ilicitud y que en ella no se contiene manifestación alguna objetivamente idónea para lesionar el crédito comercial de la actora o su actividad. Además de no citarse a la sociedad actora, no hay comentario alguno valorativo de la prestación o actividad ajena, limitándose el oferente a poner de manifiesto la constitución o establecimiento de la empresa y a garantizar la calidad en la prestación de los servicios cuya contratación espera obtener, por parte del mismo equipo que hasta ese momento los venía prestando en otra estructura empresarial*”. En el mismo sentido ver SAP Orense de 15 de marzo de 2001, (AC 2001/460).

autoridad jurisdiccional consideró que dado que las manifestaciones presuntamente denigratorias se habían hecho con una finalidad de defensa dentro de un proceso estaban amparadas por la libertad de expresión y no se consideraba que fueran aptas para denigrar³⁶⁹

Un aspecto más que debe tomarse en cuenta al momento de tratar el menoscabo del crédito de un tercero es el relativo a la lesión de su reputación o prestigio. Para ello los Tribunales han basado sus decisiones atendiendo al criterio de la *“reacción esperable de los destinatarios”* de las manifestaciones que se consideran denigratorias, es decir, la manera en dichos destinatarios responden a las citadas manifestaciones. En este sentido y con referencia a las personas que son destinatarias de las manifestaciones conviene destacar la SAP Madrid de 14 de diciembre de 2004³⁷⁰, la cual trata sobre las expresiones contenidas en una carta enviada a los clientes por una editorial jurídica, y en la que el Tribunal establece que los términos de la misma podrían ser considerados como intrascendentes, pero que no lo son tratándose de suscriptores que *“conocen los tecnicismos y confían en el rigor de la terminología habitualmente empleada”*. Ello deja ver claramente que quienes son los destinatarios de las manifestaciones juegan un papel determinante al momento de precisar si dichas manifestaciones son o no desleales, y pueden por lo tanto ser consideradas como denigrantes³⁷¹.

³⁶⁹ Cfr. STS de 4 de marzo de 2014, (RJ 2014/83). En dicha sentencia se establece que *“las manifestaciones contenidas en el recurso administrativo interpuesto por la actora reconvenida (que se han dejado reproducidas en el Fundamento de Derecho Primero, in fine, de esta resolución) lo fueron en defensa de unos intereses que consideró legítimos, tampoco hubo difusión de las mismas”*.

³⁷⁰ Cfr. SAP Madrid de 14 de diciembre de 2004, (JUR 2005/34437).

³⁷¹ La misma señalaba que la frase *“se recoge el aprovechamiento ilícito para intentar dotar de cualidades un producto claramente incompleto y de inferior calidad”* era *“maliciosa porque da a entender que se contiene estando expresamente dirigida a divulgar entre los suscriptores, con el aval de una sentencia, una comparación de calidad inexistente”*. La citada frase había sido utilizada en la carta a los clientes debido a la publicación de una sentencia en la que se establecía que una parte de la base de datos de resoluciones judiciales del competidor era copia de las de la demandante. Así mismo, la STS de 22 de marzo de 2007, (RJ

Sin embargo, se han dado también casos en los cuales no se admite que pueda existir un acto denigratorio por manifestaciones que en otro contexto sí podían ser tomadas como desleales. Tal es el caso de la SAP Barcelona de 8 de febrero de 2001³⁷² que hace referencia a que en el caso de autos no puede haber violación a la LCD, ya que considera que no hay menoscabo dadas circunstancias tales como los destinatarios, el contenido y la naturaleza de las manifestaciones presuntamente desleales. Para el Tribunal se trata de una “*correspondencia interna*” que aunque puede ser difundida entre empresas que operan en el mismo sector, se “*contiene en el ámbito de las relaciones comerciales propias*”. Para concluir lo anterior la Audiencia toma en cuenta que: a) las manifestaciones se realizaron en forma privada, b) que era un mercado cerrado y lo que se decía debía ser conocido en el sector, y c) que se trataba de una “*comunicación de riesgos entre competidores*”³⁷³.

Debemos considerar que un aspecto de gran relevancia en lo que a los actos denigratorios se refiere lo constituye la circunstancia de que deben ser trascendentes dentro del mercado.³⁷⁴ En este sentido se pronuncia la STS de 15 de octubre de 2003 cuando señala que las expresiones contenidas en determinadas cartas son denigrantes

2007/1791) el Tribunal concluye que revisten una importancia determinante el contexto, el tono y el público al cual van dirigidas las manifestaciones.

³⁷² SAP Barcelona de 8 de febrero de 2001, (JUR 2001/298188).

³⁷³ Es pertinente señalar que en la SAP Barcelona de 18 de febrero de 2004 vuelve a rechazarse nuevamente el carácter denigrante de unas manifestaciones hechas a través de un folleto editado por la parte demandada en el que se indicaba que un producto del demandante cumplía muy escasamente con una norma dentro del sector. El rechazo se produjo en virtud de que la Audiencia consideró que la manifestación “*cumple muy escasamente*” se clarificaba a continuación, señalando el grado alcanzado por el producto en una determinada prueba, permitiendo así que los destinatarios del mensaje tuvieran elementos para juzgar. Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, pp. 145 y ss.

³⁷⁴ *Vid.* SAP Barcelona de 20 de octubre de 2003, (JUR 2004/222605). Así mismo arroja luz sobre el tema la SAP Granada de 25 de marzo de 2003, (JUR 2003/166396) en la cual la Audiencia termina por concluir respecto de ciertas manifestaciones que éstas son “*anecdóticas*”, señalando que solamente se referían a poner de manifiesto ante la clientela que una empresa era nacional y ofertaba productos de mejor calidad que otra.

porque *“implícitamente se imputa una actuación incorrecta o de falseamiento en la parte contraria, con trascendencia en el mercado, primero porque generó la paralización de las obras, con el perjuicio económico subsiguiente, y segundo, porque al margen del efecto inmediato, generaba temor admitir la participación en los concursos (...) a terceras empresas distintas de la demandada”*³⁷⁵. En virtud de la anterior consideración, los actos de denigración que sanciona la LCD *“serían aquellos susceptibles de reputarse como lesivos de la consideración pública que tengan las personas a las que se dirija siempre que sean realizados en el mercado con fines concurrenciales”*³⁷⁶. Así mismo, el menoscabo al que nos estamos refiriendo debe tener trascendencia en el mercado, independientemente del número de personas que reciban el mensaje denigratorio y si es difundido de manera pública o solamente privada, asunto que ya hemos comentado; y es necesario considerar también que las manifestaciones denigratorias pueden ser implícitas o explícitas, como lo señala la misma STS de 15 de octubre de 2003³⁷⁷ en la cual el Tribunal Supremo así lo manifiesta al señalar dicha posibilidad³⁷⁸.

En otra de las cuestiones a tratar, lo referente al menoscabo, sucede que la ley no resuelve el asunto de determinar que se entiende por el mismo, y por ello se recurre a la doctrina para precisarlo, siendo de ésta de donde se obtiene que el menoscabo hace

³⁷⁵ Cfr. STS de 15 de octubre de 2003, (RJ 2003/6500). *Vid.* también MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, pp. 143 y ss.

³⁷⁶ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 139.

³⁷⁷ Cfr. STS de 15 de octubre de 2003, (RJ 2003/6500).

³⁷⁸ En dicha sentencia, relativa a la controversia sobre el contenido de unas cartas enviadas por la demandante a los organizadores de un concurso público en las que se irrogaba la exclusividad sobre unas patentes para fabricar determinadas fuentes, se señalaba que *“implícitamente se imputa una actuación incorrecta en la parte contraria, con trascendencia en el mercado, primero porque generó la paralización de las obras, con el perjuicio económico subsiguiente, y segundo, porque al margen del efecto inmediato, generaba temor a admitir la participación en los concursos para la adjudicación de este tipo de fuentes a terceras empresas distintas de la demandada”*. Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 139.

referencia al desmerecimiento en la opinión de los terceros, es decir, la pérdida de reputación en el mercado³⁷⁹, tomando en cuenta que el menoscabo al crédito se presenta como la consideración que como operador de tráfico tiene el afectado, incluyendo cómo lleva a cabo su actividad, cómo organiza su establecimiento o cómo maneja sus relaciones comerciales, es decir, como lleva su negocio en el mercado, todo ello al margen de su vida privada que en nada le define como operador económico dentro del mercado³⁸⁰.

En este punto resulta menester señalar que pueden existir supuestos en los cuales no se produce un menoscabo al crédito dentro del mercado, pero que sin embargo las manifestaciones si pueden producir una distorsión en la libre capacidad de decisión de los consumidores. En estos casos en los cuales volvemos a señalar que la Ley no resulta del todo clara, sí cabría decir que pueden darse situaciones en las que las manifestaciones pudieran referirse a aspectos que no tengan que ver con la manera en la cual el agredido lleva su negocio dentro del mercado, pero que se refieran a temas que pueden ser altamente sensibles y que sí podrían llegar a alterar de manera relevante las decisiones de los consumidores, como podrían ser por ejemplo el señalar un presunto destino de las ganancias del operador económico hacia fines deleznable como el financiamiento al terrorismo, o bien referirse a circunstancias de presuntas acusaciones o condenas del empresario por asuntos como abuso sexual, malos tratos, pederastia, etcétera³⁸¹. En todos estos supuestos resulta evidente el daño que puede llegar a causarse a un ente económico a través de manifestaciones que no estén directamente relacionadas con su actividad económica y profesional y que atendiendo a las intenciones del legislador debe ser protegido.

³⁷⁹ Cfr. MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley...*, ob. cit., p. 300.

³⁸⁰ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pp. 231 y ss.

³⁸¹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pp. 231 y ss.

Se han generado en la doctrina dos posiciones encontradas en relación con lo anterior. Hay autores que sostienen que en este tipo de casos se debe recurrir al derecho común a través de la difamación³⁸², señalando que el interés egoísta y capitalista que caracteriza al mercado genera que aquellas manifestaciones que no tengan que ver con la actividad comercial van más allá del supuesto que la Ley protege. Por el otro lado se encuentran los autores que consideran que aunque la manifestación no pueda tomarse como denigratoria en estricto sentido, sí se trata de un acto incorrecto si nos basamos en lo que señala la cláusula general contenida en el artículo 4 de la LCD³⁸³, ello sin mencionar la consideración también importante de que acudir al derecho común puede resultar perjudicial para la víctima que sufre el menoscabo, debido al actual coste de las tasas judiciales y también a la complicación de fijar un monto indemnizatorio.

Como ya hemos señalado, coincidimos con la postura que favorece a la LCD, al igual que lo hace ÁVILA DE LA TORRE, puesto que como bien señala, si el precepto fuese interpretado de manera purista ello acarrearía una serie de dificultades y contradicciones. De acuerdo con el autor, no existe duda de que las manifestaciones referentes al ámbito personal del competidor afectado que aparentemente no alteren de ninguna forma su crédito dentro del mercado, sí pueden sin embargo tener una influencia en el comportamiento económico y comercial de los demás competidores. Señala así mismo que *“la distorsión en el comportamiento económico del consumidor se produce, ya que, aunque no venga motivada por la información comercial que sobre el operador recibe el mercado, encuentra, sin embargo, su fundamento en una información personal que incorpora a la capacidad de decisión otros elementos (ad ex. miedo, rechazo social, xenofobia, etc.) que alteran igualmente el referido comportamiento. Se produce pues, una distorsión, que en nuestra opinión hace que el supuesto deba*

³⁸² Tal es la postura de MASSAGUER. Cfr. MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley...*, ob. cit., p. 297.

³⁸³ BERCOVITZ abunda sobre ello. Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pp. 231 y ss.

*encontrar acomodo en la Ley de competencia desleal y no sólo a través de la cláusula general, sino que, a nuestro juicio, de forma específica, a través del artículo 9 de la Ley*³⁸⁴.

Lo anterior refuerza la posición de que para la interpretación de LCD y sus alcances debe recurrirse a la voluntad del legislador y la exposición de motivos, procurando ampliar su tutela hacia contenidos que no están expresamente señalados en ella. La simple enumeración que hace la Ley no resulta suficiente para tutelar de manera eficaz a los competidores y el correcto funcionamiento del mercado³⁸⁵. Así mismo resulta evidente que a pesar de que el daño relevante lo constituya el desprestigio dentro del mercado, no es menos cierto que el legislador reconoce que pueden existir otro tipo de manifestaciones que afecten de igual manera y en sentido amplio el crédito de un competidor³⁸⁶.

Existen así mismo otro tipo de manifestaciones en las cuales no se genera el menoscabo del crédito de un competidor por la sencilla razón de que se considera que dichas expresiones no resulten creíbles para los destinatarios de las mismas. En dicho supuesto las expresiones pueden ser tratadas o interpretadas solamente como opiniones, críticas o desacuerdos³⁸⁷, puesto que a pesar de que puede existir la intención de causar un daño éste no llega a producirse. Sin embargo, dichas acciones pueden estar sujetas de igual manera a un juicio de reproche, dado que cumplen con el requisito que señala el artículo 2 de la LCD de que las manifestaciones se produzcan

³⁸⁴ Cfr. ÁVILA DE LA TORRE, Alfredo, *ob. cit.*, pp. 232 y ss.

³⁸⁵ Cfr. SAP Barcelona 26 de octubre de 2006, (AC 2006/365) en la cual se establece que el principal objetivo de la LCD es la protección del bien jurídico competencia económica, buscando conseguir la formación racional de las preferencias y toma de decisiones por parte de los consumidores dentro del mercado.

³⁸⁶ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, *ob. cit.*, pp. 232 y ss.

³⁸⁷ En este sentido conviene revisar la SAP Barcelona de 26 de octubre de 2006, (AC 2006/365), que se refiere a un ejemplo de este tipo de casos. En el mismo sentido pueden verse las STS 24 de febrero de 1997, (RJ 1997/1195), SAP Asturias 18 de febrero de 1998, (AC 1998/244).

en el mercado y con fines concurrenciales³⁸⁸. La sola intención de denigrar no puede considerarse como ilícita por la Ley si no cumple con los requisitos previstos en la misma, dado que si no hay denigración el artículo 9 no resulta aplicable. Sin embargo, el asunto es distinto si se enmarca en lo que señala la cláusula general de la LCD podría llegar a considerarse que el solo ánimo de denigrar pudiera ser punible.

Desde nuestro punto de vista el ánimo de denigrar no resulta suficiente para que las manifestaciones puedan ser castigadas a través de la LCD, de la misma forma que consideramos que la inexistencia de dicho ánimo no exime de la ilicitud. Si tenemos en cuenta que la finalidad principal del marco jurídico concurrencial es la protección del correcto funcionamiento del mercado, el hecho de que la difusión de ciertas manifestaciones no produzca absolutamente ningún efecto dentro de él resulta a nuestro juicio suficiente para considerar que la LCD no puede ser aplicada en estos casos. Tomando en cuenta el criterio objetivo que prima en la redacción de la Ley, hacen falta elementos del mismo tipo para poder juzgar las manifestaciones y no simplemente considerar las intenciones o los aspectos subjetivos de las mismas.

Cabe también mencionar que en los casos en los cuales no existe la intención de menoscabar el crédito de un tercero o bien las manifestaciones ilícitas no lograsen producir el descrédito, el legislador ha optado por una fórmula de carácter amplio que tomando en consideración las circunstancias particulares de cada supuesto, basta con que el acto llevado a cabo pueda considerarse idóneo para producir el menoscabo del crédito dentro del mercado, con independencia de que se haya o no producir éste último³⁸⁹. Lo anterior busca a todas luces tratar de inhibir en la mayor medida posible las acciones denigratorias o desleales que puedan perjudicar al mercado, incluyendo tanto a competidores como a consumidores, es decir, denota una clara intención de

³⁸⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pp. 233 y ss.

³⁸⁹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., p. 235. Cfr. STS de 22 de marzo 2007, (RJ 2007/1791).

combatir a toda costa la denigración, a pesar de que en ocasiones la autoridad jurisdiccional pueda llegar a esgrimir argumentos que resulten controversiales en este sentido. Dicha postura puede llegar a contrastar con la protección que brinda la legislación en materia de derecho al honor, en la cual a pesar de la tutela constitucional a dicho derecho, la legislación y más las decisiones de los tribunales han primado en innumerables ocasiones el derecho a la libertad de expresión y de información, procurando proteger estos últimos en demérito del honor.

Así mismo, en materia concurrencial los Tribunales han establecido que no es necesario que exista una relación de competencia entre las empresas emisora u objeto de la manifestación, basta con que el comportamiento denigratorio se realice dentro del mercado y con fines concurrenciales, los cuales pueden presumirse cuando por las circunstancias en las cuales es realizado el acto éste se revele idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero³⁹⁰. Por ejemplo, podríamos tomar el caso hipotético de un periódico que difunda una noticia que dañe el crédito en el mercado de un comerciante de medicamentos. Resulta claro que no se trata de competidores, puesto que el giro comercial de ambos es radicalmente distinto, sin embargo si la noticia vertida se realiza en el mercado y resulta apta para menoscabar la reputación comercial, no cabe duda de que podría enmarcarse dentro de los actos denigratorios, ello a reserva de que la autoridad judicial revisara las particularidades del caso a la luz de todos los elementos ya citados. Sin embargo, de entrada consideramos que el ejemplo referido resulta perfectamente factible, y que su tratamiento a través de la LCD sería pertinente.

2. La *exceptio veritatis*

El artículo 9 LCD está redactado de manera restrictiva, es decir, el legislador establece como regla general la prohibición de la denigración, estableciendo sin embargo

³⁹⁰ Cfr. SAP de Madrid de 23 de marzo de 2006, (AC 2006/807).

excepciones al respecto, ello en virtud de que la normativa concurrencial debe proteger el correcto y eficiente funcionamiento del mercado pero sin descuidar los derechos constitucionales de libertad de expresión y de libertad de comunicar libremente. Así, la denominada *exceptio veritatis* protegería por un lado los derechos constitucionales antes mencionados, y por el otro sería consecuente con las exigencias mínimas de la competencia económica, no poniendo un freno insalvable para que la información que es veraz y útil para la toma de decisiones dentro del mercado por parte del público en general pueda circular³⁹¹.

La *exceptio veritatis* en el caso de la LCD posee tres componentes: la exactitud, la veracidad de la manifestación y la pertinencia de la manifestación. Cuando se habla de exactitud se está pidiendo que en las manifestaciones que se hacen sobre un tercero, la información que se difunda corresponda con la realidad de las cosas. En el caso de la veracidad lo que se pide es que dichas manifestaciones provoquen en sus destinatarios una representación fiel de la realidad de las cosas³⁹². De ello se deduce que una conducta puede considerarse como denigratoria cuando sus manifestaciones no se correspondan con la realidad de los hechos, o bien, siendo verdaderas, debido al contexto, a los términos empleados y demás circunstancias, puedan dar lugar a ser mal entendidas por los destinatarios que las reciben; y por el contrario, no se considerarán desleales las manifestaciones sobre un tercero cuando éstas sean verdaderas, exactas y además sean pertinentes³⁹³. El hecho de que se pida exactitud a

³⁹¹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pp. 239 y ss.

³⁹² El propio LARA GONZÁLEZ cita un fragmento de la SAP de Lugo de junio de 2004 al respecto, que señala que “no hay, por tanto, acto de denigración alguno, sino exacta y veraz información a los consumidores respecto al cambio de un estado de cosas, dándoles la posibilidad de conocer qué establecimientos se encuentran amparados por la marca Interfilm y evitando con ello, en definitiva, futuras reclamaciones por parte de clientes insatisfechos o, incluso, la pérdida de la clientela”. Cfr. LARA GONZÁLEZ, Rafael, ob. cit., pp. 124 y ss.

³⁹³ El Tribunal Supremo ha señalado en la STS 4 de junio de 2002, (RJ 2002/4978) que la denominada *exceptio veritatis* está admitida de manera expresa como “*enervatoria de la acción respecto de los actos de competencia desleal denigratoria*”.

las manifestaciones reviste gran importancia, puesto que vincula dichas manifestaciones a hechos o circunstancias que posean una base fáctica, no considerando aquellas opiniones o juicios que no puedan comprobarse y que simple y sencillamente reflejen la opinión de quien los expresa³⁹⁴.

Resulta entonces indispensable que lo que se afirma tenga una base, un sustento, y es por ello que aquellos casos en que las manifestaciones sólo se sustenten en la realidad de forma parcial no pueden ser amparadas por la normativa concurrencial. Para que pueda darse el caso de que una manifestación esté protegida por la libertad de información no se pide dentro del juicio de veracidad que dicha manifestación sea en todo caso real, sino que la veracidad se da por cumplida en los supuestos en los que se haya llevado a cabo una averiguación diligente por parte de quien informa antes de darle difusión a la noticia³⁹⁵. Sin embargo, de acuerdo con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO *“esta averiguación resulta irrelevante, toda vez que, tal y como expusimos, el desconocimiento o conocimiento de la veracidad de las afirmaciones resulta intrascendente a efectos de aplicación de la norma”*³⁹⁶. Esta afirmación nos parece esencial en el tratamiento de las manifestaciones denigratorias, y coincidimos por completo con ella, puesto que nuestra convicción se basa en que debe primar la objetividad en el tratamiento de las manifestaciones denigratorias, además de que el criterio de veracidad debe estar basado en un razonamiento mínimamente objetivo de concordancia entre lo expresado y la realidad, como ya hemos expuesto también en el caso del derecho al honor.

No nos parece suficiente que exista diligencia por parte de quien difunde la información, sino que dicha información debe coincidir al menos en lo mínimo y en lo

³⁹⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., p. 238.

³⁹⁵ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., p. 238. Vid. también Cfr. Auto de 10 de noviembre de 2008, (RTC 2008/353 AUTO).

³⁹⁶ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., pp. 238 y ss.

esencial con la realidad. En la LCD, como señala BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, este criterio de diligencia resulta innecesario porque la propia Ley establece en su artículo 2 que existirá deslealtad cuando los actos se realicen en el mercado con fines concurrenciales, entendiéndose que se presumirá dicha finalidad cuando el acto se revele como “*objetivamente idóneo*” para promover las prestaciones propias o de un tercero. Además del criterio ya citado de la exactitud, la LCD pide que las manifestaciones sean también verdaderas. La diferencia con la exactitud es que se entienden por verdaderas las manifestaciones cuando son entendidas correctamente por los destinatarios de las mismas. Significa que lo trascendente no es propiamente lo que sea expresado, sino cómo sea expresado y cómo es recibido, y ello es lo que debe ser evaluado de manera conjunta y nunca sacado de contexto. Cada caso o supuesto es diferente y tiene sus particularidades³⁹⁷.

Finalmente, además de la exactitud y de la veracidad, la excepción a la denigración pasa por la consideración de que las manifestaciones sean pertinentes. En este punto el legislador no proporciona elementos claros para determinar que se entiende por pertinencia, dejando el tema a la interpretación y proporcionando solamente algunas conductas que se consideran impertinentes. Así, la doctrina considera que existe esta circunstancia en los supuestos en los cuales las manifestaciones están justificadas y son proporcionadas, y para saber cuándo lo están es necesario revisar cada caso en lo individual, si bien doctrinalmente se han establecido una serie de supuestos que pretenden abarcar la totalidad de las situaciones que pueden llegar a presentarse, considerando que siempre que el contenido de las manifestaciones se encuentre dentro de lo permitido la razón que las justifica pasaría a un segundo plano. Así mismo, podría pensarse que cuando las manifestaciones se utilicen para promover prestaciones propias, o en las que se pretende defenderse de ataques o bien

³⁹⁷ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, *ob. cit.*, p. 239. En este punto conviene revisar la STS de 31 de enero de 1997, (RJ 1997/847) y la STS de 6 de abril de 1995, (RJ 1995/3418).

proporcionar información completa a los destinatarios, las manifestaciones podrían ser tomadas como pertinentes puesto que estarían justificadas³⁹⁸.

El criterio de la pertinencia en el caso de la normativa concurrencial podría compararse la ilicitud que recae en las manifestaciones que son por sí mismas denigratorias en el caso del derecho al honor. La injustificación o desequilibrio de una manifestación desde el punto de vista de la competencia desleal guarda similitudes con las expresiones que el derecho al honor considera por sí mismas vejatorias, independientemente de su contenido. En ambos casos se refiere a expresiones exageradas, recargadas, injustificadas, que pueden ser consideradas como agresivas y vejatorias en sí mismas, y que poco tienen que ver con el fondo de lo que se está manifestando, es decir, que pueden considerarse como excesivas e innecesarias en el contexto en el que se llevan a cabo. Se habla también de la proporción de las manifestaciones objeto de análisis. En este aspecto algunos autores consideran que se trata de un requisito especialmente complejo³⁹⁹, puesto que resulta difícil hablar de desproporción atendiendo al grado de menoscabo del crédito de un tercero dentro del mercado, dado que con el simple hecho de que se produzca el menoscabo se produce la denigración.

Resulta claro que las manifestaciones que versen sobre asuntos únicamente personales no deben considerarse en ningún caso como pertinentes. Como claramente señala la LCD, las referencias a aspectos como la nacionalidad, las creencias, la ideología y otras que corresponden a la vida privada no pueden bajo ningún concepto estar amparadas por el criterio de pertinencia. Sin embargo, hay quienes se preguntan qué sucede cuando las manifestaciones de carácter personal tienen además una vinculación con aspectos profesionales del señalado. En este punto ya hemos hecho mención de diversas posturas doctrinales, siendo de nuestra preferencia la que señala

³⁹⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., p. 239.

³⁹⁹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, ob. cit., p. 239.

que cuando las manifestaciones son de carácter personal pero tienen trascendencia en el mercado, es la normativa concurrencial la que debe darles tratamiento.

La *exceptio veritatis* sólo puede aplicarse en los casos en que las afirmaciones respondan verdaderamente a los criterios de exactitud y veracidad, además de ser pertinentes.⁴⁰⁰ Se trata de los ejes fundamentales para su consideración, y se estima de acuerdo con las resoluciones de los Tribunales, que dichos ejes están sustentados en las libertades que consagra la Constitución Española de 1978 con referencia a la libertad de expresión y la libertad de información, y también con referencia a la libre competencia económica. De igual manera debe considerarse que el requisito de veracidad debe cumplirse de manera completa, y no solamente de manera parcial o sesgada⁴⁰¹, es decir y en lenguaje coloquial, las manifestaciones no deben estar amparadas en medias verdades o medias mentiras.

En lo relativo a los medios para acreditar la *exceptio veritatis* es requisito que la acreditación provenga de medios de prueba legalmente admitidos, dado que de otra forma podría reputarse la denigración de las manifestaciones. Para ello conviene revisar diversas sentencias al respecto, como la SAP Orense de 15 de marzo de 2001⁴⁰² en la que se desecha como prueba suficiente un testigo y tres personas que ratifican lo expresado por la demandada, porque el juzgador considera que los testimonios son contradictorios e imprecisos. En la SAP Barcelona de 18 de febrero de 2004, que ya hemos citado con anterioridad, la parte demandada presentó un

⁴⁰⁰ Otro ejemplo de la aplicación de la *exceptio veritatis* lo proporciona la SAP Barcelona de 18 de febrero de 2004, (AC 2004/894), que trata el caso de una comparativa entre dos empresas productoras de polietileno, que puede ser apta para menoscabar su prestigio dentro del mercado, pero que acaba por no ser considerada como desleal puesto que la comparativa es verdadera, exacta y pertinente. Por otro lado y en un caso similar la SAP Barcelona de 31 de diciembre de 2002, (JUR 2004/14167) concluye lo contrario cuando se hace público un informe por parte del demandado en el cual vierte aseveraciones falsas al señalar que el anticongelante que produce el demandante daña el radiador de los vehículos.

⁴⁰¹ Vid. STS de 4 de junio de 2002, (RJ 2002/4978), ya comentada anteriormente.

⁴⁰² Cfr. SAP Orense de 15 de marzo de 2001, (AC 2001/460).

dictamen pericial en el cual el propio experto compareció en juicio y sirvió para determinar que efectivamente no había falsedad en las declaraciones vertidas⁴⁰³. Sucede también en ocasiones que si la parte actora no prueba la denigración o menoscabo sufridos, los Tribunales acaben por desestimar su petición. De ello dan prueba la SAP Murcia de 16 de abril de 2002⁴⁰⁴ y la SAP Gerona de 12 de julio de 2004⁴⁰⁵ en las cuales los demandantes no acreditaron el menoscabo y sus pretensiones fueron desechadas⁴⁰⁶.

Consideramos de suma trascendencia para nuestra investigación establecer una comparación entre la *exceptio veritatis* como criterio de excepción en el caso del derecho al honor y en el caso de la competencia desleal. Las similitudes son evidentes: en ambas normativas se establece la prohibición de los actos denigratorios o vejatorios, y en ambas se establece que dichos actos o manifestaciones no serán considerados ilícitos cuando cumplan con los requisitos que marca la citada *exceptio veritatis*. Concretamente en el caso del derecho al honor se considera que prevalece el derecho a la libertad de expresión en su sentido amplio sobre el derecho al honor cuando las manifestaciones objeto del análisis sean de interés público, la información sea veraz (es decir, se cumpla con el deber de diligencia ya mencionado), y no sean dichas manifestaciones insultantes, injuriosas o vejatorias. A pesar de lo expresado por la Constitución en su artículo 20.4 con referencia a los límites de la libertad de expresión, ha prevalecido en las decisiones de los Tribunales la posición preferente

⁴⁰³ No todas las resoluciones en las cuales han mediado peritos o expertos estableciendo informes han amparado la *exceptio veritatis*. En casos como el que trata la SAP Barcelona de 31 de diciembre de 2002 (JUR 2004/14167) el Tribunal desestimó un informe de laboratorio.

⁴⁰⁴ Cfr. SAP Murcia de 16 de abril de 2002, (JUR 2002/155094).

⁴⁰⁵ Cfr. SAP Gerona de 12 de julio de 2004, (AC 2004/1590).

⁴⁰⁶ En el caso de la primera la demandante no acredita que los demandados efectivamente realizaran actos denigratorios, y en la segunda no se acredita la apropiación de una cartera de clientes por parte de los demandados. Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, pp. 151 y ss.

del derecho a la libertad de expresión e información en virtud de que se considera que se trata de un derecho indispensable para la formación de una opinión pública en un Estado democrático, pero también en virtud de que el criterio de veracidad, que más bien consideramos de diligencia, que se exige para que una información sea considerada como lícita es insuficiente y protege muy poco a las víctimas de los daños en su derecho al honor, además de ser fundamentalmente subjetivo, ignorando con ello la objetividad que contempla el artículo 9 de la LO 1/1982.

Por el otro lado, en el caso de los actos denigratorios que regula la LCD y que estamos revisando ahora, la *exceptio veritatis* exige que las manifestaciones sean exactas, verdaderas y pertinentes. Se trata pues igualmente de un criterio de veracidad en el cual se exige que las manifestaciones sean exactas, es decir, que concuerden con la realidad; verdaderas, es decir, que produzcan en sus destinatarios una representación fiel de las cosas; y que además sean pertinentes, que es cuando las manifestaciones están justificadas y son proporcionadas. Como ya hemos visto, en dicho criterio de veracidad se habla también de la diligencia que debe observar quien difunde la información en su tratamiento y obtención para que no se considere ilícita. Sin embargo, la propia Ley establece en su artículo 2 que basta con que las manifestaciones se realicen en el mercado y sean aptas para producir un menoscabo para que se considere que son desleales. Es decir, existe un criterio objetivo que debe regir al momento de evaluar las manifestaciones. Ello, desde nuestro punto de vista, hace que comparativamente sea más eficiente la normativa concurrencial al momento de proteger en contra de los actos denigratorios en relación con la protección que brinda el derecho al honor, puesto que en este último los Tribunales han determinado que aunque lo difundido no corresponda objetivamente con la realidad puede ser susceptible de no considerarse ilícito si existe diligencia en la comprobación de la información, aunque lo que se exprese objetivamente pueda no tener nada que ver con dicha realidad.

Si bien ambos criterios de veracidad pueden ser y son similares, las resoluciones judiciales concurrenciales respetan con mayor claridad la objetividad que establece el artículo 2 LCD respecto a las cuándo se está en presencia de un acto desleal, a pesar de algunas excepciones que ya hemos comentado, brindando con ello desde nuestra perspectiva, una mayor certeza jurídica y una protección más amplia a las víctimas de actos o manifestaciones denigratorios. En el último capítulo de esta tesis tendremos ocasión de revisar una variada jurisprudencia en materia de actos denigratorios donde habrá ocasión de analizar las resoluciones de los Tribunales en la materia.

IV. LEY 17/2001, DE 7 DE DICIEMBRE, DE MARCAS, Y SU PROTECCIÓN CONTRA LA DENIGRACIÓN EN LA MATERIA

En el presente apartado estudiaremos los actos desleales en materia del Derecho de Marcas, y más concretamente en lo referente a los actos denigratorios, que es nuestro tema principal. Haremos así mismo un breve repaso de los antecedentes que dieron origen a la actual LM, y además veremos cuál es el tratamiento que le da la misma a la denigración, y su relación con la LCD.

A. Antecedentes

El antecedente inmediato de la Ley 17/2001, de Marcas, lo constituye la Ley de Marcas de 1988⁴⁰⁷, que había sido aprobada tiempo antes de que viera la luz la Directiva 89/104/CEE, del Consejo de 21 de diciembre de 1988, de Marcas. Si bien es cierto que los borradores de la citada directiva fueron considerados al momento de la creación de la ley, no lo es menos que dicha ley nació ya con carencias y con la

⁴⁰⁷ Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *Derecho de marcas: estudios sobre la nueva Ley 17/2001, de 7 de diciembre*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 47 y ss.

necesidad de ser adecuada a la nueva normativa comunitaria.⁴⁰⁸ Ello generó que para ir supliendo dichas carencias y no quedar rezagada con respecto a otras leyes que iban surgiendo, como la propia LCD que entró en vigor en 1991⁴⁰⁹, así como para irse adaptando a las disposiciones internacionales que eran obligatorias, se fueron aprobando diversas modificaciones que generaron que se llevaran a cabo innovaciones en algunos puntos de la LM de 1988. Dentro de dichas modificaciones y para ir adecuando las exigencias de transposición que resultaban obligatorias, la citada ley experimentó una serie de cambios a través de varias normas de diversos tipos como el Real Decreto-Ley 8/1988, de 31 de julio, de medidas urgentes en materia de propiedad industrial; la Ley 14/1999, de 4 de mayo, de Tasas y de Precios Públicos por servicios prestados por el Consejo de Seguridad Nuclear y la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, sólo por mencionar algunas⁴¹⁰.

En virtud de lo mencionado es que se volvía prácticamente obligatoria una reforma integral a la normativa en materia de marcas. Los modelos que se adoptaron para la creación de la Ley 17/2001, de Marcas, fueron la Directiva de Marcas, el Tratado de Derecho de Marcas, el Protocolo del Arreglo de Madrid, el Proyecto de Reglamento del Vínculo Arreglo de Madrid-Marca Comunitaria, mismo que posteriormente sería adoptado como Reglamento 78/2004 de la Comisión, por el que se modifica el Reglamento 2868/95, y conviene también señalar que la nueva LM estuvo en parte

⁴⁰⁸ Cfr. LOBATO, Manuel, *Comentario a la Ley 17/2001 de Marcas*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pp. 102 y ss.

⁴⁰⁹ Como ya la citada Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros en Materia de Marcas; el ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; y el Tratado de Derecho de Marcas firmado en Ginebra el 27 de octubre de 1994.

⁴¹⁰ Cfr. LOBATO, Manuel, *ob. cit.*, p. 103.

basada en el propio sistema comunitario⁴¹¹. Resultaba pues imperante la necesidad de que el marco legal en materia de marcas se adecuara a la normativa europea, tal y como queda plasmado en la exposición de motivos de la Ley 17/2001 que señala que *“si bien es cierto que el RMC no impone a los Estados miembros dictar disposiciones de aproximación de las marcas nacionales a la comunitaria –salvo la obligación de regular la transformación de la marca comunitaria en marca nacional-, no lo es menos que la indicada aproximación es deseable, dado que permite evitar que títulos que producen idénticos efectos en España estén sujetos a normativas totalmente dispares. En este sentido muchas de las normas de la presente Ley son directamente tributarias de dicho reglamento”*.

Finalmente vendría a ser una disposición del Tribunal Constitucional la que pusiera en jaque a la superada Ley 32/1988 de Marcas. En efecto, a través de la STC de 3 de junio de 1999⁴¹² se declaró que eran inconstitucionales los artículos 15.2, 3, 24.1, 45.1, 75.1 y 85.2 de la mencionada normativa⁴¹³. Esta sentencia dio origen a que se elaboraran los primeros borradores de anteproyecto de ley de la nueva normativa que vendría a sustituir a la de 1988 a instancia de la Oficina Española de Patentes y Marcas. Tras la revisión de varios borradores, algunos más conservadores y otros más reformistas⁴¹⁴, se llegó a un Proyecto de Ley de Marcas que resultó aprobado en el Consejo de Ministros de 23 de febrero de 2001 y fue enviado al Congreso, donde se debatieron

⁴¹¹ Cfr. LOBATO, Manuel, *ob. cit.*, p. 103.

⁴¹² Cfr. STC de 3 de junio de 1999, (STC 103/1999).

⁴¹³ Cfr. LOBATO, Manuel, *ob. cit.*, p. 104. La declaración de inconstitucionalidad se hizo *“con apoyo en la infracción de los criterios constitucionales de atribución de competencia en materia de ejecución de la legislación sobre propiedad industrial”*.

⁴¹⁴ Cfr. LOBATO, Manuel, *ob. cit.*, p. 104. Circuló un primer borrador de fecha 4 de septiembre de 1999 en el cual se mantenía el mismo sistema de que las oposiciones no se efectuaban tras el registro de la marca, pero que sin embargo contenía ya algunas propuestas de reforma. En el borrador de fecha 27 de mayo de 2000 se introdujo el registro tras superar el examen de oficio y también la posibilidad del arbitraje administrativo, pero conservaba el establecimiento de un único registro de hipoteca sobre marcas.

diversas enmiendas, siendo aprobado el 25 de junio de 2001, para posteriormente ser aprobado también por el Senado con diversas modificaciones. Finalmente se ratificó el Proyecto de Ley de 22 de noviembre de 2001, siendo la Ley la número 17 de 2001, con fecha 7 de diciembre, publicándose en el BOE de 8 de diciembre de 2001⁴¹⁵.

La Ley 17/2001 quedaba así estructurada en diez títulos conteniendo 91 artículos, una exposición de motivos, 19 disposiciones adicionales, 8 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, 3 disposiciones finales así como un anexo. Los dos motivos centrales para su creación fueron la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional que declaraba inconstitucionales varios de los artículos de la ley predecesora en la materia y por otro lado la necesidad de incorporar a la nueva Ley una serie de disposiciones comunitarias que la pusieran en el mismo tenor que la normativa europea, y finalmente la necesidad de modernizar y adecuar a una nueva realidad a la ya superada ley de 1988⁴¹⁶.

Así pues, la actual 17/2001 vino a sustituir a la anterior Ley 32/1988, de 10 de noviembre e introdujo varios cambios en la materia. Por principio de cuentas ya no se condiciona al registro la adquisición del derecho de marca, reforzando además la protección jurídica que se proporciona a las marcas que no han sido registradas; si bien la protección que se da a las marcas registradas de las no registradas no puede decirse que sea la misma⁴¹⁷. Así mismo, en el caso de las marcas notorias o

⁴¹⁵ Cfr. LOBATO, Manuel, *ob. cit.*, p. 105.

⁴¹⁶ Cfr. LOBATO, Manuel, *ob. cit.*, p. 105.

⁴¹⁷ Como señala GIMENO-BAYÓN: “A diferencia de cuanto sucedía bajo el Estatuto de Propiedad Industrial y del mismo modo en que sucedió bajo la Ley de Marcas de 1988, el uso anterior de una marca no constituye per se causa de denegación (cfr. Arts. 7 a 10 LM) y, en su caso, de nulidad de una solicitud o registro de marca posterior, como tampoco atribuye a su titular ninguna clase de derecho de exclusiva, ni positivo ni negativo (cfr. art. 34 LM). Y ello sin perjuicio de que, como también sucediera bajo la Ley de Marcas de 1988, ante la presencia de determinadas condiciones –que, insisto, son distintas del solo hecho del uso anterior y justifican un juicio de deslealtad (particularmente, confusión y obstaculización) contra los actos consistentes en su registro por un tercero no legitimado- se reconozca al titular de la marca anterior no inscrita cierta protección, que puede llegar incluso a la expulsión registral de una marca posteriormente registrada.”

renombradas, de las que más adelante hablaremos, la legislación de 1988 podía llegar a protegerlas con la posibilidad de que pudiera ejercitarse una acción de nulidad frente a la marca registrada para productos idénticos o similares. Para ello se exigían varios requisitos, como que se tratase de una marca notoria y que dicha notoriedad se diese en España aunque no fuese en todos los sectores del mercado. También se requería que la marca cuya anulación se pedía hubiese sido registrada para productos idénticos o similares, y además que quien interpusiese la acción efectuase al mismo tiempo la solicitud de registro de su marca.

En el caso de la nueva Ley 17/2001, de 7 de diciembre, se patentizó una intención clara de proteger con mayor vigor tanto la marca notoria como la marca renombrada, incorporando en primer término definiciones de ambas más claras y completas. De igual manera, en su artículo 8 la nueva ley marcaría protege tanto a la marca como al nombre comercial, éste último débilmente protegido por la anterior normativa⁴¹⁸, estableciendo la prohibición de registro a aquellos signos que sean idénticos o semejantes a una marca o nombre comercial anteriores *“que puedan implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dichos signos anteriores”*.

Continúa el autor diciendo que *“sólo el registro confiere a su titular una protección jurídica completa tanto en relación con la solicitud y registro como en relación con la utilización de marcas incompatibles posteriores, no condicionada a la concurrencia de ulteriores circunstancias de hecho, y que ello no obstante las marcas no registradas en las que se dan ciertas circunstancias, que no sólo son distintas del mero uso anterior sino incluso independientes del mismo (en el sentido de que en ningún caso presuponen como condición necesaria el previo ofrecimiento o comercialización de productos o servicios distinguidos con la marca en cuestión en España), gozan de cierta protección jurídica en el sistema de marcas frente a ciertos registros que –por su carácter de actos de confusión o de obstaculización y por obvios motivos de economía procesal- merecen ser sancionados en el mismo sistema de marcas, protección jurídica que, sin embargo y tal vez con la excepción en todo caso parcial de las marcas notoriamente conocidas en el sentido del artículo 6 bis del Convenio de la Unión de París, se limita a la fase de acceso al registro y carece, por ello, del alcance de la tutela reconocida a las marcas registradas en relación con su utilización no autorizada.”* Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, p. 49.

⁴¹⁸ Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, p. 314.

Resulta también importante destacar que en virtud de la nueva legislación en materia de marcas, los derechos del propietario de una marca notoria o renombrada que esté además registrada se ven ampliados al ejercicio del *ius prohibendi*, cuando el uso del signo igual o semejante para identificar productos que no sean similares a los de la marca registrada puedan hacer presumible una conexión entre dichos productos o servicios y el titular de la marca, o bien cuando el uso implique un aprovechamiento ilegítimo o una lesión del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de la marca registrada⁴¹⁹. Así mismo, si la marca notoria no ha sido registrada, su titular puede ejercitar la acción de prohibición para impedir el uso de cualquier signo idéntico para productos o servicios iguales a los que se identifiquen con ella o que puedan crear confusión o asociación entre los consumidores.

Otro de los puntos esenciales dentro de las modificaciones que experimentó la legislación marcaria con la ley promulgada en el año 2001 fue el referente a la terminología que utilizaba la LM de 1988 al establecer la “*marca anterior notoriamente conocida*”, que vendría a ser reemplazada por el término “*marca notoriamente conocida*”, para señalar aquellas marcas que no habían sido registradas y que tienen un especial grado de conocimiento o implantación alcanzada dentro del mercado⁴²⁰. Además de la terminología, la nueva legislación marcaria no tenía como requisito para la protección de la marca notoriamente conocida el haber presentado previamente una solicitud de registro.

B. El acto denigratorio en el derecho de marcas

En lo relativo a los actos desleales en materia de marcas, en los casos en los cuales el perjudicado resulta ser titular de derechos amparados por la legislación en materia de Propiedad Industrial, prevalecerá la normativa específica sobre la general. En estos

⁴¹⁹ Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, pp. 315 y ss.

⁴²⁰ Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, p. 54.

casos sería aplicable en primer término la LM o la Ley de Patentes antes que la LCD. En dichos supuestos la LCD funciona de apoyo a la legislación específica, y solamente puede aplicarse antes que las leyes de protección a la Propiedad Industrial cuando se trate de la protección de un signo no inscrito, que además no goce de la consideración de ser “notorio” o “renombrado”.

La relación entre la LM y la LCD en la protección de las marcas se da en virtud de que la legislación en materia de marcas no brinda una protección completa a sus titulares, y es por ello que debe recurrirse a la LCD⁴²¹. Como señala MASSAGUER, *“con carácter general, las relaciones entre el derecho contra la competencia desleal y la legislación sobre propiedad industrial e intelectual están presididas por un principio de complementariedad relativa, basada en la coincidencia sólo parcial tanto en los criterios de política legislativa a que obedecen como en los criterios que sirven para definir los correspondientes ilícitos. De ahí que sea correcto acudir a la legislación contra la competencia desleal para impedir a terceros la utilización de bienes inmateriales que, por su naturaleza, no sean susceptibles de ser protegidos mediante modalidades de propiedad industrial o intelectual o que, siéndolo, bien no hayan cumplido con los requisitos formales de protección o bien hayan dejado de estar protegidos mediante modalidades de propiedad industrial o intelectual a consecuencia del transcurso de su periodo de vigencia, así como para impedir a terceros la realización de actos de explotación que igualmente por su naturaleza o por sus consecuencias no queden comprendidos entre los que abarca el contenido del ius prohibendi reconocido al titular de un derecho de propiedad industrial o intelectual debidamente obtenido y en vigor”*⁴²².

Para que la LCD pueda ser efectivamente utilizada en la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual resulta necesario que las circunstancias del caso en cuestión puedan considerarse como contrarias a las exigencias de la buena fe, o que

⁴²¹ Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, p. 49.

⁴²² Cfr. MASSAGUER, José, *El nuevo derecho...*, *ob. cit.*, p. 123.

puedan encuadrarse en algunos de los supuestos tipificados como desleales de acuerdo con la LCD⁴²³. El derecho de marcas en España está regido, con carácter general, por el principio de registro. El principio de especialidad lo marcan los artículos 6.1 y 34.2.a y b de la LM⁴²⁴.

En este apartado lo que consideramos importante es señalar que la marca, aunque no se encuentre inscrita, no está desprotegida por los ordenamientos en la materia. En primer lugar puede gozar de la protección que le brinda el hecho de ser una marca notoria, en caso de que lo sea⁴²⁵; en segundo término a las marcas de agente o representante⁴²⁶; y en último término a las marcas que han sido solicitadas de manera ilícita o fraudulenta⁴²⁷. Sin embargo y a pesar de la protección que procuran los ordenamientos marcarios a aquellas marcas que no han sido registradas, dicha protección no puede considerarse como completa o total, puesto que depende de ciertos supuestos que no en todos los casos se dan. Es en este punto donde cobra relevancia la normativa en materia de competencia desleal, sobre todo en los casos referentes a los actos de confusión, aprovechamiento de reputación y obstaculización⁴²⁸, supliendo aquellas carencias que se observan en un sistema marcario que se basa en el ya mencionado principio de registro y especialidad, que siendo limitado no procura una protección eficaz en todos los supuestos.

La legislación en materia de competencia desleal resulta perfectamente complementaria a la legislación en materia de propiedad industrial e intelectual,

⁴²³En este punto cabría mencionar lo que establece el artículo 9 de la LCD referente a los actos denigratorios.

⁴²⁴ Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, p. 50.

⁴²⁵ Así lo establecen los artículos 6.2.c y 34.5 de la LM y el artículo 6 bis CUP.

⁴²⁶ Como lo establecen el artículo 10 de la LM y el artículo 6 septies CUP.

⁴²⁷ Contempladas a través de los artículos 2.2 y 3 de la LM.

⁴²⁸ Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, p. 51.

puesto que la protección que brindan ambas de manera conjunta resulta mucho más amplia y completa, dado que la normativa de competencia desleal no sólo busca proteger los derechos de quien puede ser el propietario de una marca, sino que además procura la protección del consumidor y el correcto funcionamiento del mercado⁴²⁹. Ahora bien, no hay que perder de vista el hecho de que a pesar del importante papel que juega la LCD en los supuestos antes citados y relativos al derecho marcario, los conflictos que se refieren al acceso al registro de marcas deberán ser resueltos por la ley en la materia, y como principio general, deberán dirimirse a favor del signo registrado, sin que por ello deje de considerarse que pueden llegar a existir excepciones en las cuales se dé preferencia a ciertas marcas que no han sido registradas o solicitadas, pero que sin embargo en base a lo que la normativa en materia de competencia desleal protege puedan llegar a ser tuteladas⁴³⁰.

La consideración fundamental radica en que el legislador ha concedido una preferencia sistemática a la LM sobre la LCD. El sistema de marcas ofrece las garantías necesarias que proporcionan las inscripciones registrales en la tutela de marcas y nombres comerciales, y es además transparente en la protección del correcto funcionamiento del mercado. Dentro de los aspectos en los cuales existe coincidencia entre la LM y la LCD se encuentra el referente al tratamiento de los actos de confusión en la utilización de una marca o signo con el cual un ente económico pretende distinguirse dentro del mercado. La afirmación al respecto del artículo 6 de la LCD que se refiere a *“todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la*

⁴²⁹ Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, p. 51.

⁴³⁰ Resulta necesario mencionar que la mayoría de estos casos se refieren al acto de confusión implícito en la obtención de un registro para una marca que puede llegar a confundirse con otra anterior, que a pesar de no estar inscrita es notoriamente conocida en el sentido que marca el artículo 6 bis del Convenio de la Unión de París; o bien pueden hacer referencia al acto de obstaculización inherente a la obtención de un registro para una marca de agente o de forma ilícita o fraudulenta. En estos casos la LCD permite obtener protección a través del resarcimiento de daños y perjuicios y de la compensación por enriquecimiento injusto que el derecho marcario no contempla. Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, p. 52.

actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos”, bastando para ello con que exista “riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación” nos da una idea clara de lo que la legislación en materia de competencia entiende por confusión. Por contraparte, la LM a través de su artículo 34 establece que “el titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen en el tráfico económico:... b) cualquier signo que por ser idéntico o semejante a la marca y por ser idénticos o similares los productos o servicios implique un riesgo de confusión del público”.

Como puede verse en el párrafo anterior, la manera de abordar el tema de la confusión de ambas leyes reviste diferencias considerables. La más importante de ellas radica en el hecho de que la LM brinda una protección que no cabe fuera de la especialidad⁴³¹ y solamente ampara a los signos y marcas que han sido registrados, mientras que la LCD plantea la posibilidad de protección a todos aquellos competidores cuyos signos distintivos o marcas no han sido registrados, pero que pueden ser susceptibles de ser utilizados de forma desleal por terceros, y que por tanto merecen la tutela del ordenamiento legal.

Sin embargo, esta protección por parte de la ley concurrencial debe considerarse como excepcional, puesto que no debe existir la pretensión de duplicar la que ya brinda el derecho marcario, sino simplemente a complementarla en aquellos casos específicos en los cuales la protección de la LM no resulta completa o suficiente. Y aquí conviene citar el llamado principio de consunción, que establece que la norma que regula más intensamente prevalece sobre la menos intensa. En este caso es evidente que la norma primaria debe ser la LM por encima de la LCD⁴³².

⁴³¹ Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, p. 304.

⁴³² Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, p. 305. Hay otros autores que secundan la tesis, como es el caso de MONTEAGUDO MONEDERO, Montiano, *La Protección de la Marca Renombrada*, Civitas, Madrid, 1995, p. 219.

Así mismo, lo trascendente en lo que a la confusión se refiere es que ambas legislaciones sean complementarias para proteger la lesión que pudiera generarse cuando llegara a existir el riesgo de confundibilidad. En este supuesto, la LM es estrictamente normativa al comparar los signos en cuestión independientemente de su utilización dentro del mercado, mientras que la LCD, fiel a su intención de proteger el correcto funcionamiento del mercado y a los consumidores, pide que se haga un análisis más profundo de las circunstancias, valorando aspectos como los precios de los productos, la publicidad efectuada y su impacto en el mercado y demás que puedan clarificar la magnitud del riesgo de confusión que pudiera llegar a existir.

Otro de los puntos de conexión que pudieran darse entre la normativa marcaria y la normativa concurrencial lo constituyen los actos de imitación que señala el artículo 11.2 de la LCD. Se trata de una de las causas que pueden devenir posteriormente en confusión. Sin embargo y a diferencia de lo que señala el artículo 6 de la LCD que ya hemos analizado, en artículo 11 de la propia ley no hace referencia a signos distintivos o marcas, sino a productos y sus prestaciones o servicios. El artículo 11 establece que *“la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la ley”*. Y continúa señalando que la deslealtad que se da en la imitación de prestaciones se produce *“cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno”*. El artículo referido resulta elocuente: no constituye un punto de roce con la ley marcaria, puesto que lo que está tratando de proteger es la imitación en productos o servicios, pero nunca en marcas o signos distintivos.

En el caso de lo que la LCD denomina la explotación de la reputación ajena es posible encontrar otro punto de cruce con la LM. El artículo 12 LCD señala que *“se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”*, enfatizando que *“el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen*

falsas acompañados de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones tales como “modelo”, “sistema”, “tipo”, “clase” y similares”. Sin embargo la distinción de este precepto con respecto a los anteriores ya citados de la propia ley, y con respecto a la legislación en materia de marcas estriba en que el artículo 12 no sólo pretende que no se haga un uso indebido de una marca ajena, registrada o no, para designar productos propios, sino que también pretende evitar que se haga indebida publicidad de productos propios utilizando una marca que es ajena⁴³³.

La LM y la protección que brinda debe quedar determinada en la medida de lo posible por los principios de registro que establecen los artículos 2 y 46 de la propia ley, y por el principio de especialidad que señala el artículo 34 de la misma. Siendo así, la LCD debe ser complementaria exclusivamente en los casos que no queden protegidos de acuerdo con los principios de la normativa de marcas anteriormente citados. Resulta obvio que los supuestos que pueden llegar a darse es muy probable que no estén estrictamente delimitados, de ahí la dificultad que pueda presentarse en la aplicación de una u otra normativa.

No es objeto del presente trabajo realizar una profunda disección de lo que los términos “*marca notoria*” y “*marca renombrada*” significan, baste con saber que se trata de términos que la legislación marcaria ha acuñado para proteger marcas que no han sido registradas y que sin embargo tienen un reconocimiento en el mercado y son sujetas de protección, diferenciando que la marca notoria consiste en el conocimiento de la misma entre el público destinatario del servicio o producto que distingue, mientras que la marca renombrada posee dicho conocimiento entre un público más amplio que traspasa las barreras de un mercado determinado o del sector al que pertenece⁴³⁴.

⁴³³ Conviene ver la STS de 29 de noviembre de 1993, (RJ 1993/9184), sobre el caso Femsa y la determinación que asentó el tribunal de que no se utilizase dicha marca registrada para referirse a la compatibilidad de otros productos con la misma. Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, p. 308.

⁴³⁴ Cfr. GIMENO-BAYÓN COBOS, Rafael, *ob. cit.*, pp. 310 y ss.

V. LEY GENERAL DE LA PUBLICIDAD Y SU PROTECCIÓN CONTRA LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA

Tal y como lo hemos comentado, la LGP es un ordenamiento estrechamente relacionado con la LCD. Es cierto que podemos estimar que un mensaje publicitario que contiene elementos de deslealtad puede considerarse como un acto de competencia desleal en el sentido que marca la Ley 3/1991 como señalan algunos autores⁴³⁵, sin embargo, tomando en cuenta que aún están vigentes los artículos de la LGP que regulan la publicidad desleal, puede existir un conflicto al momento de la aplicación de la normativa en la materia. En el presente apartado nos abocaremos hacer un repaso de la LGP y sus aspectos más trascendentes, sobre todo en lo que respecta a su relación con la LCD y al tratamiento que le brinda a los actos que se consideran denigratorios.

A. Antecedentes

La LGP entró en vigor un año antes de que lo hiciera la LCD, sin que ésta incluyera ningún tipo de derogación de lo contenido en la ley publicitaria, lo que generó una serie de conflictos interpretativos entre ambos textos. Existe una interpretación mayoritaria al respecto que ha conjuntado a gran parte de los doctrinistas y que está también apoyada por el Tribunal Supremo que sostiene que existe un concurso de normas entre la LGP y la LCD⁴³⁶, sin embargo hay quienes sostienen que la LCD ha venido a derogar los artículos de la LGP dedicados a tipificar la publicidad ilícita, o bien que la LGP tiene un carácter preferente sobre la LCD⁴³⁷.

⁴³⁵ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 24.

⁴³⁶ Ahí está la STS de 4 de julio de 2005, (RJ 2005/ 5093), también RUBI I PUIG, Antoni, *Publicidad y Libertad de Expresión*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, p. 42.

⁴³⁷ Cfr. RUBI I PUIG, Antoni, *Publicidad y Libertad...*, *ob. cit.*, p. 42.

El fondo del conflicto entre ambas leyes vendría del hecho de que la LCD regula las acciones que se consideran desleales o ilícitas tomando en cuenta un modelo social, que busca no sólo proteger los intereses de los competidores económicos y de los consumidores que participan en un mercado, sino que su objetivo es proteger de manera general a la sociedad en su conjunto en materia de competencia económica. Mientras tanto, la LGP tiene un enfoque que podría ser tomado como de índole profesional. El modelo social que nace con la Ley 3/1991 tiene la particularidad de crear una “*cláusula general*” que castiga las acciones desleales de manera objetiva, sin hacer depender de los sujetos que las cometen la circunstancia de que puedan o no ser punibles. Como ya se ha señalado anteriormente, este “*modelo social*” contrasta significativamente con el llamado “*modelo profesional*”, que reputaba como desleales y castigaba los comportamientos que fueran contrarios a los “*buenos usos mercantiles*”⁴³⁸.

En la LGP no cabe la posibilidad de que si dichas afirmaciones desleales son exactas, verdaderas y pertinentes estén exentas de constituir ilícito, como si resulta en el caso de la LCD. En la primera, el simple hecho de que las afirmaciones sean contrarias a los buenos usos ya citados, las convierte en punibles. Sin embargo una de las principales características de la LCD es que si las manifestaciones son “*exactas, verdaderas y pertinentes*”, estas no se consideran como desleales y por lo tanto no encuadran en el tipo que la propia ley castiga. Si la publicidad “*provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades*” se considera ya como desleal y por lo tanto ilícita⁴³⁹.

⁴³⁸ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 24. Así se puede leer en el artículo 6b de la LGP. De hecho, hay autores como PORFIRIO CARPIO que hablan de 3 etapas o modelos: el modelo paleoliberal, el modelo profesional y el modelo social. Cfr. PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José, *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 19 y ss.

⁴³⁹ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 24.

Lo citado anteriormente da lugar a que ante el hecho de un mensaje publicitario que pueda ser desleal existan dos normativas que puedan ser invocadas y aplicadas, como son la LGP y la LCD. Sin embargo, es conveniente mencionar en relación con la publicidad comparativa que el legislador incorporó la Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997⁴⁴⁰, directamente en la LGP y no en la LCD, lo cual puede llevar a interpretar que la LGP debe considerarse antes que la LCD dentro de este ámbito.

B. El acto denigratorio en el derecho de la publicidad

De acuerdo con la LGP en su artículo 3 se entiende que es ilícita la publicidad que:

“a. Atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren a sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a la que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

b. La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los

⁴⁴⁰ A través del artículo 9 de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición del ordenamiento jurídico español de varias directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios. Cfr. RUBI I PUIG, Antoni, *Publicidad y Libertad...*, ob. cit., p. 42.

productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

c. La publicidad subliminal.

d. La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades, o servicios.

e. La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.”

Como puede verse, en el apartado a. del citado artículo ya se habla de dar protección al derecho al honor que consagra el artículo 18 CE cuando éste es menoscabado por alguna acción publicitaria. Es conveniente mencionar que esta redacción proviene de la reforma legal que se hizo en el año 2009 a través de la Ley 29/2009 de 30 de diciembre que vino a modificar tanto la LCD como la LGP. La anterior redacción del artículo 6 de la LGP establecía que era publicidad desleal: a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provocara el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos, b) la que indujera a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, al igual que la que hiciera uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones y que fuera contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

Uno de los grandes cambios que se hicieron en la redacción fue establecer específicamente la protección al derecho al honor y demás derechos fundamentales que establece la Constitución, y además se estableció una protección específica a los derechos de la mujer, con la finalidad de evitar que su imagen fuera utilizada de

manera vejatoria o denigratoria⁴⁴¹. Se protegió también en el nuevo texto los derechos de los menores, de manera que se prevengan abusos por parte de los anunciantes en el intento de venderles sus productos. A grandes rasgos resulta claro que la modificación de la LGP muestra una clara tendencia a la protección de los derechos fundamentales y de los derechos de los grupos más desprotegidos, en este caso mujeres y menores.

La publicidad ha sido considerada por los órganos del Consejo de Europa dentro del derecho a la libertad de expresión, tal y como lo señala el ya citado artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y como quedó de manifiesto en el caso de la Iglesia de la Cienciología de Suecia⁴⁴². Sin embargo, el artículo 10.2 del propio convenio establece el límite del grado de protección, señalando que las restricciones que se imponen a la publicidad están demarcadas por el principio de proporcionalidad⁴⁴³. Así, la pauta que utilizaba la comisión para interpretar no se

⁴⁴¹ Conviene en este punto aclarar que además de la publicidad denigratoria existe la publicidad comparativa y la publicidad adhesiva, que no son iguales. En la publicidad comparativa cuando se contrastan dos productos lo que se pretende es destacar las ventajas de la propia oferta, mientras que en la publicidad adhesiva lo que se busca es mostrar la equivalencia entre la oferta propia y la del competidor, aprovechándose de su prestigio. No hay en ninguna de las dos elementos negativos o peyorativos como ocurre en la publicidad denigratoria. Cfr. LEMA DEVESA, Carlos y FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, “La publicidad adhesiva”, en *RCD*, No.2, 2008, pp. 19-21.

⁴⁴² La CEDH se pronunció por primera vez sobre el artículo 10 y su protección a la publicidad en su decisión de 5 de mayo de 1979 sobre el caso *Pastor X e Iglesia de la Cienciología c. Reino de Suecia*, Decisión de 5 de mayo de 1979, (7805/77), que trataba sobre una publicación que hizo la Iglesia de la Cienciología de Suecia en el año de 1973 en su revista, anunciando a sus fieles un aparato electrónico llamado “Electrómetro Hubbard”, que según decía la publicación, servía para medir el estado de ánimo y sus variaciones. Su precio era de 859 coronas suecas. Lo que sucedió después fue que un *Ombudsman* perteneciente al gobierno de Suecia pidió a un tribunal mercantil que prohibiera el uso de ciertas frases en dicha publicidad por considerarlas engañosas, generando que la demanda fuera considerada y confirmada por instancias superiores. Sin embargo, la Iglesia de la Cienciología formuló un recurso ante las instituciones del Consejo de Europa, que al final fue desestimado por la CEDH, afirmando que los mensajes de naturaleza comercial están protegidos por el artículo 10.1 CEDH.

⁴⁴³ En referencia también al caso de la Iglesia de la Cienciología, la CEDH señaló que la prohibición constituía una injerencia que era necesaria y proporcionada dentro de una sociedad democrática para la protección de

refería a la configuración de una categoría discreta de discurso, sino que recurría a un esquema general previsto para todas las formas que pudiera haber de discurso y que delimitaba el artículo 10.2 CEDH, y que podía resumirse en tres partes, tal y como lo establece RUBI I PUIG⁴⁴⁴, y que son que *“(1) La medida restrictiva debe estar, en primer lugar, prevista legalmente. Tal previsibilidad legal se refiere, según el TEDH, a la posibilidad el ciudadano de conocer las consecuencias jurídicas de una determinada conducta suya. Es decir, no se consigue una concepción formal: es “ley” tanto el derecho escrito (statutory law) como el consuetudinario (common law), (2) La medida restrictiva debe, en segundo lugar, dirigirse a la protección de determinados intereses. Esto es, el TEDH realiza un juicio de adecuación entre la medida restrictiva y uno de los bienes jurídicos contenidos en el artículo 10.2 CEDH: “{...} la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales, para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. En el ámbito de las comunicaciones comerciales, la protección de la salud y de los consumidores y la salvaguarda de la lealtad en el mercado se erigen las más de las veces en medidas adecuadas para justificar una medida nacional restrictiva. (3) En tercer lugar, la medida restrictiva debe constituir una injerencia necesaria en una sociedad democrática. Este requisito, que roza la salmodia en las sentencias del Tribunal en la materia, engloba dos juicios diferentes pero interrelacionados: uno de necesidad y otro de proporcionalidad.”*

Así mismo, la Comisión Europea de los Derechos Humanos en su momento consideró que las siguientes limitaciones a la realización de la publicidad se ajustaban al artículo 10 de la CEDH:

los consumidores. La misma comisión se negó a llevar a cabo un análisis religioso de la publicidad que se estaba juzgando, señalando que debía medirse de la misma manera que se mediría cualquier publicidad comercial.

⁴⁴⁴ Cfr. RUBI I PUIG, Antoni, *Publicidad y Libertad...*, ob. cit., p. 126.

- a) Una sanción por anunciar fármacos sin tener licencia para su venta⁴⁴⁵.
- b) La calificación como desleal de un anuncio que destacaba indirectamente la bioequivalencia entre dos medicamentos⁴⁴⁶.
- c) Una sanción impuesta a un abogado por realizar publicidad⁴⁴⁷.
- d) La prohibición de utilización de publicidad de tono excluyente⁴⁴⁸.
- e) Una publicidad encubierta a menores⁴⁴⁹.
- f) Una sanción por publicidad encubierta de un médico naturista⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ Caso *Liljenberg c. Gran Bretaña*. Decisión de 1 de marzo de 1983, (9664/82). La sanción impuesta es por realizar publicidad de productos sanitarios utilizando una licencia para comercializar productos alimenticios.

⁴⁴⁶ Caso *R. GmbH c. República Federal de Alemania*. Decisión de 8 de noviembre de 1990, (16555/90). Sanción que se impuso por contrariar las buenas costumbres en un anuncio dirigido a profesionales de la medicina sobre un determinado medicamento, afirmando que era bioequivalente con los medicamentos que había en el mercado con un determinado principio activo.

⁴⁴⁷ Asunto *Walter-Georg Hempfing c. República Federal de Alemania*. Decisión de 7 de marzo de 1991, (14622/89). Era relativo a la sanción que se impuso a un abogado por infringir las normas colegiales de su profesión sobre prohibición de publicidad por haber mandado cartas a algunas sociedades detallando su experiencia y ofreciendo sus servicios.

⁴⁴⁸ Asunto *K. c. República Federal de Alemania*. Decisión de 2 de julio de 1991, (17006/90). Sobre la prohibición de utilizar un eslogan en una escuela de danza, dado su carácter engañoso que podía hacer pensar a los clientes que se trataba de la única escuela de su tipo en el lugar.

⁴⁴⁹ Asunto *Nederlandse Omroepprogramma Stichting c. Holanda*. Decisión de 13 de octubre de 1993, (16844/90). Se refiere a la multa impuesta transmitir en un programa destinado a público infantil un reportaje sobre un campamento vacacional y una representación de un grupo de niños bebiendo un refresco de cola y tomando un aperitivo.

⁴⁵⁰ Asunto *Ingrid Janssen c. Alemania*. Decisión de 31 de agosto de 1994, (21554/93). Se trata de publicidad encubierta contraria a la legislación alemana por la publicación en un periódico de la ciudad de Hamburgo de un reportaje sobre los servicios y precios de una naturópata.

Hubo así mismo otros casos similares relacionados con la publicidad que no se trataron porque no superaron el filtro de la comisión por cuestiones principalmente procesales.

Conviene también aquí hacer referencia solamente de paso a los casos en los que los discursos públicos tienen incidencia dentro del mercado, y en los cuales el TEDH ha resuelto que el estatus de determinadas expresiones hechas por distintos agentes, pese a no tener un carácter comercial, se considera que han incidido dentro del mercado. Algunos de más sonados han sido el Asunto *Markt intern verlag GmbH y Klaus Beermann c. República Federal de Alemania*⁴⁵¹, el Asunto *Hertel c. Suiza*⁴⁵², el Asunto *Schweizerische Radio-und Fernsehgesellschaft (SRG) v. Suiza*⁴⁵³.

⁴⁵¹ Tratado en la STEDH de 20 de noviembre de 1989, (TEDH 1989/20). Dicho caso versa sobre la crítica que se hacía en una publicación semanal alemana dedicada a la defensa de la pequeña y mediana empresa a los servicios de venta por correo de la empresa británica *Cosmetic Club International*. Concretamente se hacía mención a la inconformidad de una consumidora por no recibir la devolución del importe de determinados productos adquiridos por correspondencia a la citada distribuidora, y además se solicitaba que si entre la audiencia había casos similares, los lectores hicieran llegar sus experiencias a la publicación. Ello provocó la demanda de *Cosmetic Club Internacional* por competencia desleal ante la autoridad alemana que en segunda instancia absolvió a los demandados. La actora interpuso entonces un recurso ante el Tribunal Supremo Alemán que fue estimado, haciendo que los demandados recurrieran al Tribunal Constitucional a través de un amparo que no fue admitido, llevándolo entonces al TEDH. Una vez ahí, la Comisión estimó que se había producido una injerencia en la libertad de expresión de quienes demandaban, y que ésta no se consideraba necesaria dentro de una sociedad democrática, por lo cual remitió el asunto al TEDH, considerando también que la publicación en cuestión no era solamente un discurso de un operador comercial son que dichas informaciones repercutían dentro del mercado. Finalmente el TEDH resolvió que no se había producido ninguna intervención contraria al artículo 10 del CEDH, desestimando el recurso.

⁴⁵² Tratado en la STEDH de 25 de agosto de 1998, (TEDH 1998/42). El asunto se refiere a un artículo escrito en 1992 por Hertel y Blanc en un periódico hablando sobre los efectos dañinos para la salud de ingerir alimentos cocinados en un microondas, e ilustrando la portada con la imagen de un esqueleto con una guadaña en la mano y sobre un microondas. La Asociación Suiza de Fabricantes y Proveedores de Aparatos Eléctricos demandó al editor de la publicación por considerarlo competencia desleal, solicitando la medida cautelar de la abstención de utilización de referencias al artículo en el futuro. El tribunal que conoció del asunto desestimó la petición por considerar que la información científica era ajena a toda relación de competencia económica, haciendo que no resultase pertinente aplicar la LCD. Ello generó que la demandante volviese a demandar ahora ante El Tribunal de Comercio de Berna solicitando que el citado reportaje fuera considerado como ilícito y se estableciera una multa de cinco mil francos suizos, a lo que el tribunal respondió estimado la demanda y señalando que la LCD no requiere la existencia de una relación de

Existen finalmente discursos públicos que se hacen en formato publicitario y que pueden igualmente tener injerencia o influencia dentro del mercado. Algunos de los ejemplos más relevantes a mencionar son el Asunto *VGT, Verein gegen Tierfabriken c. Suiza*⁴⁵⁴ relativo a publicidad desagradable y el Asunto *Roy Murphy v. Irlanda*⁴⁵⁵ sobre discursos públicos y márgenes de apreciación reducidos.

competencia ni tampoco de una intención de influir dentro del mercado, bastando con que una información inexacta, ofensiva o falsa se publique para que pueda considerarse la existencia de un acto de competencia desleal. La sentencia fue confirmada por el Tribunal Federal, y posteriormente la Comisión elevó el asunto al TEDH, el cual consideró que la condena contra Hertel resultaba desproporcionada e innecesaria para una sociedad democrática, dado que en primer término el Señor Hertel no había tenido ninguna participación en el diseño de la portada de la publicación y además su artículo no había tenido una incidencia importante dentro del mercado, puesto que la revista estaba dirigida a una audiencia muy limitada y selecta.

⁴⁵³ El caso era referente a la mención en el programa “Kassenturz”, dedicado a temas de protección a los consumidores, de una emisión sobre analgésicos en la cual se desaconsejaba el consumo de la píldora “Contra-Schmerz”, por su gran cantidad de principios activos. La sociedad fabricante del medicamento, denominada “Wild”, solicitó una medida cautelar que el juez estimó, y prohibió entonces hacer referencia al analgésico, atacándolo o poniendo en duda su eficacia. Entonces los realizadores del programa optaron por sustituir las escenas donde se hablaba del medicamento por una pantalla negra con unas tijeras conteniendo una frase donde se decía que el Juzgado de Distrito de Berna, Suiza, había prohibido una parte del programa. Posteriormente los realizadores del programa publicaron de nuevo en su revista una serie de medicamentos que desaconsejaban, incluyendo nuevamente el “Contra-Schmerz”. Los fabricantes del mismo interpusieron entonces una demanda arguyendo que el anuncio en prensa y la mención de la medida cautelar eran acciones contrarias a la cláusula general de la LCD, solicitando una indemnización por daños y perjuicios que el tribunal mercantil concedió por el equivalente a 300 mil euros. En este caso, el TEDH consideró que difería del caso Hertel antes referido, puesto que el programa no trataba solamente sobre los supuestos peligros de un conjunto de productos equivalentes, sino que citaba un producto concreto como ejemplo, pudiendo haber emitido el programa sin especificar alguno o referirse a todos.

⁴⁵⁴ Sobre el que trata la STEDH de 28 de junio de 2001, (TEDH 2001/407), referente a una asociación suiza que se dedica a proteger a los animales y que emitió un spot de publicidad para contrarrestar a algunas empresas dentro del sector de la carne. Verein gegen Tierfabriken comparaba en dicho spot la situación de los animales, concretamente cerdos, en cautiverio y listos para ser sacrificados con la de los campos de concentración nazis, con el mensaje “Coma menos carne, por su salud, por los animales y por el medio ambiente”. La televisora *AG fur das Werbefernsehen* se negó a transmitir el spot por considerarlo de naturaleza política y la Oficina Federal de Comunicación señaló al respecto que la televisora era libre de decidir qué emitir y qué no. Interpuesto un recurso por el afectado, el Departamento de Transporte, Comunicación y Energía, con base en el artículo 18 de la Ley Federal sobre Radio y Televisión determinó que estaba efectivamente prohibida la publicidad religiosa y política. El Tribunal Federal desestimó el recurso que la asociación expresando que “La prohibición contribuye a la independencia de los productores de radio

Recapitulando lo que se ha tratado en el presente apartado, podemos resumir que dentro de la LGP es el artículo 3e) el encargado de señalar que tipo de publicidad no es permitida, al establecer que es ilícita *“la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”*. En cuanto a las acciones frente a la misma, el artículo 6 de la LGP especifica que *“las acciones frente a la publicidad ilícita serán establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.”*

Resulta entonces que la LGP contempla también la regulación de los actos que se consideran desleales dentro del mercado. Sin embargo una de las diferencias entre la regulación que hace la LGP y la que lleva a cabo la LCD a través de su artículo 9 en lo que a actos de denigración se refiere consiste *“en que la legislación publicitaria ha*

y de televisión en temas editoriales, que podrían estar amenazados por patrocinadores comerciales políticamente poderosos...” Señalaba así mismo que “La reserva a anuncios políticos a favor de los medios impresos garantiza a éstos una cierta parte del mercado de la publicidad y contribuye así a su financiación, lo que a cambio contrarresta una indeseable concentración de la prensa y contribuye así indirectamente al sistema plural de medios que requiere el artículo 10 del Convenio”, refiriéndose al CEDH. Con dichos antecedentes, el TEDH considera que se produce una limitación desproporcionada a la libertad de expresión, porque con independencia del formato publicitario del spot, no se está ante una comunicación comercial. Además consideraba el tribunal que la publicidad en la cadena televisiva era la única manera de llevar a cabo una campaña de publicidad audiovisual a nivel estatal.

⁴⁵⁵ Considerado en la STEDH de 10 de julio de 2003, (JUR 2003/162877), que versa sobre el anuncio de radio preparado por Roy Murphy, un sacerdote encargado del *Irish Faith Centre* de Dublín. En dicho anuncio se publicitaba una conferencia en la que según los organizadores se presentarían pruebas de la resurrección de Jesucristo. El anuncio fue prohibido por la *Independent Radio and Television Commission* arguyendo que era contrario al artículo 10 de la Ley de Radio y Televisión, que no permite que se transmitan anuncios con fines religiosos o políticos. El sacerdote interpuso un recurso que fue desestimado por una *High Court* y confirmado por la Corte Suprema, siendo que sus magistrados enfatizaron la necesidad de vigilar una neutralidad informativa, desplazando con ello la libertad de expresión y de comunicación de los ciudadanos. El TEDH de igual forma desestimó el recurso que había sido interpuesto señalando que las autoridades locales se encontraban “e mejor posición que el juez internacional” para decidir si determinada manifestación podía considerarse como ofensiva o atacar cualquier convicción religiosa.

considerado siempre como desleales aquellas manifestaciones que producen el descrédito de un competidor (aun cuando tales manifestaciones sean veraces) mientras que la legislación general sólo sanciona las manifestaciones denigratorias que son también falsas”⁴⁵⁶.

Como puede deducirse de lo antes citado, la deslealtad denigratoria desde el enfoque de la LGP consiste en que exista descrédito, denigración o menosprecio, independientemente de si las aseveraciones que puedan ser calificadas así sean o no verdaderas. Nos gusta dicho enfoque, puesto que brinda una protección más eficaz en contra de actos denigratorios. Sin embargo, en lo que a la LCD se refiere se contempla la posibilidad de que no se actualice el tipo legal cuando las manifestaciones sean exactas, verdaderas y pertinentes⁴⁵⁷. De igual manera puede considerarse que otra de las diferencias entre ambos ordenamientos es el hecho de que en la LGP para que se considere que existe denigración es necesario que realmente se “*desacredite*” al competidor o su producto, mientras que de acuerdo con la LCD es suficiente que sean aptas para provocar el descrédito⁴⁵⁸. Por ello en estos casos la intención denigratoria así como la efectividad del acto resultan irrelevantes, haciendo más sencilla la labor probatoria dado que es suficiente con demostrar la idoneidad de las manifestaciones⁴⁵⁹.

VI. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA DE ACTOS DENIGRATORIOS EN EL MARCO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

⁴⁵⁶ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 136.

⁴⁵⁷ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 136. Conviene ver la SAP Madrid de 6 de septiembre de 2004 (J2004/241340) que se refiere a que la LGP no pide que las alegaciones sean falsas para considerarlas ilícitas.

⁴⁵⁸ Cfr. SAP Madrid de 6 de septiembre de 2004, (J2004/241340).

⁴⁵⁹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Comentarios a la Ley...*, *ob. cit.*, pp. 226 y ss. Cfr. STS de 24 de febrero 1997, (RJ 1997/1195).

Los actos denigratorios en el marco de la normativa concurrencial se encuentran contemplados en el artículo 9 de la LCD como ya se ha visto. En dicho artículo se establece una definición de los mismos y se establecen también las excepciones. Sin embargo, y como ocurre también con el derecho de daños, en el derecho que regula la competencia desleal la jurisprudencia tiene un papel central y de suma importancia. Es a través de una sólida y prolífica jurisprudencia como se ha tratado de ir perfilando un derecho concurrencial moderno y más eficiente. Es por ello que hemos considerado pertinente en este punto hacer un breve análisis de alguna de la jurisprudencia más relevante en la materia, con el objeto comprender mejor los criterios y razonamientos que operan en la aplicación de la LCD en el caso de los actos y manifestaciones que se consideran denigratorios, así como ya lo hemos hecho con la jurisprudencia en materia de derecho al honor.

A. El bien jurídico protegido en los actos de denigración

El bien jurídico protegido en el caso de los actos denigratorios que contempla la LCD es, como ya hemos tenido ocasión de mencionar, la competencia económica, y no solamente los intereses de los competidores o de los consumidores. Aunado a lo anterior, la competencia económica se protege también para poder garantizar la racional formación de las preferencias por parte de los consumidores dentro del mercado⁴⁶⁰. Ello contrasta con el bien jurídico que se protege en el artículo 18 CE, que es el derecho al honor como parte de los derechos de la personalidad. Es decir, se protege un derecho personalísimo y no una institución como puede ser la libre competencia. De hecho, uno de los argumentos que han hecho que prevalezca el derecho a la libre expresión e información sobre el derecho al honor es que se argumenta que la libertad de expresión protege además la formación de una opinión pública libre dentro de un Estado democrático, y ello se considera primordial a la protección de los derechos de una determinada persona. Sin embargo y como ya lo

⁴⁶⁰ Cfr. GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Ley de Competencia...*, ob. cit., p. 224.

hemos expresado, no coincidimos con dicha postura porque consideramos, al igual que lo hace la CE, que la protección al honor y a la dignidad de las personas es el fundamento de la paz social, y no simplemente la protección de un determinado individuo. Siendo así, la protección del honor protege también a la sociedad en general, como lo hace la protección a la competencia económica o a la opinión pública libre, de ahí nuestra opinión de que deben protegerse dichos derechos por igual sin preferencia predeterminada de uno sobre otro.

La prevalencia de la competencia económica como bien jurídico tutelado en la normativa concurrencial se puede observar en una variada jurisprudencia, entre la que cabría destacar la SAP Barcelona de 27 de mayo de 2005⁴⁶¹, en la cual se establece dentro de sus fundamentos de derecho que *“por más que el tipo pueda contribuir a la protección de la reputación del agente económico no debe olvidarse que el bien jurídico protegido no es la reputación en sí misma considerada, sino la competencia económica. Aquélla se protege en la medida que sea necesario para asegurar la racional formación de las preferencias y toma de decisiones de mercado por parte de los consumidores”*.

Así pues, si bien debe cuidarse a los consumidores y los intereses de los competidores, el bien jurídico protegido es sin lugar a dudas la competencia económica, garantizar el correcto funcionamiento del mercado. En la concepción de MARTÍNEZ SANZ *“la denigración es un acto de deslealtad frente al competidor porque dificulta el ejercicio de la actividad profesional del tercero privándole de la ventaja competitiva que le confiere*

⁴⁶¹ Cfr. SAP Barcelona de 27 de mayo de 2005, (AC 2005/1034). Dicha sentencia se refiere al litigio promovido por una empresa dedicada a la fabricación y comercialización de sistemas de implantes dentales (Impladent, SLA) contra una competidora (Kloclner, SA), acusando a la demandada de difundir que sus productos son copias de los productos de la misma y que el uso de dichos productos puede ocasionar infinidad de problemas. En dicha sentencia, la Audiencia revocó la dictada en primera instancia, que desestimaba la demanda, y ordenó cesar en dicho acto con la prohibición de publicar la nota en el futuro, además de que obligó a la demandada a la publicación de la sentencia en el mismo medio en que se había dado a conocer la nota, además de exigirle que les hiciera llegar la sentencia a quienes previamente le había hecho llegar la nota difamatoria. También se encuentra dicha interpretación recogida en otras sentencias, como la SAP Barcelona de 26 de enero de 2000, (AC 2000/688).

su reputación pero especialmente se trata de un acto de deslealtad frente a los consumidores ya que supone un medio adecuado para condicionar sus preferencias e influir en sus decisiones de contratar las prestaciones que se ofrecen en el mercado y entorpece su autonomía en la toma de decisiones en el mercado. Por tanto, a través del artículo 9 LCD se persigue proteger no sólo la reputación del competidor sino particularmente la propia competencia económica en el mercado, ya que, en definitiva, la denigración implica deslealtad tanto contra el competidor como contra los consumidores”⁴⁶². Resulta claro que la postura del autor coincide con lo manifestado por los tribunales, puesto que se enfatiza la convicción de que a través de la denigración en la LCD lo que busca protegerse no es solamente la reputación de un competidor dentro del mercado, sino el funcionamiento de éste en general, incluyendo los derechos del consumidor.

En sentido similar se ha posicionado LARA GONZÁLEZ, quien establece que *“la competencia desleal ya no persigue como fin primario la defensa de la posición adquirida por el empresario sino la protección de la competencia como tal”⁴⁶³, llegando a concluir que “a la luz de este modelo de configuración, que el bien jurídico directamente vulnerado en un acto de competencia desleal –en este caso por denigración- no resulta ser, de manera exclusiva y excluyente, el honor del empresario toda vez que no son tutelados sólo los intereses del mismo sino también los generales y los de los consumidores”⁴⁶⁴.*

Resulta pertinente citar igualmente lo que señala la SAP Cádiz de 15 de noviembre de 2003 en la que concretamente se expresa que *“lo que el artículo 9 intenta es proteger el principio de competencia basado en la eficacia de las prestaciones, tipificando como desleal el comportamiento consistente en emitir o divulgar manifestaciones sobre las*

⁴⁶² Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *ob. cit.*, p. 132.

⁴⁶³ Cfr. LARA GONZÁLEZ, Rafael, *ob. cit.*, p. 44.

⁴⁶⁴ Cfr. LARA GONZÁLEZ, Rafael, *ob. cit.*, p. 44.

prestaciones de un tercero que sean tendencialmente aptas para menoscabar su crédito en el mercado ya que con ello se obstaculiza indebidamente al competidor o se impide la libre y consciente decisión del consumidor” ⁴⁶⁵. Como considera MARTINEZ SANZ, resulta evidente que no solamente se toma en cuenta la posible lesión de los intereses particulares de un ente económico dentro del mercado, sino que pone especial énfasis en la potencial influencia ilícita que la acción denigratoria puede causar en el libre albedrío del consumidor, lo anterior con la intención de garantizar que la preferencia del mismo por algún producto o servicio es fruto de las prestaciones que se ofrecen y que son elegidas de manera razonada y libre⁴⁶⁶. Siendo así, lo que se vulnera no es solamente la reputación del empresario sino también los intereses de los consumidores.

En el mismo sentido se expresa la famosa y multicitada sentencia sobre el caso entre Freixenet y Codorníu, la SAP Barcelona de 14 de enero de 2003, cuando señala que *“el bien jurídico protegido no es la reputación en sí misma considerada, sino la competencia económica. Aquella se protege en la medida en que sea necesario para asegurar la racional formación de las preferencias y toma de decisiones de mercado por parte de los consumidores”*⁴⁶⁷. Dicha sentencia resultó ser una de las más trascendentes en la materia, puesto que las partes en litigio eran marcas sumamente conocidas y con una sólida presencia dentro del mercado, por lo cual la resolución judicial sentó un importante precedente al considerar que lo más importante no eran en sí los competidores económicos y que lo que había que proteger era al mercado y la competencia. Más adelante retomaremos la sentencia puesto que no solamente aclara el criterio del bien jurídico protegido sino otros más.

⁴⁶⁵ Cfr. SAP Cádiz de 15 de noviembre de 2003, (JUR 2004, 64135).

⁴⁶⁶ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, Fernando, ob. cit., pp. 132-133.

⁴⁶⁷ Cfr. SAP Barcelona de 14 de enero de 2003, (JUR 2004, 14172).

Como puede observarse, los doctrinistas parecen coincidir con los órganos jurisdiccionales en este tema, a pesar de que existe también jurisprudencia que ha señalado que el artículo 9 LCD está destinado específicamente a proteger a quienes operan dentro del mercado. Como ya hemos señalado, no consideramos que lo uno excluya lo otro. Entre mayor protección exista a quienes operan dentro del mercado, y se eviten conductas desleales que puedan denigrarlos, habrá una mayor protección a los consumidores que podrán tener elementos más certeros de juicio al tomar sus decisiones de carácter económico, generando con ello un mejor funcionamiento del mercado en general.

Aunado a lo anterior conviene recordar que una de las pretensiones que tiene la LCD es la de mantener una transparencia dentro del mercado de manera que los consumidores puedan ver con claridad lo que en él acontece, y basar la competencia en la eficiencia de las prestaciones y no en otros factores. Por ello el artículo 9 LCD describe como desleales los actos de denigración en los que incurre quien emite o difunde manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones de un tercero, con tal de que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, siempre y cuando no cumplan con ser exactas, verdaderas y pertinentes, puesto que dichas manifestaciones dañan severamente el funcionamiento del mercado y a sus participantes, no permitiendo que haya transparencia y veracidad en la información que reciben los consumidores.

B. La aptitud de las manifestaciones y el animus injurandi

Existe variada jurisprudencia que trata el asunto de la aptitud de las manifestaciones para ser denigratorias y del *animus injuriandi*. Aquí referiremos alguna de la más destacada, en la cual pueda perfilarse un criterio de acuerdo con la autoridad jurisdiccional. En primer término queremos recordar la consideración de lo que es denigración de acuerdo con el Tribunal Supremo, que en la STS de 1 de abril de 2004 señala que se entiende ésta como *“la propagación a sabiendas de falsas aseveraciones*

*contra un rival con objeto de perjudicarle comercialmente; es decir, actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto; o la difusión de aseveraciones falsas en su perjuicio*⁴⁶⁸.

En dicha sentencia, además del concepto de denigración, se trataba ya el tema precisamente de las aserciones que podían tomarse como denigratorias, considerando que no podía ser tal una manifestación que estaba sustentada en la realidad, especificando que *“no conforma un menoscabo ilícito del crédito de una empresa, sino la comunicación de una percepción de la realidad comercial. Comunicación que –por cierto- también se realiza a la competidora directa (requerimiento de 18 de abril de 1994) y percepción ajustada a realidades objetivas y objetivables.”* Posteriormente el Tribunal Supremo confirmaría la sentencia de la Audiencia Provincial utilizando los mismos razonamientos, arguyendo también la exigencia de que las falsas aserciones se realizaran a sabiendas y con objeto de perjudicarle comercialmente, es decir, que existiera un *animus injuriandi*, asunto que GARCÍA PÉREZ considera incorrecto puesto que dicha exigencia no la requiere el artículo 9 y *“es contrario a la concepción del acto de competencia desleal como ilícito objetivo”*. El autor también ha considerado que lo

⁴⁶⁸ El asunto objeto de dicha resolución se refiere a la demanda que entabló la empresa Orduyar, SL en contra de D. Gonzalo, D. Bruno y otros, acusándolos como responsables directos de actos de competencia desleal de acuerdo con el artículo 11 de la LCD, en virtud de haber difundido en el mercado manifestaciones respecto de la ilegalidad de una máquina de zumos denominada “Zunar 22”, llevando al menoscabo de su crédito dentro del mercado y haciendo que sus ventas cayeran significativamente. La resolución de la Audiencia Provincial estableció que de las pruebas practicadas no se encontraba que los demandados hubieran cometido actos de denigración, ello atendiendo a la “sana crítica”. Señalaba también que *“existe una creencia por parte de los hermanos Gonzalo Bruno de su derecho preferente, prioritario a la fabricación de una máquina igual o similar a la comercializada conjuntamente con “Orduyar, SL” y así lo exponen a los diversos proveedores –hoy codemandados-, amparándose, además, en la mecánica dimanante de la Propiedad Industrial. Eso no conforma un menoscabo ilícito del crédito de una empresa, sino la comunicación de una percepción de la realidad comercial. Comunicación que –por cierto- también se realiza a la competidora directa (requerimiento de 18 de abril de 1994) y percepción ajustada a realidades objetivas y objetivables (Registro de la Propiedad Industrial).”* Cfr. STS de 1 de abril de 2004, (RJ 2004/1964). De igual manera se han expresado la SAP Madrid de 14 de diciembre de 2004, (JUR 2005/34337) y la SAP Madrid de 8 de mayo de 2006, (JUR 2006/188123) como ya se ha mencionado.

fundamental en dicho caso no era la convicción de los autores de las aseveraciones de que tenían un derecho preferente, sino que era exacto y verdadero que dicho derecho efectivamente existía⁴⁶⁹.

En coincidencia con lo anterior, si se analiza la SAP Sevilla de 8 de febrero de 2007 podemos encontrar al respecto que se manifiesta igualmente en contra de dicho criterio de exigir que las acciones se realicen intencionadamente, señalando en un caso de publicidad denigratoria, que *“aunque no hubiera intención de denigrarles, lo importante es que el anuncio supone una actuación que objetivamente comporta ese resultado, y así lo pueden entender, al leerlo, sus destinatarios, los consumidores medios, siendo ello suficiente para constituir el supuesto de publicidad ilícita antes indicado”*⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Cfr. GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Ley de Competencia...*, ob. cit., p. 225. El autor señala que la SAP Madrid de 8 mayo 2006, (JUR 2006/ 188123) comete el mismo error al establecer lo siguiente: *“Pero es que además si la denigración, según la STS de 1 de abril de 2004 (RJ 2004/1964), debe ser entendida como “la propagación a sabiendas de falsas aseveraciones contra un rival con objeto de perjudicarlo comercialmente; es decir, como la actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto; o la difusión de aseveraciones falsas en su perjuicio”, tampoco puede extraerse del contenido de los requerimientos de autos dicha finalidad, por cuanto, como ya anticipábamos, los requerimientos concluyen de manera clara e indubitada con la advertencia de la posesión o el almacenamiento del producto de la actora podría ser “susceptible”, es decir, apto o posible, de infringir derechos de propiedad industrial que la demandada invocaba poseer, con lo que puede concluirse que falta el propósito denigratorio de obstaculizar al competidor.”* Como puede observarse, se recurre al mismo razonamiento jurídico erróneo de acuerdo con GARCÍA PÉREZ y que nosotros compartimos. En el mismo sentido Vid. MASSAGUER, *Comentario a la Ley...*, ob. cit., p. 300.

⁴⁷⁰ SAP Sevilla de 8 de febrero de 2007, (JUR 2007/88282). El caso se refería concretamente a un asunto en el cual el Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Andalucía demandó al Colegio Oficial de Odontólogos de Sevilla por una campaña promovida por este último en la que se aludía al supuesto hecho de que a consecuencia de un tratamiento a través de prótesis se había producido una deformación en la dentadura, y se generalizaba que dicha deformación se extendía a todas las prótesis. Se acusaba de ataque a la dignidad, prestigio e imagen en general de los protésicos dentales. En primera instancia la autoridad judicial estimó la demanda condenando a la demandada al cese de la publicidad, prohibiéndole su reiteración en el futuro en cualquier medio de comunicación, ordenándole la retirada de todos los carteles publicitarios de clínicas dentales, farmacias y cualquier otro lugar de exhibición pública. En el recurso de apelación tramitado ante la Audiencia Provincial por la demandada se desestimó dicho recurso y confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia.

Coincidimos con la apreciación de que no es necesario que exista la intención de denigrar para que el acto se considere desleal, por la simple y sencilla razón de que la Ley no establece un *animus injuriandi*. El acto desleal debe ser considerado como un ilícito objetivo, donde lo fundamental es la aptitud del mismo para denigrar, y no la intención con la que se realice. En la STS de 22 de marzo de 2007 el Tribunal Supremo sentaría de nuevo jurisprudencia al respecto en un asunto en el que revisaba una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de febrero de 2000, señalando que *“aún en el caso de que se estime concurrente el requisito genérico de que se trata, por ser el acto denunciado idóneamente competitivo, es preciso, para que quepa apreciar el ilícito de denigración (art. 9 LCD), que las manifestaciones sean aptas para menoscabar el crédito en el mercado. Y al respecto, si bien es cierto que no se requiere un ánimo específico de denigrar, ni de producir la alteración de la reputación del competidor, ni que la comunicación haya tenido eficacia, sin embargo ha de existir la idoneidad o aptitud del acto, sin que su objetividad se pueda medir como pretende el recurrente por la opinión de una sola persona, y sin tomar en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso, y entre ellas el contexto en que se produjeron las manifestaciones y la finalidad”*... *“...En el caso, habida cuenta las circunstancias que se expresan en el fundamento sexto de la resolución recurrida, y su valoración conjunta, no permiten sentar la existencia del requisito de la aptitud para menoscabar el crédito en el mercado de la actora, ni es tal la finalidad de la Sección de la Revista de la demanda, por lo que con independencia del juicio que pueden merecer en otras perspectivas las expresiones litigiosas, no concurre el ilícito del art. 9 LCD que constituye el objeto exclusivo del proceso. Por consiguiente, la decisión de la Sentencia impugnada es razonable y el motivo decae...”*⁴⁷¹.

⁴⁷¹ Cfr. STS de 22 de marzo de 2007, (RJ 2007/1791).

Sobre esta sentencia⁴⁷², FERNÁNDEZ TORRES enfatiza que *“lo único que exige el referido precepto para considerar desleales aquellos actos es que sean aptos para producir el menoscabo”*, lo cual no se da en este caso de acuerdo con el órgano jurisdiccional. Y por lo que se refiere a la aptitud objetiva para llevar a cabo el menoscabo del crédito en el mercado o alterar la reputación comercial, la autora enfatiza que *“el Tribunal estima que el caso de autos no cabe sentar la existencia de requisito de la aptitud para menoscabar el crédito en el mercado de la actora ni es tal la finalidad de la Sección de la Revista, por lo que no concurre el ilícito del art. 9 LCD”*⁴⁷³. Es decir, que lo determinante de la manifestación para ser considerada como ilícita es la aptitud para menoscabar el crédito de un tercero, y no así que sea hecha con el ánimo de perjudicar o denigrar.

Como puede observarse en los extractos de las resoluciones referidas resulta claro que no es necesario que haya una intención denigratoria para que pueda darse el acto desleal y que lo importante es que las manifestaciones sean aptas para denigrar. Así, la consideración esencial al momento de definir lo que es la denigración radica precisamente en que los actos denigratorios sean aquellos en los cuales existe la aptitud para que puedan menoscabar el crédito de un tercero dentro del mercado, y no tanto la intención con la que se produzcan.

Sin embargo, no ha faltado jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sembrado dudas al respecto de la objetividad al momento de determinar la aptitud de las manifestaciones para denigrar. Tal es el caso de la STS de 3 de febrero de 2005⁴⁷⁴, que trata el asunto de una publicación hecha en una revista de un supermercado en la cual

⁴⁷² El caso trata sobre la demanda que la entidad mercantil Hobby Press, S.A. interpuso por competencia desleal en contra de la sociedad Ediciones Mensuales, S.A., por supuestas burlas e ironías hechas a través de una revista propiedad de la demandada sobre la información que la demandante difunde en otro medio impreso referente a consolas y videojuegos.

⁴⁷³ Cfr. FERNÁNDEZ TORRES, Isabel, “Competencia Desleal y Publicidad”, en *RCD*, No. 2, 2008, pp. 421-422.

⁴⁷⁴ Cfr. STS de 3 de febrero de 2005, (RJ 2005/1458).

se hacía una comparación de quesos de distintas marcas, señalándose que uno de ellos contenía bacterias que podían resultar dañinas para la salud. Ante dicha afirmación, la fábrica de los referidos quesos demandó a la empresa que publicó la revista por considerar que dicha manifestación era denigratoria de acuerdo con el artículo 9 LCD. En casación el Tribunal Supremo ratificó la decisión de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que determinó que no existía denigración por carecer la publicación ya mencionada de finalidad concurrencial. Concretamente, la autoridad jurisdiccional manifestó que *“la publicación de un artículo informativo, que no denigratorio, por una sociedad o asociación o cooperativa de consumidores, sobre un bien de consumo, no estaría jamás en el ámbito de la competencia desleal”* y concluyó que *“no se ha producido, pues, acto alguno de competencia desleal, con fines concurrenciales; la sociedad demandada no es una empresa concurrente, su publicación no se incardina en los artículos 1 y 2 de la Ley de Competencia Desleal.”*

El problema de la anterior argumentación radica, como bien lo establece RUBI I PUIG, en el subjetivismo que entraña. Señala el autor que en dicha resolución se echa por tierra el sustrato objetivista del artículo 2 LCD, y se vuelve a un análisis subjetivo donde se presumen las intenciones a pesar de que objetivamente hablando la publicación pueda resultar apta para denigrar⁴⁷⁵. Ello es, desde nuestro punto de

⁴⁷⁵ De acuerdo con RUBI I PUIG la idoneidad objetiva puede apreciarse en tres factores: *“(1) Revista corporativa como estrategia publicitaria: la publicación por parte de sociedades ajenas al mercado editorial dirigidas a reforzar una determinada reputación de marca o imagen corporativa ha aumentado considerablemente en los últimos años y, de hecho, no pueden rehuir la aplicación de la legislación y la normativa autorregulada en materia de publicidad...”* *“(2) Posibilidad, aunque remota, de “chantaje reputacional”. Objetivamente, el caso se asemeja al supuesto de un medio de comunicación que informa negativamente sobre los productos de una empresa que rechaza realizar inversiones publicitarias en él...”* *“(3) Además, como último indicio objetivo, podemos parar mientes a las implicaciones del supuesto de hecho desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Podrían existir, aunque no se ha probado en el litigio, pactos para desplazar a un participante en un determinado mercado; o presiones directas o indirectas para la modificación de las condiciones de un contrato o la terminación del mismo (oportunismo ex post contrato): por ejemplo, imaginemos una cláusula contractual que permitiera al supermercado que no llega a una determinada cantidad de ventas del producto anular determinados pedidos (véanse artículos 6.1 b); 6.2*

vista, perjudicial para la protección que pretende brindar la LCD en los casos de denigración, puesto que hace depender la denigración no de la aptitud de las manifestaciones para denigrar, sino de su intención, con las complicaciones que ello conlleva. En este caso en específico, resultan endeble los razonamientos del Tribunal al señalar que no hay intención concurrential en la publicación, siendo que podría alegarse con toda claridad que la empresa que publica y que además vende los productos podría tener un interés en referirse a ellos en buenos o malos términos y compararlos, para modificar con ello la preferencia de los consumidores⁴⁷⁶. Siendo así, probar la intención de la publicación resultaría muy complicado, pero objetivamente hablando el daño que ha causado a la reputación comercial de la productora de quesos es evidente e incuestionable, y dicha aptitud de menoscabar su crédito, aunado a que la publicación podría verse también como idónea para promover los otros productos que aparecen en la comparativa, serían sin duda elementos suficientes para considerar que las manifestaciones podrían ser denigratorias.

Es por ello que reafirmamos nuestra consideración de que la definición básica de denigración se encuentra claramente perfilada en la LCD a través de su artículo 9, y que las interpretaciones jurisprudenciales no deben desvirtuar la intención del legislador de proteger el mercado en contra de los actos que puedan menoscabar la reputación comercial de un tercero dentro del mercado y generar con ello que los consumidores no tengan elementos claros y verdaderos de juicio al momento de tomar sus decisiones. De igual manera, no debemos olvidar que el artículo 2 LCD contiene un sustrato de objetividad al momento de juzgar los actos y las

b), y 6.2 c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia)". Cfr. RUBI I PUIG, Antoni, "Competencia Desleal y Libertad de Expresión", en *InDret*, No. 3, Barcelona, julio de 2005, pp. 5-6.

⁴⁷⁶ Conviene mencionar que en ocasiones los actos denigratorios pueden ser también actos de comparación que podrían calificarse de desleales cuando se muestran las bondades de determinado producto en detrimento de otro. Vid. BARONA VILAR, Silvia, *Competencia Desleal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 59.

manifestaciones que contraviene la intención de querer establecer un *animus injuriandi* en los mismos para poder considerar que son denigratorios.

C. Elementos del tipo

De acuerdo con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo encontramos que los elementos del tipo, en el caso de los actos denigratorios, se enumeran claramente en la STS de 11 de julio de 2006, que señala respecto de los actos denigratorios que *“en ellos deben presentarse estos elementos: a) el menoscabo de la reputación y el crédito del tercero en el mercado, como así se deduce de la sentencia de 20 marzo 1996 (RJ 1996/2246); b) la falsedad; c) que sean pertinentes, y d) que tengan finalidad concurrencial.”*⁴⁷⁷. Sin embargo, es la Audiencia Provincial de Barcelona la que de manera más completa establece dichos elementos en la SAP Barcelona de 26 de enero de 2000, señalando que el comportamiento denigratorio es *“Ese comportamiento (a) de mera emisión, de difusión o divulgación de manifestaciones; (b) inexactas, absolutamente (no verdaderas) o relativamente, e impertinentes (en consideración a las circunstancias, a la partición en el mercado de los afectados y a la adopción, por el destinatario, de conscientes decisiones en el mercado); (c) sobre las prestaciones, el establecimiento o relaciones mercantiles de un tercero; (d) ha de ser apto o adecuado, objetivamente, cualquiera que sea el propósito que anime a la autor; (e) para*

⁴⁷⁷ Cfr. STS de 11 de julio de 2006, (RJ 2006/4977). La sentencia se refiere al recurso de casación que se solicitó en el caso de la demanda de la mercantil Crealia SL y D. Claudia contra D. Juan Pedro, D. Jose Francisco, D. Fermín y contra la mercantil Grupo BANKOMART SL; en reclamación de daños y perjuicios y por competencia desleal al haber hecho declaraciones y enviado cartas que presumiblemente dañaban la reputación comercial del demandante. En primera instancia la autoridad judicial de Valencia falló desestimando la demanda y absolviendo a los demandados, condenando a la parte actora al pago de las costas procesales. En recurso de apelación por parte del demandante, la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia estimando en parte el recurso interpuesto por Crealia SL y D. Claudio, revocando así la sentencia impugnada y reconociendo actos de competencia desleal en su actuación, condenando a los demandados a que publicaran la sentencia y a que pagaran daños y perjuicios a la parte actora. En recurso de casación, la autoridad resolvió revocar el pago de daños y perjuicios y mantuvo el resto de la sentencia recurrida.

menoscabar el crédito en el mercado del competidor, esto es, para lesionar su reputación o prestigio”⁴⁷⁸.

Por ello se entiende que la deslealtad por actos denigratorios se genera solamente si tales actos se producen dentro del mercado y con finalidad concurrencial, siempre y cuando los mismos sean aptos para menospreciar el crédito o reputación de un competidor dentro del mercado. De entre los elementos que constituyen el tipo, el fundamental es la aptitud para menoscabar el crédito de un tercero dentro del mercado, puesto que sin ella no hay denigración⁴⁷⁹. Como ya hemos señalado se trata del elemento objetivo que pretende dar una mayor certeza en la protección de la reputación comercial de cualquier competidor.

En referencia con lo anterior, LARA GONZÁLEZ considera que la “consecuencia última” de las manifestaciones denigratorias debe consistir en el “desvalor credencial” que sufriría el ente económico dentro de su ámbito comercial o empresarial, lo que genera que la característica esencial que determina que una acción es denigratoria es

⁴⁷⁸ Cfr. SAP Barcelona de 26 de enero de 2000, (AC 2000/688). Sentencia sobre apelación referente al caso entre los fabricantes de cava CODORNIU SA. y CASTELLBLANCH SA., en el cual el primero demandó al segundo por actos desleales consistentes en el aprovechamiento indebido de su prestigio. En primera instancia se estimó parcialmente la demanda impuesta por CODORNIU, señalando que CASTELLBLANCH había realizado de forma dolosa varios actos de competencia desleal entre los que se encontraban tener un comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe, utilizar y difundir indicaciones incorrectas que inducen a error a la clientela, aprovecharse de forma indebida y en beneficio propio de las ventajas competitivas que ha obtenido mediante la infracción de normas jurídicas de elaboración y comercialización del cava, logrando con ello ahorro de costes y aumentos de beneficios que le permiten competir de forma desleal en el mercado en detrimento de CODORNIU. Por ello se condenó a CASTELLBLANCH a cesar en los actos de competencia desleal, prohibiéndole fabricar y comercializar cava si no se cumplía con sus requisitos de fabricación, y además se le obligó a retirar su producción del mercado. Así mismo, se le obligó a pagar daños patrimoniales a CODORNIU y a publicar la sentencia. Los restantes pedimentos fueron desestimados. La sentencia de apelación desestimó el recurso que había interpuesto CODORNIU y obligó a las dos partes a retirar sus botellas del mercado que habían sido puestas indebidamente. Cabe mencionar que en el mismo sentido de esta sentencia se manifiestan la SAP Barcelona de 14 de enero de 2003, (JUR 2004, 14172) y la SAP Vizcaya de 8 de febrero de 2001, (JUR 2001, 298188).

⁴⁷⁹ Cfr. GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Ley de competencia...*, ob. cit., pp. 227 y ss.

precisamente su aptitud para provocar el menoscabo del crédito de un tercero en el mercado⁴⁸⁰. En este punto coincidimos plenamente tanto con el autor como con la autoridad judicial al establecer de manera clara que cuando una manifestación es apta para provocar un menoscabo en el prestigio de un tercero es sin duda desleal, no importando la motivación de dicha manifestación ni su intención, asunto sobre el cual ya nos hemos pronunciado. Así mismo, la exigencia de la idoneidad de las manifestaciones ilícitas para ser razonablemente creíbles para aquellos a quienes van dirigidas queda plasmada a través de la SAP Barcelona de 26 de octubre de 2005 cuando señala que *“la deslealtad del comportamiento se ha de condicionar a criterios de verosimilitud y atendibilidad de las manifestaciones por parte del sujeto destinatario, esto es, a la idoneidad de la manifestación para ser razonablemente creíble por el círculo de destinatarios efectivos del acto considerado”*⁴⁸¹.

Por lo que respecta al requisito que se exige de la realización o difusión de las manifestaciones, las autoridades judiciales han establecido que *“es bastante para la apreciación del ilícito la simple puesta en conocimiento de terceros, cualquiera que sea el alcance efectivo de la divulgación y del medio empleado”*.⁴⁸² De igual manera, la misma Audiencia Provincial de Barcelona ha determinado en la SAP Barcelona de 14 de enero de 2003 que *“el acto denigratorio comprende tanto la modalidad de manifestación de carácter informativo como aquellas otras de carácter evocativo, cuando se asocia la persona, prestaciones, actividad o establecimiento afectados a una determinada imagen o idea”*⁴⁸³.

En una consideración que resulta central, la relativa al *“animus injuriandi”* que ya hemos comentado y que es un elemento subjetivo, encontramos que no se considera

⁴⁸⁰ Cfr. LARA GONZÁLEZ, Rafael, *ob. cit.*, pp. 109 y ss.

⁴⁸¹ Cfr. SAP Barcelona de 26 de octubre de 2005, (AC 2006/216).

⁴⁸² Cfr. SAP Barcelona de 27 de mayo de 2005, (AC 2005/1034).

⁴⁸³ Cfr. SAP Barcelona de 14 de enero de 2003, (JUR 2004/14172).

que sea un requisito del tipo, lo mismo que sucede con la necesidad de una actuación culpable. Al respecto la jurisprudencia que se asienta en la SAP Madrid de 14 de julio de 2006 estatuye que precisamente el artículo 9 de la LCD "*no precisa actuación culpable por parte del que emite la afirmación denigratoria ni tampoco animus injuriandi*"⁴⁸⁴, dejando claro que la intencionalidad no se encuentra contenida dentro del texto legal y que si se cumplen los requisitos de que la manifestación sea hecha dentro del mercado y sea apta para denigrar, no es necesario que exista una intención de denigrar para considerar que se trata de un acto ilícito.

Es menester señalar que para llevar a cabo la apreciación del carácter denigratorio de la manifestación, la misma debe hacerse a través de la consideración en conjunto de la misma, analizando todos sus elementos y circunstancias y no simplemente de manera aislada o dividiéndola en partes, fragmentándola⁴⁸⁵. Para ello resulta útil tomar el ya citado ejemplo de la SAP Madrid de 14 de julio de 2006, que lleva a cabo un análisis detallado de las circunstancias del caso, como puede verse en los siguientes extractos que hemos escogido que ejemplifican lo que se toma en cuenta en dicho análisis por parte de la autoridad:

"Respecto a la interpretación del artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal (RCL 1991/71) este tribunal, siguiendo la mejor doctrina al respecto, entiende que lo

⁴⁸⁴ Cfr. SAP Madrid de 14 de julio de 2006, (AC 2006/1615). Dicha sentencia se refiere al recurso de apelación en la demanda que interpuso El Derecho Editores SA contra La Ley Actualidad SA, acusando a los primeros de actos denigratorios por el artículo publicado en el suplemento jurídico del diario Expansión de fecha 1 de febrero de 2005, en el que se afirmaba que, según sentencia firme, el demandante se había aprovechado de las bases de datos de Aranzadi para ganar el concurso de suministro de las bases de datos del CGPJ, afirmación que según la parte actora no era ni exacta ni verdadera. En primera instancia la autoridad judicial desestimó la demanda y condenó al demandante al pago de costas. Sin embargo, la apelación fue estimada por la Audiencia Provincial de Madrid, cuyo fallo consistió en revocar la sentencia de primera instancia y declarar que las afirmaciones de La Ley Actualidad SA sí se consideraban como actos ilícitos en materia concurrencial, exigiéndole la publicación en el mismo diario Expansión de la aclaración de que de la información proporcionada era inexacta. De igual manera se les condenó a publicar la sentencia en los diarios EL PAIS y ABC y al pago de costas.

⁴⁸⁵ Así lo considera MASSAGUER. Cfr. MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley...*, ob. cit., p. 300.

relevante para la aplicación de ese tipo legal es que el demandado haya puesto en conocimiento de terceros, por cualquier medio, manifestaciones que no siendo exactas, verdaderas y pertinentes puedan menoscabar la reputación en el mercado de un agente económico...” “...para escapar al reproche de deslealtad los atributos de exactitud y veracidad de la manifestación denigratoria deben suponer una correspondencia estricta entre lo manifestado y la realidad, de modo que se garantice el correcto entendimiento por parte de los destinatarios de la misma...” “...el requisito de la exactitud en la manifestación realizada cobra especial relevancia en el ámbito concurrencial, pues se trata de una exigencia legal expresa para que concurra la exención de responsabilidad al ilícito tipificado en el artículo 9 de la LCD, por lo que se deberá ser riguroso al examinarlo...” “...para analizar los requisitos de veracidad y exactitud de la noticia publicada por parte de la demandada debe partirse del análisis de la resolución judicial a la que la misma hace referencia...” “...la noticia publicada por La Ley es más que cuestionable como verdadera y, desde luego, cabe sostener que no cumple con el requisito de exactitud, pues atribuye a la sentencia lo que no es sino un hecho imputado por la propia demandada...” “...es precisamente en lo relativo a la inexactitud de la noticia donde se revela que la actora tenía motivos para accionar al amparo del artículo 9 de la LCD...” “...no debe perderse de vista el contexto en que se presenta la misma, ya que el suplemento que la incluye va dirigido a juristas o personas interesadas en lo jurídico por lo que remarcar que el hecho que se relata está contemplado en una sentencia firme conlleva el entendimiento por los destinatarios...” “...no se trata de exigir la literalidad de la noticia, pero sí, cuando menos, un mínimo de rigor, sobre todo cuando la misma no procede de un informador imparcial, que pudiera haber sido impreciso en la interpretación de la sentencia y quisiera, de alguna forma, tratar de ampararse en el derecho a la información, sino que proviene, pues es quien la suscribe, de un directo competidor de la denigrada, que es perfectamente consciente del alcance de sus manifestaciones.”

El extracto anterior ha sido citado con la intención de que pueda notarse el minucioso análisis que la autoridad judicial realiza de todas las circunstancias del caso para

llegar a una conclusión. En dicho análisis podemos ver claramente presentes los elementos esenciales que constituyen el acto denigratorio: se habla de las manifestaciones que deben ser puestas en conocimiento de terceros, se establece que las mismas solamente serán legítimas cuando cumplan con el criterio de ser exactas, verdaderas y pertinentes, es decir, cuando estén apegadas a la realidad y generen en los destinatarios el efecto adecuado. El Tribunal se encarga así mismo de establecer algunas consideraciones que vale la pena rescatar, como el señalamiento de que cuando se difunde una noticia no se exige literalidad, pero sí un mínimo rigor, consideración con la que estamos de acuerdo. No se trata de fustigar a quien ejerce su derecho a informar, pero sí de pedirle que ejerza dicho derecho con responsabilidad. Así mismo, la autoridad jurisdiccional deja claro una vez más que la protección esencial en el caso de los actos denigratorios es a la libre competencia, y no a los participantes dentro del mercado.

Como se ha visto en la jurisprudencia citada en este apartado, los elementos esenciales para que pueda considerarse que una manifestación es denigratoria se componen de la difusión de la manifestación en sí, que sea inexacta, que verse sobre las manifestaciones de un tercero y que sea apta para menoscabar su reputación o prestigio dentro del mercado. El aspecto subjetivo tan comentado referente al ánimo de denigrar no debe considerarse como un elemento indispensable para determinar si existe o no la denigración, si bien es cierto que algunas resoluciones jurisdiccionales lo toman en cuenta en algunos casos dentro del contexto y análisis general de los mismos.

D. La veracidad, exactitud y pertinencia de las manifestaciones

La importancia de estos tres criterios, que se enmarcan dentro de la denominada *exceptio veritatis* que ya hemos analizado tanto en la normativa concurrencial como en el marco del derecho al honor, radica en el hecho de que no todas las manifestaciones que sean aptas para provocar un menoscabo en el crédito de un tercero pueden

considerarse como desleales si están amparadas por la misma. Así, no se reputarán como desleales aquellas manifestaciones denigratorias con referencia a un competidor en el mercado cuando éstas sean verdaderas, exactas y pertinentes, aun en el supuesto de que pudieran menoscabar el crédito de dicho competidor. Al respecto señala la SAP Barcelona de 14 de enero de 2003 que *“es tolerado por la norma el menoscabo del crédito en el mercado si está amparado por la exceptio veritatis en términos de exactitud y veracidad, y además es pertinente (lo que se justifica por la tutela constitucional del derecho a la información veraz, y por las exigencias mismas de la competencia económica al ser presupuesto necesario para la racionalidad del comportamiento del consumidor en el mercado). En virtud de lo anterior, la Ley pide que para que las manifestaciones no se consideren ilícitas deben estar amparadas por la exceptio veritatis, es decir, deben ser exactas, verdaderas y pertinentes, entiendo ello como que “deben corresponderse con la realidad, provocar en los destinatarios una representación fiel de ésta y que se refiera a extremos concernientes a la participación en el mercado de los afectados”*⁴⁸⁶. Así mismo, la STS de 4 de junio de 2002 ha declarado que la *exceptio veritatis* está admitida de manera expresa como “enervatoria” de la acción en referencia con los actos denigratorios⁴⁸⁷. En esta misma sentencia se expresa que el requisito de veracidad se cumpla de manera completa y recta, y no solamente de manera parcial o sesgada. Los tres requisitos, que sean las manifestaciones exactas, verdaderas y pertinentes, se exige que sean cumulativos, como señala la SAP Valladolid de 3 de mayo de 2005 al señalar que *“no basta con que las manifestaciones sean verdaderas, porque también han de reunir los conceptos de exactas y pertinentes”*⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Cfr. SAP Barcelona de 14 de enero de 2003, (JUR 2004/14172).

⁴⁸⁷ Cfr. STS de 4 de junio de 2002, (RJ 2002, 4978).

⁴⁸⁸ Cfr. SAP Valladolid de 3 de mayo de 2005, (JUR 2005/134171).

Si bien los criterios de exactitud y veracidad pueden parecer iguales o similares, ya hemos dejado claro con anterioridad que no es así, y en este punto queremos citar la jurisprudencia de los Tribunales que se ha encargado de explicitar la diferencia entre ambas, como es el caso de la SAP Barcelona de 27 de mayo de 2005 que señala que *“el acto que ocasiona el descrédito en el mercado sólo es desleal si se sustenta en hechos que no son exactos y verdaderos. Exactitud entendida en el sentido de que la información difundida se corresponda con la realidad de las cosas, y veracidad, que implica que en todo caso provoque en sus destinatarios una representación fiel de la realidad de las cosas. No hay veracidad si a la vista de los términos empleados, del contexto de la comunicación y de las circunstancias que las rodean, son comprendidas de forma incorrecta por sus destinatarios, o proporcionan una representación que no se corresponde enteramente con la realidad de las cosas”*⁴⁸⁹.

Al respecto, BLANCO-MORALES ha sintetizado señalando que *“no se considera denigración realizar afirmaciones que, aunque peyorativas, sean exactas, verdaderas y pertinentes. La exceptio veritatis supone que el acto anticoncurrencial de denigración requiere que las manifestaciones sean inciertas por no poder responder a la verdad o que a la vista de los términos empleados, del contexto y demás circunstancias sean inexactas. Veracidad y exactitud que han de apreciarse en un contexto objetivo.”*⁴⁹⁰ Por ello, para poder considerar que una manifestación es lícita desde el punto de vista de la competencia, es necesario que la misma sea verdadera, entendiéndose por ello que debe provocar en los destinatarios una fiel representación del hecho que se está difundiendo, es decir, que resulta definitiva la apreciación del mensaje que tienen aquellos a quienes está dirigido.

⁴⁸⁹ Cfr. SAP Barcelona de 27 de mayo de 2005, (AC 2005/1034).

⁴⁹⁰ Cfr. BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “Derecho de defensa y libertad de expresión vs denigración, comentario a la STS, Sala 1ª, 83/2014, de 4 de marzo”, en *DLL*, no. 8302, LA LEY, Madrid, 2014.

Sobre este criterio nos encontramos con que la SAP Barcelona de 26 de octubre de 2005 nos da una pauta clara de lo que representa el mismo al tratar el conocido caso de la tienda exclusiva PRONOVIAS, donde se señala con claridad que *“la deslealtad del comportamiento se ha de condicionar a criterios de verosimilitud y atendibilidad de las manifestaciones por parte del sujeto destinatario, eso es, a la idoneidad de la manifestación para ser razonablemente creíble por el círculo de destinatarios efectivos del acto considerado. En el caso, por más que el comentario origine descrédito, no puede entenderse sino como una exageración que el destinatario Sr. Leonardo, agente de Pronovias en USA, no puede razonablemente tomar en serio.”* Y continúa clarificando con referencia al asunto que *“el mensaje que transmite al interlocutor, colaborador comercial del sujeto pasivo, en un contexto de crítica hacia el competidor, es el de un desacuerdo, en términos exagerados, con la estrategia comercial y técnicas empresariales seguidas por el Sr. Humberto, más bien encuadrable en el ámbito de la libertad de expresión y crítica dirigida al antiguo empleador. Podrán ser reprobables los términos empleados desde el punto de vista ético y de cortesía humana, pero quedan fuera del alcance de la norma concurrencial que tipifica el acto desleal de denigración”*⁴⁹¹.

La sentencia es reveladora y muy clara en el sentido de que no bastan las simples manifestaciones aparentemente denigratorias para que la conducta se considere desleal. Es necesario que dichas manifestaciones sean verosímiles, que sean creíbles para quien tiene conocimiento de ellas, y que no sean simples exageraciones o dichos carentes de toda credibilidad. Las manifestaciones deben ser idóneas para menoscabar el crédito de un competidor entre el círculo de quienes las reciban. Cuando no se da este supuesto, no puede existir denigración. Sumamente directa es respecto de dicho criterio la SAP Barcelona de 31 de diciembre de 2002 cuando establece que *“la licitud de la conducta deberá ponderarse de acuerdo con el triple*

⁴⁹¹ Cfr. SAP Barcelona de 26 de octubre de 2005, (AC 2006/216).

*control que establece la norma: exactitud, veracidad y pertinencia, aceptado que la información difundida, referida a la prestación de la actora, es menospreciante y por ello idónea para causar lesión a su reputación comercial o menoscabo de su crédito en el mercado, valorada la reacción esperable del círculo de destinatarios*⁴⁹².

Resulta evidente que la mencionada reacción en el círculo de destinatarios es determinante al momento de evaluar la deslealtad de una manifestación y calificarla de denigratoria. En lo que respecta al criterio de pertinencia, que es el tercero de los que componen la *exceptio veritatis*, los Tribunales han señalado que *“es preciso, además, que sean pertinentes para que queden fuera del reproche de ilicitud. En consideración a la naturaleza y características de las actividades, prestaciones, establecimientos promocionados y a las particularidades del círculo de destinatarios de las manifestaciones, sean adecuadas e idóneas para permitir la formación de sus preferencias y la adopción de decisiones conforme al principio de competencia por méritos (basada en la eficiencia de las propias prestaciones propias). En sentido contrario, no son pertinentes si se refieren a extremos que no son relevantes para la toma de decisiones en el mercado, tampoco si no están justificadas o son desproporcionadas*⁴⁹³.

Aquí conviene detenernos en la desproporción de la que habla la autoridad jurisdiccional para que pueda considerarse que hay deslealtad, que al parecer vendría a ser un nuevo requisito además de los que ya hemos comentado. No es la primera sentencia en la que se utiliza este criterio para determinar si existe o no la denigración. En uno de los famosos juicios de la llamada guerra del Cava, y que dio origen a la STS de 23 de mayo de 2005⁴⁹⁴, también el Tribunal determinó que no

⁴⁹² Cfr. SAP Barcelona de 31 de diciembre de 2002, (JUR 2004/14167).

⁴⁹³ Cfr. SAP Barcelona de 14 de enero de 2003, (JUR 2004, 14172); SAP Barcelona de 27 de mayo de 2005, (AC 2005/1034).

⁴⁹⁴ Cfr. STS de 23 de mayo de 2005, (RJ 2005, 9760).

existía denigración porque las manifestaciones objeto de análisis no habían sido “desproporcionadas”. Sin embargo, considera MARCO ARCALÁ que no se trata de un nuevo requisito o una nueva línea interpretativa que quiera abrir el Tribunal, sino que debe leerse en el contexto del caso y en virtud de las repetidas descalificaciones cruzadas entre las partes en el asunto que trata la sentencia⁴⁹⁵. Se trata de una consideración pues cuantitativa que no debe considerarse como un nuevo requisito para determinar la deslealtad, sino como un elemento más a tener en cuenta al momento de llevar a cabo el análisis del asunto en particular. En este sentido coincidimos con el autor en el hecho de que no puede considerarse como otro requisito para determinar la deslealtad, sino simplemente como un criterio a tomar en cuenta, un criterio cuantitativo que puede servir para clarificar el análisis en conjunto con los demás elementos.

Como ya hemos señalado anteriormente, el análisis para determinar si las manifestaciones pueden considerarse ilícitas o no debe ser minucioso y tomar en cuenta las particularidades de cada uno de los casos. En este sentido también la aplicación o no de la *exceptio veritatis* ha de hacerse a través de un riguroso examen de la exactitud y veracidad, como queda de manifiesto en la SAP Madrid de 14 de julio de 2006 que establece que “*para escapar al reproche de deslealtad los atributos de exactitud y veracidad de la manifestación denigratoria deben suponer una correspondencia estricta entre lo manifestado y la realidad, de modo que se garantice el correcto entendimiento por parte de los destinatarios de la misma.*”, y además que “*el requisito de la exactitud en la manifestación realizada cobra especial relevancia en el*

⁴⁹⁵ Cfr. MARCO ARCALÁ, Luis Alberto, “SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 2005: Competencia desleal por actos de engaño, explotación y aprovechamiento de la reputación ajena e infracción de normas jurídicas sobre la elaboración del cava, que suponen la utilización indebida de esta denominación en relación con el producto obtenido por tales medios. Inexistencia de actos de denigración por falta de entidad suficiente y desproporción manifiesta en las declaraciones presuntamente denigratorias. Aplicación de la cláusula general prohibitoria de actos se hallan expresamente catalogados en otras normas”, en *CCJC*, No. 70, 2006, p. 502 y ss.

*ámbito concurrencial, pues se trata de una exigencia legal expresa para que concurra la exención de responsabilidad al ilícito tipificado en el artículo 9 de la LCD, por lo que se deberá ser riguroso al examinarlo*⁴⁹⁶. Ello significa que tanto la exactitud como la veracidad en tanto criterios para determinar la ilicitud o no de una manifestación deben ser objeto de un análisis profundo y riguroso, y que la correspondencia entre lo manifestado y la realidad debe ser estricta, consideración que suscribimos y tenemos por fundamental, puesto que si dicho criterio fuese tomado con laxitud generaría incertidumbre y aceptaría que las manifestaciones difundieran información no coincidente con los hechos.

En el caso de la carga de la prueba en la *exceptio veritatis*, esta corre a cargo del demandado como puede verse en la jurisprudencia estableciendo *“que al operar la “exceptio veritatis” no como presupuesto de la acción, sino como excepción, no recae sobre la actora la carga de demostrar la inexactitud de lo afirmado, sino sobre la demandada de probar la exactitud del aserto denigrante; y 2) que la única prueba ofrecida al respecto consiste en la testifical de un Arquitecto Técnico que reconoce ser asalariado de la demandada, resulta absolutamente insuficiente a tal fin*⁴⁹⁷. En el mismo sentido se establece que *“la prueba de la exceptio veritatis corresponde a la demandada, autora de la información difundida (art. 26 de la LCD en su redacción originaria, vigente a la fecha de la demanda; actualmente, art. 217.4 de la LEC)*⁴⁹⁸.

En este punto, GARCÍA PÉREZ encuentra que *“la importancia de la prueba se pone de relieve en el caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 diciembre 2004 (JUR 2005, 39130), en el que la demandada fue condenada porque no*

⁴⁹⁶ Cfr. SAP Madrid de 14 de julio de 2006, (AC 2006/1615).

⁴⁹⁷ Cfr. AAP Barcelona de 31 de marzo de 2000, (JUR 2000/183320). En el mismo sentido la SAP Barcelona de 31 de diciembre de 2002, (JUR 2004/14167).

⁴⁹⁸ Cfr. SAP Barcelona de 31 de diciembre de 2002, (JUR 2004/14167). En el mismo sentido SAP Asturias de 6 de junio de 2001, (AC 2001/2022), SAP Vizcaya de 15 de enero de 2002, (AC 2002/13), SAP Murcia de 10 de diciembre de 2004, (JUR 2005/39130) y SAP Barcelona de 28 de diciembre de 2005, (AC 2006/337).

*probó la certeza de sus afirmaciones descalificadoras de que el licor cocktail peche marca Yachting no contiene whisky, cuando la exceptio veritatis exige que la verdad de las manifestaciones efectuadas en descrédito del competidor sean probadas por aquel que las realiza*⁴⁹⁹. De igual manera, el autor señala que la *exceptio veritatis* opera aun cuando la difusión de las manifestaciones se haya llevado a cabo a través de un medio de comunicación de gran alcance⁵⁰⁰.

En la SAP Barcelona de 27 de abril de 2005 encontramos otro ejemplo de la importancia de la *exceptio veritatis* como criterio de excepción y su aplicación. En este supuesto⁵⁰¹, la autoridad judicial estimó que si bien se consideran desleales las manifestaciones que sean aptas para menoscabar el crédito de un tercero dentro del mercado, *“la norma prevé una exceptio veritatis pues la prueba de la exactitud, veracidad y pertinencia de los hechos que se imputan al tercero impiden que puedan estimarse las acciones ejercitadas al amparo del precepto”*. Señala así mismo que *“si además concurre también el requisito de la ausencia de impertinencia en el modo utilizado, ni tampoco se advierte una desmesurada desproporcionalidad en los términos utilizados ni tampoco en una reiteración de los mismos (de hecho sólo el doc. 9 de la demanda viene a revestir tal imputación). Es por ello que no procede tipificar la referida conducta dentro de dicho supuesto legal”*⁵⁰².

Finalmente encontramos que en la SAP Barcelona de 24 de julio de 2001 se establece que *“el acto no es desleal, sin embargo, cuando las manifestaciones sean exactas,*

⁴⁹⁹ Cfr. GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Ley de Competencia...*, ob. cit., p. 233.

⁵⁰⁰ Cfr. GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Ley de Competencia...*, ob. cit., p. 233. Cfr. SAP Barcelona de 26 de enero de 2000, (AC 2000/688) (confirmada por STS de 23 de mayo de 2005, (RJ 2005/9760)).

⁵⁰¹ En este caso la parte actora acusaba a la demandada de haber remitido a un rotulista un escrito en el que indicaba que hacía varias semanas que había dejado de surtir a la actora en virtud de problemas de morosidad, señalando además que ya no les suministraría material desde Barcelona sino a través de otra empresa cita en Mallorca.

⁵⁰² Cfr. SAP Barcelona de 27 de abril de 2005, (AC 2005/183).

*verdaderas y pertinentes*⁵⁰³, y en la SAP Barcelona de 24 de enero de 2002⁵⁰⁴ podemos observar que la autoridad judicial determina “*el carácter desleal de la conducta, en cuanto difunde manifestaciones sobre la actividad y las prestaciones del competidor aptas para menoscabar su crédito en el mercado, sin ser exactas, veraces ni pertinentes*” y especifica que “*la acción no ha quedado cubierta por la exceptio veritatis*” en virtud precisamente de lo ya señalado⁵⁰⁵. En ambas resoluciones puede verse con claridad que los Tribunales estiman que no existe conducta desleal cuando concurre que las manifestaciones sean exactas, verdaderas y pertinentes, a pesar de que las mismas se refieran a la actividad o prestaciones de un competidor, y por otro lado, cuando dichas manifestaciones no reúnan de manera cumulativa las características de exactitud, veracidad y pertinencia, debe considerar que las mismas no están protegidas por la *exceptio veritatis*.

Podemos resumir la jurisprudencia referida en este apartado estableciendo que para que se considere que una manifestación no es ilícita y está amparada por la *exceptio veritatis* como criterio de excepción, esta debe ser exactas, verdaderas y pertinentes, entendiendo por ello que deben corresponderse con la realidad, provocar en los destinatarios una representación fiel de ésta y que deben referirse a extremos concernientes a la participación en el mercado de los afectados. En dicho supuesto el Tribunal ha determinado que no existe ilicitud en la conducta y se encuentra por tanto exenta de ser considerada como denigratoria.

E. La colisión de la denigración con los derechos fundamentales

⁵⁰³ Cfr. SAP Barcelona de 24 de julio de 2001, (JUR 2004/54724).

⁵⁰⁴ Se trata del caso en el cual la empresa SCHINDLER envió una carta a una comunidad de propietarios donde les decía que la empresa que tenían contratada no disponía de los medios técnicos ni de los recambios para mantener las instalaciones en el estado adecuado, y que además no estaba afiliada al Gremio de Ascensoristas.

⁵⁰⁵ Cfr. SAP Barcelona de 24 de enero de 2002, (JUR 2004/14007).

La LCD tiene entre sus objetivos centrales, como hemos repetido en innumerables ocasiones, proteger y velar por el correcto y eficaz funcionamiento del mercado, además de proteger a quienes participan dentro de él. Sin embargo, al momento de redactar la LCD el legislador ha tomado en cuenta que la normativa concurrencial puede llegar a colisionar en muchas ocasiones con dos viejos conocidos: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a comunicar libremente⁵⁰⁶, asunto también profundamente tratado en nuestro estudio.

Como ya se ha mencionado en el apartado referente a la *exceptio veritatis*, se trata ésta de la respuesta que el legislador ha previsto para hacer frente a la conflictiva que presenta el combate a las manifestaciones denigratorias con los derechos constitucionales antes mencionados, que permite que puedan realizarse manifestaciones aptas para el menoscabo del crédito de un tercero en el mercado, siempre y cuando sean exactas, verdaderas y pertinentes⁵⁰⁷. En este sentido la SAP Barcelona de 26 de octubre de 2005 que ya hemos referido con anterioridad señala que *“se ha de advertir, no obstante, que la protección frente al acto de denigración en el ámbito concurrencial debe coordinarse con el superior interés representado por los derechos constitucionales a expresar y difundir libremente los pensamientos y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz (art. 20 {RCL 1978/2836}); de ahí que la apreciación del ilícito denigratorio deba someterse a un canon de interpretación restrictiva en cuanto pueda colisionar con aquéllos o implicar un límite a su ejercicio. En particular, no podrán merecer la calificación de ilícitos desleales los meros juicios de valor u opiniones que no resumen las valoraciones que merecen determinados hechos, e inhábiles para soportar el control de veracidad (del que depende en todo caso la deslealtad de la conducta), a diferencia de aquellos otros que están vinculados a datos o*

⁵⁰⁶ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, Comentarios a la Ley..., *ob. cit.*, pp. 236 y ss. Cfr. STS de 16 de enero de 1991 (RJ 1991/298) y STS de 26 de febrero de 1992 (RJ 1992/1534). Así mismo SAP Barcelona 14 de enero de 2003 (JUR 2004/14172).

⁵⁰⁷ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, Comentarios a la Ley..., *ob. cit.*, pp. 237 y ss.

circunstancias de carácter fáctico. Estos últimos son los susceptibles del control de deslealtad como manifestaciones denigratorias”.

Resulta claro que existe la posibilidad de que la prohibición que se contiene en el artículo 9 LCD colisione con algunos derechos considerados fundamentales, como pueden ser el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz. En estos supuestos la interpretación de los ilícitos por denigración debe hacerse de forma restrictiva, debiéndose coordinar con el superior interés representado por los derechos constitucionales antes mencionados: el de libertad de expresión y el de libertad de información⁵⁰⁸.

Uno de los puntos de colisión entre la LCD en su artículo 9 y los derechos fundamentales es el relativo a los llamados “juicios de valor”, al existir la controversia sobre la posibilidad de que entren o no dentro de la denigración. Recurriendo a varias sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona encontramos que al parecer los juicios de valor no entran dentro del precepto de la LCD, al menos cuando no estén unidos a datos o circunstancias de carácter fáctico⁵⁰⁹, como ya hemos tenido ocasión de ver en la sentencia anteriormente citada. Abundando en lo anterior, la misma SAP Barcelona de 26 de octubre de 2005 considera que *“en particular, no podrán merecer la calificación de ilícitos desleales los meros juicios de valor u opiniones que no resumen las valoraciones que merecen determinados hechos, e inhábiles para soportar el control de veracidad (del que depende en todo caso la deslealtad de la conducta), a diferencia de aquellos otros que están vinculados a datos o circunstancias de carácter fáctico”*⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Cfr. GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Ley de Competencia...*, ob. cit., p. 234.

⁵⁰⁹ Cfr. GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Ley de Competencia...*, ob. cit., pp. 235 y ss.

⁵¹⁰ Cfr. SAP Barcelona de 26 de octubre de 2005, (AC 2006/216). En el mismo sentido se manifiesta la SAP Barcelona de 27 de mayo de 2005, (AC 2005/1034).

Sin embargo GARCÍA PÉREZ no duda en manifestar que *“de la dicción del art. 9 no se desprende razón suficientemente poderosa como para desgajar de este precepto los juicios de valor. Creemos que quedan también comprendidos en su ámbito de aplicación”*⁵¹¹. En igual sentido se expresa MASSAGUER cuando señala que *“por lo que se refiere al contenido, las manifestaciones pueden comprender tanto afirmaciones o expresión de saberes, hechos o, en general, circunstancias de carácter fáctico, como también la formulación de juicios de valor, de juicios estéticos y gustos personales siempre que estén reconociblemente vinculados con determinado sustrato fáctico. Al efecto deben diferenciarse los juicios de valor puros u opiniones, que son meras expresiones de un pensamiento que no resumen la valoración que merecen determinados hechos, de los juicios de valor que implícita o explícitamente están vinculados a datos o circunstancias de carácter fáctico. Sólo estos segundos son susceptibles de un juicio de deslealtad como manifestaciones denigratorias. Aquellos primeros, por su parte, escapan al juicio de deslealtad: en un plano de principios, y a mi modo de ver, están plenamente amparados por la garantía constitucional de la libertad de expresión (art. 20 CE) y, en un plano técnico, son inhábiles para soportar el control de veracidad del que, admitida como está en este ámbito la exceptio veritatis, depende en todo caso la deslealtad de las manifestaciones que puedan desacreditar la persona, actividad, establecimiento o prestaciones de un tercero...”*⁵¹².

En este asunto tendemos a coincidir con ambos autores en el sentido de que existen juicios de valor cuyo trasfondo no son las meras opiniones de quien las emite, sino que están sustentadas en elementos de carácter fáctico que pueden ser susceptibles

⁵¹¹ Cfr. GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Ley de Competencia...*, ob. cit., p. 235.

⁵¹² Cfr. MASSAGUER, José, *Comentario a la Ley...*, ob. cit., p. 298. Así mismo, el propio autor señala que *“los juicios de valor puros u opiniones que sean denigratorias, sin embargo, no son impunes: la libertad de expresión, en efecto, cubre la formulación y comunicación de juicios y opiniones críticas, incluso extraordinariamente críticas, pero no el ataque personal no el deterioro de la dignidad ajena cuando ello no está relacionado con las ideas u opiniones que se exponen, o cuando resulta innecesario para su exposición...”*

de comprobar si coinciden o no con la realidad. En este sentido consideramos que sí deben ser consideradas como denigratorias cuando no cumplan con los requisitos que estatuye la *exceptio veritatis*, mientras que en el caso de simples juicios de valor habría que evaluar si su manifestación es a través de expresiones que pudieran ser por sí mismas vejatorias o humillantes. Atendiendo a lo que señala la SAP Salamanca de 28 de octubre de 2005, encontramos que establece que *“el acto de competencia desleal en que se ha traducido el acto denigratorio, en los términos textuales expuestos, no se puede amparar, como se pretende, en el derecho constitucional a la libre expresión, pues la libertad de expresión lo que no ampara, conforme doctrina constitucional, que por conocida disculpa de su cita, son las expresiones vejatorias, injuriosas y calumniosas”*. La misma sentencia desdeña también la posibilidad del amparo a través de la libertad de información al señalar que *“no resulta comprensible la alegación que pretende justificar la creación de la página web en la libertad de información de los medios de comunicación, pues, también como ha fijado el TC, los medios cumplen una función pública, a través de la pluralidad de opiniones para crear una opinión pública libre, y en el presente caso no se trata de un medio de comunicación, sino de una funeraria local que crea una página web para desacreditar a un competidor, utilizando expresiones repudiables que se refieren a la comisión de posibles estafas y a su condición de timador, por lo que no se está ejerciendo una función pública, sino que con la cualidad de una empresa mercantil privada, la demandada utiliza el sistema de Internet, para erosionar la actividad empresarial de la actora frente a los consumidores, y ello a través de un acto de denigración como constitutivo de competencia desleal”*⁵¹³.

La resolución expresa con meridiana claridad que no pueden ampararse en la libertad de expresión las manifestaciones que son por sí mismas injuriosas, vejatorias o humillantes como hemos ya señalado, independientemente de que puedan

⁵¹³ Cfr. SAP Salamanca de 28 de octubre de 2005, (AC 2005/1985).

considerarse como juicios de valor o meras opiniones⁵¹⁴. Muy conocido es en este sentido el litigio que se montó entre la COPE y uno de sus locutores de radio con el periódico ABC, en relación con la incitación que se hizo a los oyentes del programa LAS MAÑANAS DE LA COPE de que dieran de baja suscripción al periódico ABC. En dicho caso, la Audiencia Provincial de Madrid estableció en su AAP Madrid de 29 de mayo de 2007 que *“...la campaña de incitación al cese de las relaciones contractuales con ABC (baja en las suscripciones) para expulsar a éste del mercado excede del ámbito legitimador constituido por el art. 20 de la Constitución, puesto que está causando un daño a derechos reconocidos a las actoras por el ordenamiento jurídico, como es el respeto a la posición en el mercado adquirida por méritos concurrenciales...”* *“...no es por tanto atendible el argumento de que las informaciones y expresiones vertidas por el Sr. Carlos Jesús no pueden ser consideradas desleales desde el punto de vista concurrencial porque cuando “un oyente habitual de la COPE que conoce el estilo propio y característico de mi mandante” (f. 783, escrito de recurso del Sr. Carlos Jesús) las escucha, sabe que tal afirmación u opinión “es fruto de un exceso verbal metafórico” y los oyentes del programa “no toman las afirmaciones (del Sr. Carlos Jesús) “ad pedem literam”” (f. 784) habiéndose defendido incluso en el acto de la vista el derecho del Sr. Carlos Jesús a tener un estilo radiofónico con excesos...”* *“...entiende la Sala que pese a la posición prevalente de las libertades de expresión e información en su conflicto con otros derechos y bienes jurídicos reconocida reiteradamente por el Tribunal Constitucional, puede afirmarse que, indiciariamente, los demandados han rebasado los límites que para el ejercicio legítimo de dichas libertades suponen los derechos y bienes jurídicos de que son titulares los demás, concretamente los derivados de la legislación de competencia desleal y de la propia libertad de prensa que también ampara la participación de los demandantes en el “mercado de las ideas”, puesto que la conducta*

⁵¹⁴ En este punto es conveniente hacer mención de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil No. 1 de Madrid de 13 de septiembre de 2010, sobre el sonado caso en el cual la compañía aérea *Ryanair* se expresó respecto de una agencia de viajes utilizando los términos de “párasito”, “ladrón”, “estafador” e “inútil”, y fue condenada por considerarse que las expresiones eran vejatorias y denigrantes en sí mismas.

de los demandados al incitar a sus oyentes a darse de baja en las suscripciones a ABC para expulsarle del mercado no puede considerarse como una difusión pública de opiniones no insultantes e informaciones veraces en relación a una materia de relevancia pública, sino que constituye una actuación dirigida a debilitar la situación en el mercado de la empresa editora de tal diario y del grupo empresarial en que se integra...”⁵¹⁵.

Este paradigmático caso entre ABC y la COPE nos proporciona varios elementos en relación con la libertad de expresión y la libre competencia, sobre todo en el sentido de que existe un límite a las libertades que consagra el artículo 20 CE, y que no cualquier manifestación puede ampararse en dichas libertades. Queda claro que existen manifestaciones que son por sí mismas vejatorias e insultantes, independientemente de su intención, que en este caso es manifiesta. La cantidad de insultos que el locutor radiofónico profirió (entre ellos “incompetente”, “lamentable”, “traidor”, “infecto”, “repugnante”, falso, “calumniador”, “basura”) no pueden tener ninguna justificación y son a todas luces denigrantes y excesivas, tal y como lo consideró la autoridad jurisdiccional.

Podemos resumir en referencia con la colisión entre la denigración con los derechos fundamentales que la jurisprudencia establece que debe buscarse la coordinación con el superior interés representado por los derechos constitucionales a la libertad de expresión e información, sin que ello signifique que cualquier tipo de manifestación pueda estar amparada. Se requiere que las mismas cumplan con el requisito de ser exactas, verdaderas y pertinentes en el caso de la información, y cuando se trate de juicios de valor que no puedan someterse al criterio de veracidad se protegerá que no sean vejatorias o insultantes en sí mismas. Ello significa que de acuerdo con la autoridad jurisdiccional existe, al igual que en el derecho al honor, una supeditación al

⁵¹⁵ Cfr. AAP Madrid de 29 de mayo de 2007, (JUR 2007/321899).

derecho a la libertad de expresión que debe ser respetada y que predomina cuando pueda llegar a darse una colisión de intereses.

F. La manifestación sobre las aptitudes, capacidad y solvencia de un tercero

El estudio de la jurisprudencia para determinar en qué casos existe un comportamiento ilícito en materia de actos de denigración nos lleva a la análisis de aquellas manifestaciones que versan sobre las aptitudes, capacidad y solvencia de un tercero. Como ejemplo de los casos en los cuales se ha determinado que sí existe deslealtad por dichas manifestaciones encontramos la STS de 20 de marzo de 1996⁵¹⁶ en la cual puede leerse que *“tomando en cuenta que la LCD establece que los actos “tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales”, el tribunal estableció que “la finalidad competencial de la carta en cuestión es una realidad que no ofrece duda apreciable; en efecto, lo que “Zardoya Otis, SA” dice lamentar no constituye una simple manifestación de su disgusto o sentimiento por la decisión comunitaria sobre la sustitución de un ascensor encargándosela a otra empresa, sino que atribuye a ésta una menor solvencia y no figurar “como tal en la Delegación de Industria”, lo que objetivamente es idóneo, dadas las circunstancias, para promover en el mercado la prestación propia, y ello porque se dice también que “estamos a su entera disposición para cualquier tipo de consulta que la Comunidad desee realizar”, lo cual, en el contexto, denota un ofrecimiento comercial, a lo que no obsta que el encargo ya se hubiera hecho a la otra empresa, ya que podría incidir en futuras operaciones e incluso trascender a otras personas”⁵¹⁷.*

⁵¹⁶ Dicha sentencia trata sobre el caso de la empresa Zardoya Otis SA, dedicada a la venta y mantenimiento de ascensores, que envió una carta a los habitantes de una comunidad reclamándoles el haber cambiado de proveedor de servicios para renovar ascensor.

⁵¹⁷ Cfr. STS de 20 de marzo de 1996, (RJ 1996/ 2246).

Como lo establece GARCÍA PÉREZ en este supuesto, las manifestaciones que se expresan a través de la carta objeto de la sentencia no son exactas, verdaderas y pertinentes, puesto que transmite la idea de que la empresa víctima de las mismas no tiene las autorizaciones que se requiere para prestar los servicios que se otorgaron, siendo que dicha afirmación no se corresponde con la realidad⁵¹⁸. Por ello el Tribunal estableció que ante el hecho de que la empresa sí reunía las autorizaciones necesarias para hacer el trabajo, ello *“es suficiente para negar que el contenido de la carta sea exacto, verdadero y pertinente”*, y además enfatiza que *“por otra parte, se tiene que la frase de la carta “con una Empresa que no ofrece ni mucho menos la solvencia de la primera firma de ascensores, como lo es Zardoya Otis SA,” no se ve debidamente justificada por lo argumentado”* concluyendo que *“es claro que lo insinuado en la carta afecta a las relaciones mercantiles de dicha empresa”*. El razonamiento del Tribunal en este caso es muy claro, al señalar que la carta contiene los elementos que exige la LCD. Ello llevó a que el Tribunal Supremo desestimara por completo los motivos recurridos por la demandada y la condenara al pago de las costas judiciales.

Otra de las resoluciones que vale la pena mencionar es la SAP Lugo de 12 enero de 2004, en la cual también puede analizarse el criterio de la autoridad jurisdiccional en relación con manifestaciones sobre las aptitudes, la capacidad y la solvencia de un tercero⁵¹⁹. En el fallo de la autoridad ante la apelación, la misma consideró, al no poder demostrarse la veracidad de las afirmaciones de los demandados, que *“las manifestaciones realizadas y no acreditadas no son compatibles con el canon de veracidad que se exige a quien difama a otro, y por el contrario son objetivamente idóneas para provocar el menoscabo en el “goodwill”, reputación o “buen nombre” de la*

⁵¹⁸ Cfr. GARCÍA PÉREZ, Rafael, *Ley de Competencia...*, ob. cit., p. 241.

⁵¹⁹ El caso trata sobre la apelación en el asunto de las manifestaciones vertidas por Almacenes Severino Prado SL, D. Isidro, la Asociación Nacional de Distribuidores de Helados y Congelados en el sentido de que el mercado gallego estaba desabastecido de la marca Helados Miko, mismos que iban a desaparecer y que la empresa utilizaba *“técnicas mafiosas”*. Ante dichas expresiones, Helados Miko SA y Nestlé España SA demandaron por actos ilícitos en materia concurrencial.

marca. Se trata de una conducta que no se queda en el ámbito interno de los escasos miembros de la Asociación sino que trasciende a todos los Distribuidores de Helados Miko a nivel nacional e incluso promueve su publicación en diversos diarios. Así mismo, la Audiencia se extendió señalando que “decir que la empresa está coaccionando o utilizando técnicas “mafiosas”, que el mercado gallego se encuentra desabastecido de la marca, y que la misma va a desaparecer, sin estar en condiciones de demostrarlo, comporta un evidente daño al prestigio o reputación comercial carente de legítima justificación que debe obtener la satisfacción de la tutela judicial, pues como se ha dicho, son actuaciones con trascendencia en el mercado, susceptibles de denigrar y realizadas por personas con implicación en dicho mercado”⁵²⁰.

El fallo de la Audiencia fue declarar que los demandados efectivamente eran responsables por actos de competencia desleal, ordenándoles que en lo sucesivo se abstengan de difundir informaciones que se refieran directa o indirectamente a la parte actora en relación con los actos de denigración referidos, y condenándolos a pagar una indemnización de 30 mil euros, así como a comunicar la sentencia a los distribuidores de Helados Miko y publicar su encabezado y parte dispositiva en los mismos periódicos citados en la demanda.

En los casos anteriores hemos analizado jurisprudencia y sus elementos en los cuales la autoridad judicial ha fallado que sí existen conductas que pueden ser tipificadas como ilícitos concurrenciales. Ahora citaremos algunos supuestos en los cuales se ha determinado que no existe deslealtad, y revisaremos la jurisprudencia para conocer qué elementos ha considerado el juzgador al momento de emitir su veredicto, para con ello tener una idea más clara de cuáles son los elementos centrales que han de ser considerados en los casos de denigración.

⁵²⁰ Cfr. SAP Lugo de 12 de enero de 2004, (AC 2004/215).

Tal es el caso del recurso de casación que se trata en la STS de 20 de octubre de 2007⁵²¹, relativa a las manifestaciones hechas sobre la presunta insuficiencia para prestar un servicio de un tercero, y en la cual el Tribunal manifestó que *“los datos expuestos carecen de idoneidad, individualmente y en su conjunto, para determinar la ilicitud del art. 9º, por cuanto no tienen la entidad necesaria para menoscabar el crédito en el mercado de la entidad actora”*, señalando también que *“en lo que hace referencia a los comentarios sobre los riesgos que, en la perspectiva de futuro, puede plantear el contratar con una empresa pequeña son meras opiniones de un competidor como bien dice el juzgador “a quo”, pues ofrecer una mayor solvencia profesional y confianza de futuro, en cuanto al mantenimiento de una instalación y un mejor servicio, con base en la diferencia de dimensión empresarial, y no en circunstancias que desacrediten “per se” al competidor, no implica acto desleal en el ejercicio de la concurrencia en el mercado y competitividad”*⁵²². Con base en los razonamientos anteriores, el Tribunal desestimó la petición y consideró que no había deslealtad, puesto que consideró que las manifestaciones eran meras opiniones y no producían un menoscabo en la empresa a la cual se refería, es decir, el pronunciamiento sobre sus prestaciones no se consideró que fuera denigrante.

Un caso más relativo a las manifestaciones sobre las aptitudes y capacidad de un tercero es el tratado en la SAP Madrid de 26 de mayo de 2004⁵²³, en la cual la

⁵²¹ Dicha sentencia versa sobre la demanda que interpuso *Tesipro, SA* en contra de *Digital Equipment Corporation España, SA*, por considerar que esta última era la autora de ciertas manifestaciones que podían considerarse como desleales, al señalar ante un tercero que la estructura de *Tesipro, SA* sería insuficiente para prestar ciertos servicios y que era riesgoso contratar a una empresa de tamaño tan reducido.

⁵²² Cfr. STS de 22 de octubre de 2007, (RJ 2007/8631).

⁵²³ Dicha sentencia es relativa al recurso de apelación por la publicación que hizo BMW en el diario de Córdoba, a través de un gran anuncio, en el cual manifestaba que AZAHARA había dejado de ser concesionario oficial de su marca, además de que daba un teléfono de información y recomendaba a los clientes que por su seguridad llevaran a cabo sus reparaciones y mantenimiento solamente en los servicios oficiales de BMW. Asimismo, BMW había demandado a AZAHARA por incumplir el contrato que tenían y

Audiencia Provincial se pronunció sobre determinadas manifestaciones hechas a través de un medio impreso por un ente económico sobre las actividades de otro, estableciendo que *“estamos conformes con el Juez de Instancia en que la publicidad realizada en los diarios de Córdoba y en ABC es perfectamente lícita. Se limitó a poner en conocimiento del público en general que Azahara había dejado de ser el concesionario oficial para Córdoba y provincia de los vehículos BMW, y en esa afirmación nada hay de denigratorio para nadie, ni se perjudica la reputación empresarial de nadie; simplemente se da una noticia absolutamente neutra. Tampoco vemos que existan inconvenientes en el pie de anuncio, en el que recomienda que para su seguridad –se refiere a los usuarios de automóviles BMW-, las reparaciones y mantenimiento se realicen en servicios oficiales. La advertencia parece más que lógica; la red BMW no puede garantizar la reparación y seguridad de un vehículo no reparado ni mantenido por ellos. La propia imagen de la marca le obliga a dar ese consejo, para evitar que fracasos en la reparación no controlada desprestigie su producto. Las demás denuncias tampoco son relevantes a los efectos que nos ocupan. Que el nuevo concesionario anuncie su apertura, y cante las bondades de sus talleres y equipo humano en beneficio del cliente no es acto de denigración para nadie, ni infringe ninguna de las prohibiciones legales de los arts. 9 y 10 de la LCD (RCL 1991/71)”*⁵²⁴.

En este caso la Audiencia confirmó íntegro el fallo de la primera instancia, considerando que no se había actuado de manera ilegal, y que el simple anuncio del nuevo concesionario no constituía un acto denigratorio, así como tampoco señalar que las reparaciones de los automóviles de su marca debían hacerse en los lugares autorizados por seguridad de los propietarios. Se trataba, de acuerdo con la autoridad, de simples anuncios que reflejaban una realidad y que en ningún momento

seguir utilizando los símbolos de la marca en su establecimiento, ante lo cual AZAHARA contraatacó señalando que la publicidad hecha por BMW era de carácter desleal.

⁵²⁴ Cfr. SAP Madrid de 26 de mayo de 2004, (AC 2004/1989).

constituían un acto de competencia desleal o bien denigraban al competidor dentro del mercado.

En otro asunto sobre el tema relativo a las manifestaciones sobre la capacidad y aptitudes de un tercero y en el cual la parte actora demandó por considerar que se lesionaba su crédito comercial dentro del mercado por el envío de una carta a sus clientes por parte de un tercero, la SAP Barcelona de 20 de octubre de 2003 estimó que *“los llamados actos de denigración que tipifica el art. 9 LCD son aquéllos susceptibles de reputarse como lesivos de la consideración pública que tengan las personas a las que se dirijan, siempre que sean realizados en el mercado con fines concurrenciales. Presupuesto de su apreciación es la aptitud de las manifestaciones para menoscabar el crédito en el mercado. El contenido de dicha carta (y con independencia de que tan sólo se ha probado que se dirigiera a una determinada empresa; f. 96) no supera ese primer parámetro de ilicitud, ya que en ella no se contiene manifestación alguna objetivamente idónea para lesionar el crédito comercial de la actora o de su actividad. Además de no citarse a la sociedad actora, no hay comentario alguno valorativo de la prestación o actividad ajena, limitándose el oferente a poner de manifiesto la constitución o establecimiento de la empresa y a garantizar la calidad en la prestación de los servicios cuya contratación espera obtener, por parte del mismo equipo que hasta ese momento los venía prestando en otra estructura empresarial.”*

En este supuesto se consideró que las manifestaciones no eran idóneas para dañar el prestigio de un competidor dentro del mercado, que es uno de los requisitos que se toman en cuenta para la determinación de un acto denigratorio. Así mismo, no se citaba en ningún momento a la sociedad presuntamente agraviada, y simplemente se ofrecía un servicio.

Finalmente citaremos dos sentencias más que son relevantes en la materia tratada. La primera de ellas es la SAP Madrid de 7 de marzo de 2000⁵²⁵, que se refiere al caso de una empresa emitió una circular a sus clientes, la cual tenía la intención de evitar la confusión entre sus consumidores y fue demandada por ello. En este supuesto el Tribunal, en el recurso de apelación, consideró que la demanda *“no puede ser acogida por los propios y acertados razonamientos que contienen la resolución apelada, esto es, que la citada circular remitida por la entidad demandada a sus clientes, no trataba sino de evitar una confusión creada entre determinados consumidores de lámparas OSRAM, provocada por la propia entidad demandante, al ofertar y vender, a precios ventajosos, lámparas de dicha marca sin informar a sus clientes que los productos que vendía no estaban garantizados por OSRAM, S.A., sino por una sociedad norteamericana (OSRAM SYLVANIA), lo que provocó que algunos compradores de las lámparas vendidas por la entidad actora, que resultaron defectuosas, se dirigieran indebidamente a OSRAM, S.A., pretendiendo la ejecución de una garantía que esta última entidad no había asumido, siendo, por ello, el contenido de dicha circular de indudable interés general para los potenciales consumidores de dichos productos, lo que legitima la difusión, conteniendo dicha circular, además, una información totalmente veraz, sin que haya quedado acreditado en modo alguno que la entidad demandada, hoy apelada, pretendiera con su actuación eliminar la competencia que pudiera representar ELEMENTOS DE DISEÑO PARA EL ESPECTÁCULO, S.A., ni denigrar sus productos, sino tan solo evitar futuras reclamaciones de compradores de lámparas comercializadas por ELEMENTOS DE DISEÑO PARA EL ESPECTÁCULO, S.A., no garantizados por OSRAM, S.A., contribuyendo*

⁵²⁵ Dicha resolución se refiere al caso de OSRAM, SA, en el cual dicha empresa emitió una circular a sus clientes, la cual tenía la intención de evitar la confusión entre sus consumidores que habían comprado lámparas a precio ventajoso de dicha marca, pero que la parte actora no había especificado que dichos artefactos no estaban garantizados por OSRAM SA, sino por OSRAM SYLVANIA, empresa estadounidense. Ello había provocado que algunos compradores cuyas lámparas resultaron defectuosas se dirigieran a OSRAM SA en búsqueda de garantía, siendo que dicha empresa no era la que había asumido la misma. Ante ello, la entidad denominada ELEMENTOS DE DISEÑO PARA EL ESPECTÁCULO, SA demandó a OSRAM SA por competencia desleal al haber enviado dicha circular y considerar que le había generado un desprestigio profesional.

*con ello a aclarar la confusión creada entre los consumidores de lámparas OSRAM, de la que era única responsable la propia entidad actora. El recurso debe ser, pues, desestimado*⁵²⁶.

Como puede verse, la desestimación por parte de la Audiencia se basa en el argumento de que no hay denigración en la circular enviada por la empresa OSRAM, S.A. puesto que la única intención de la misma era aclarar el error en el que habían caído muchos de los consumidores al confundir la procedencia del producto que estaban adquiriendo. No había pues manifestación denigratoria que castigar cuando los datos que se ofrecen son verdaderos y lo que se hace es sencillamente ponerlos en conocimiento de otros, en este caso con la clara intención de evitar confusiones y prevenir que información inexacta se difunda entre los consumidores. Resulta evidente que la actuación de la empresa demandada proporcionaba información correcta que beneficiaba al mercado pero sobre todo a quienes toman decisiones dentro de él.

La segunda sentencia fue pronunciada por la Audiencia Provincial de Barcelona en la SAP Barcelona de 10 de mayo de 2002, y trató el asunto de la apelación en el caso de un envío de cartas a clientes de la parte actora. Se acusó también a los demandados de haber utilizado las listas de clientes de la actora (uno de los propietarios de la demandada había colaborado con la demandante) y de publicitar prototipos de la actora como si fueran creados por la demandada⁵²⁷. En las mencionadas cartas a los clientes de la actora se leían frases por parte de la empresa demanda del tipo de: *“hemos hecho un esfuerzo importante en superación tanto del diseño, como en la presentación de nuestros productos”, “esperando poder iniciar de nuevo relaciones*

⁵²⁶ Cfr. SAP Madrid de 7 de marzo de 2000, (JUR 2000/207329).

⁵²⁷ Las partes en litigio eran DOMUS CONSTRUCCIONES Y JUEGOS, SL. Y DOMUS KITS CONSTRUCCIONES Y JUEGOS, SL., contra D. Darío, D. Simón y AEDES ARS, SL., por presuntamente haber organizado una campaña basada en el envío de cartas a antiguos clientes de la actora.

comerciales”, “igualmente estamos realizando un esfuerzo de superación en cajas”, “para ayudarle a iniciar su colaboración le ofrecemos una oferta especial”⁵²⁸. En este caso la autoridad que conoció de la apelación consideró, en lo referente a presuntas violaciones de la legislación concurrencial en materia denigratoria a través de las citadas cartas, que “de ellas no cabe deducir menosprecio alguno hacia la competidora por parte de las demandadas, ni tan siquiera cuando más tarde se afirma que aquélla “no estaba a la altura adecuada en diseño, innovación y mejoras de producto”, frase que en un contexto puramente publicitario no equivale sino a justificar la bondad del producto que trata de promocionarse.” El extracto de la resolución resulta claro al establecer que no hay denigración puesto que solamente se habla de las ventajas de determinado producto sin menoscabar el prestigio comercial de ningún competidor, ni tampoco hablar mal de ningún bien o producto.

Finalmente, y a manera de glosa de este último apartado, queremos mencionar que en el mismo lo que hemos pretendido es hacer una revisión amplia de distintas resoluciones judiciales en materia de actos denigratorios con el fin de analizar los diversos razonamientos que se han esgrimido para determinar cuándo estamos en presencia de un acto o manifestación denigratoria, y cuando no se dan los elementos para que éstos aparezcan. Hemos procurado enfatizar los criterios que ha adoptado la autoridad jurisdiccional en los distintos casos para poder tener una idea más clara de los derroteros que ha seguido la jurisprudencia en materia concurrencial, y al mismo tiempo analizar a través de dichas resoluciones la efectividad de la protección que se brinda en contra de los actos denigratorios en materia de competencia desleal, enfatizando en cada supuesto los elementos que llevaron al juzgador a tomar una determinada decisión.

⁵²⁸ Cfr. SAP Barcelona de 10 de mayo de 2002, (JUR 2004/14056).

CONCLUSIONES

I. No es necesario que se dé un demérito en el derecho a la libertad de expresión para proteger correcta y eficazmente el derecho al honor y la dignidad de las personas. Si los Tribunales hiciesen un auténtico y minucioso balance de intereses entre los derechos en conflicto podría llegarse a un resultado que fuera justo sin necesidad de beneficiar a uno u otro derecho. La Constitución Española es muy clara señalando los límites de cada uno de ellos, y las autoridades judiciales no deben pasar por alto dichos límites.

Dicho balance de intereses, del que se habla continuamente en la jurisprudencia, no se lleva a cabo de manera efectiva. Si bien es cierto que se cita en gran parte de ella, y que se habla de una revisión de cada caso para determinar qué derecho debe prevalecer, lo cierto es que por lo general se le da preminencia de manera sistemática al derecho a la libertad de expresión y al derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor. Pareciera que se aplica la misma fórmula en todos los casos.

De acuerdo con los Tribunales ello se debe a que no sólo se protege un interés individual al protegerse la libertad de expresión, sino en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático. Estamos de acuerdo con ello, no hay duda de la necesidad de una opinión pública libre. Sin embargo y en consonancia con el artículo 20.4 CE los límites de la libertad de expresión están marcados por el derecho al honor que consagra el artículo 18 CE, y no al revés. Ello nos lleva a pensar

que lo más adecuado sería que tratándose de dos derechos fundamentales de la mayor importancia, se diera efectivamente un balance de intereses o juicio ponderativo en cada caso para determinar qué derecho debe prevalecer, y no se diera de antemano preeminencia a ninguno de ellos.

II. Consideramos indispensable que tanto el marco normativo como las decisiones de los Tribunales revaloren el sitio privilegiado que la Constitución Española otorga a la dignidad humana. Si consideramos que el propio ordenamiento constitucional considera que la dignidad es indispensable para el mantenimiento del orden y la paz social, no encontramos argumentos válidos para considerar que otros derechos pueden ser superiores o tener una posición de prevalencia sobre la dignidad. Resulta claro que la dignidad en su concepción constitucional debe protegerse con singular esmero y determinación. Ello nos lleva a revalorar el derecho al honor no sólo como el que tutela un derecho personalísimo, que así es, sino también como un derecho que protege la dignidad humana y con ello garantiza la paz social y la estabilidad. Así como el derecho a la libre expresión protege la formación de una opinión pública libre como institución, el derecho al honor cuida la existencia de una armonía social.

III. El criterio de veracidad que exige la normativa en lo referente al derecho al honor es a todas luces insuficiente, por la sencilla razón de que dicho criterio no es objetivo y no se exige un mínimo de relación entre lo manifestado y la realidad, sino que se convierte en un criterio subjetivo donde lo único que se exige es un grado de diligencia al autor de las manifestaciones o de la información, independientemente de que lo afirmado tenga o no que ver con la realidad.

Resulta fundamental que en una sociedad democrática exista el debate, y que ello puede generar que se den informaciones inexactas o se lleven a cabo manifestaciones incorrectas, sin embargo, ello no debe eximir de responsabilidad a quien las lleva a cabo a pesar de la diligencia que haya puesto. El daño que pueden llegar a generar dichos actos en el honor o la reputación de una persona puede producirse desde el

momento preciso en que se llevan a cabo, sin que exista como hemos visto, posibilidad de volver las cosas a su estado anterior. Ello debe ser suficiente para que pueda exigirse una reparación del daño causado, independientemente de la intención o diligencia del sujeto activo.

En este punto es que reiteramos de manera categórica nuestra propuesta de que se revise a fondo el ya citado criterio de veracidad, que hoy es más bien un criterio de diligencia, y que se exija una mínima concordancia entre lo manifestado con la realidad. Consideramos que ello sí podría llamarse con justicia criterio de veracidad, y que daría mayor certeza jurídica al derecho al honor.

IV. El daño moral es un daño que generalmente ha sido subestimado tanto en el marco legal como en las decisiones de los Tribunales. Al no ser un daño tangible o ser de más complicada determinación, hemos caído en el error de concederle una posición secundaria y no nos hemos percatado de que se trata de un daño que generalmente afecta lo más valioso que tiene una persona que es su dignidad, su honor, su reputación, su imagen. Los daños materiales pueden ser resarcibles en la mayoría de los casos, sin embargo los daños morales pueden dejar huellas permanentes en la estima de las personas, y difícilmente son reparables sólo con dinero. Aunado a lo anterior, en los daños morales nunca puede haber, como hemos dicho, por completo una vuelta a la situación original o una restitución que no deje secuelas, puesto que el menoscabo que se ha sufrido en la dignidad, en la reputación o en la honra difícilmente se borra.

Así mismo, ha quedado demostrado que el daño moral frena el correcto y sano desarrollo de una persona, trunca sus posibilidades, afecta directamente a su autoestima y a la propia imagen, en definitiva puede llegar a producir perjuicios que se prolongan en el tiempo y que son de muy difícil resarcimiento. De ahí nuestra estimación de que los daños morales deben ser sin lugar a dudas tomados con la mayor seriedad y consideración, y debe equipararse su importancia con la de que

tienen los daños materiales, dando paso a un marco jurídico más amplio y más justo en el cual quienes los padecen tengan la certeza de que tendrán la protección que la ley y los Tribunales brindan, y de que el resarcimiento de los mismos se harán de la manera más pronta y expedita que sea posible.

V. En lo que se refiere a la tramitación de los actos denigratorios, consideramos un acierto que ha tenido el legislador el crear sendas leyes para el tratamiento de los mismos tanto en el caso del derecho al honor como en el caso de la competencia desleal. La tramitación de dichos asuntos a través del artículo 1902 CC, como se hacía con anterioridad, resultaba evidentemente insuficiente y no brindaba una certeza jurídica a los afectados, además de que tampoco tenía el efecto disuasorio de dichas conductas ilícitas que sí puede verse en la LO 1/1982 y en la LCD, a pesar de las deficiencias que puedan tener. Además, con la creación de leyes específicas se ha enfatizado la diferencia que existe entre el honor de una persona y el crédito o reputación comercial de un competidor dentro del mercado, teniendo como ya es sabido que en el primero de los casos se protege la dignidad y el honor de la persona, mientras que en el segundo se protege el correcto funcionamiento del mercado, además de la reputación comercial de los competidores.

De igual forma, la creación de una LM y de una LGP, a pesar de las controversias que pueden haber generado, han venido a reforzar la intención de que los actos denigratorios sean castigados sea cual sea el ámbito dentro del cual se produzcan.

VI. No debemos confundir, a pesar de las múltiples similitudes, el honor como bien de la personalidad con el crédito o reputación comercial, a pesar de que un acto determinado pueda dañar a ambos bienes. Si bien es cierto que la denigración desde el punto de vista concurrencial puede generar también un daño en el honor o la dignidad de una persona, ello no significa que deba desnaturalizarse el derecho al honor para proteger otro tipo de intereses, que pueden ser similares, pero que tienen su

tramitación a través de otras vías, como es el caso de la denigración en materia de competencia desleal.

El honor desde el punto de vista mercantil se identifica con el prestigio profesional o la citada reputación comercial, cuya protección precisamente procura la LCD, mientras que el honor del que habla el texto constitucional es un derecho fundamental ligado a la personalidad. Es por ello que consideramos adecuado el criterio, a pesar de sus limitaciones, que establece que la diferencia para la tramitación de un acto denigratorio por una u otra legislación radica en la finalidad concurrencial, a pesar de que las manifestaciones puedan dañar el honor de una persona, deberán tramitarse a través de la normativa concurrencial.

VII. Del análisis jurisprudencial puede constatarse que la protección que se brinda a la reputación o prestigio comercial parece resultar más eficaz que la que se otorga al derecho al honor. Ello es producto en gran parte, desde nuestro punto de vista, de que los Tribunales parecen haber hecho efectivo el criterio de que para que un acto se considere denigratorio de acuerdo con la LCD basta con que el mismo sea hecho dentro del mercado y sobre todo basta con que sea apto para producir el menoscabo de la reputación. Hablamos entonces de que dicho criterio nos remite a una responsabilidad objetiva independientemente de las intenciones y otros criterios subjetivos que pudieran aplicarse. El respeto al artículo 2 LCD que establece que establece la valoración a través de un criterio objetivo hace que no sea necesario que exista un *animus injuriandi* en las manifestaciones, lo cual otorga una mayor certidumbre jurídica. Si bien es cierto que algunas resoluciones judiciales lo han considerado en su análisis, no lo es menos que la ley en la materia no lo señala como necesario y que la propia jurisprudencia le ha otorgado un lugar de criterio complementario pero no decisivo al momento de juzgar una manifestación como denigratoria.

Por otro lado, en lo referente a la LO 1/1982 que protege el derecho al honor la responsabilidad objetiva que emana de su artículo 9 al momento de juzgar qué actos son ilícitos no es respetada, y se han creado a través de la jurisprudencia criterios que son de carácter subjetivo y que hacen que sea más complicado brindar una protección eficaz al honor, la intimidad y la propia imagen de la persona. Uno de dichos criterios es el de veracidad sobre el que ya hemos hablado, mismo que reiteramos como desafortunadamente insuficiente y además meramente subjetivo, dificultando con ello que puedan resarcirse de manera eficaz los daños al honor de una persona.

Encontramos lo citado en los dos párrafos precedentes como paradójico e infortunado, puesto que a final de cuentas a pesar de la mayor trascendencia que tiene el derecho al honor por ser un derecho fundamental ligado estrechamente con la personalidad del individuo, el crédito comercial se encuentra mejor y más eficazmente protegido frente a los ataques que pudiera sufrir. Ello conviene que sea analizado a profundidad, porque pareciera a primera vista que en una sociedad caracterizada por la sobrevaloración de lo material y en muchas ocasiones la subestimación de lo no material, los Tribunales a través de la jurisprudencia estuvieran dando la razón y justificando dichos comportamientos, que desde nuestro punto de vista son sumamente dañinos y peligrosos. Mantenemos en este punto nuestra posición de que nada debe ser más importante o estar por encima de la dignidad de la persona.

VIII. Ha quedado claro que la Constitución Española tutela a través de su artículo 15 no sólo la integridad física, sino también la integridad moral, sin hacer ninguna distinción o preminencia. Ello nos lleva a sugerir que debe repensarse y revalorarse la integridad moral no sólo al momento de determinar una indemnización o resarcir un daño, sino en general como aspecto esencial de nuestro desarrollo como sociedad y como seres humanos. Consideramos que no es posible avanzar en la protección eficaz de otros derechos, también importantes, si primero no construimos un marco jurídico que proteja nuestra dignidad y nos dé certeza jurídica. Así mismo, no sólo se trata del marco jurídico, sino de abonar en nuestro capital como sociedad la convicción de que

sin respeto a la dignidad la convivencia social se hace más complicada y el funcionamiento del Estado democrático se pone en riesgo.

IX. Estimamos que debe revisarse la interpretación que se hace sobre el criterio del carácter público que deben tener las informaciones para que no se consideren ilícitas. Ello porque pareciera que por el solo hecho de que una persona sea pública en virtud de su profesión o encargo, todo lo que le rodea también lo es. Lo anterior constituye una perversión jurídica desde nuestro punto de vista. Si bien es cierto que, por ejemplo, en el caso de los políticos la mayoría de sus acciones son de interés público por la función que desempeñan, no lo es menos que también tienen derecho al honor y a una vida privada, y que una intromisión en dichos ámbitos merece ser sancionada con igual energía que la cualquier otra intromisión.

Debe combatirse la percepción generalizada de que los políticos y funcionarios públicos por el mero hecho de serlo, no poseen la protección constitucional que el derecho al honor otorga, siendo que deben poseerla, tal y como lo ha manifestado el Tribunal Supremo. No debemos caer en el error de privilegiar siempre la libertad de expresión sobre el derecho al honor solo por la razón de que quien está viendo menoscabados su honor o su reputación es un personaje público.

X. El derecho al honor debe proteger a todas las personas, pero deben ser consideradas las particularidades en cada caso que los Tribunales analicen, en el sentido de que los daños al honor no son iguales para todos. Quienes aceptan exhibir su vida privada y se benefician de ello no pueden ser considerados de igual manera que quienes son celosos de su intimidad y no lucran con ello. Un personaje público tiene derecho a una vida privada, al honor y a la intimidad, sin embargo no pueden ser juzgados de igual forma quienes protegen su honor y su intimidad que quienes comercian con ellos y promueven intromisiones en su vida privada a cambio de ciertos beneficios, ya económicos o de otra índole.

XI. La dignidad de la persona de la que habla el artículo 10 CE y sobre la que descansa el orden público y la paz social no está lo suficientemente resguardada, como hemos señalado en varias ocasiones, puesto que uno de sus principales indicadores, el derecho al honor, se ve continuamente supeditado a la libertad de información y a la libertad de expresión, generando con dicha subordinación un estado de indefensión de las víctimas que ven vulnerados sus derechos con pocas posibilidades de obtener justicia por parte de los Tribunales.

En este sentido debe revisarse la posibilidad de que la *lex artis* sea exigida en las actuaciones de los profesionales de los medios de comunicación. Existe una gran cantidad de códigos deontológicos y de catálogos de buenas prácticas para el ejercicio del periodismo que han sido suscritos por las asociaciones de periodistas en España y que en muchas ocasiones no parecen ser tomados en cuenta, y que correctamente ponderados podrían abonar para que existiera un mayor respeto al derecho al honor, y un ejercicio más moderado y equilibrado de la comunicación y de la información a través de los medios informativos, ya escritos o electrónicos.

XII. Es una necesidad imperante dentro de nuestra sociedad actual que los afectados por actos denigratorios cuenten con un instrumento jurídico inmediato, eficaz y compensatorio en contra los daños que puedan causarse a su honor, intimidad y propia imagen. Desde nuestra perspectiva un buen inicio para llegar a ello es que los Tribunales hicieran eficaz la protección que la Constitución Española brinda al derecho al honor, y que hicieran también eficaces las limitaciones que el propio ordenamiento constitucional marca al derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información. Tal vez no sería necesaria una reforma al marco jurídico si dichos preceptos fuesen efectivamente respetados.

BIBLIOGRAFÍA

Aladro Vico, Eva. «Violencia y Medios: Distorsiones y Adicción.» *Educación para la Salud*. 2006. <http://www.eps-salud.com.ar/Pdfs/Violencia%20y%20Distorsion.pdf> (último acceso: 13 de Febrero de 2014).

Alegre Martínez, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: Tecnos, 1997.

—. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: Tecnos, 1997.

Álvarez Conde, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 2008.

Aragón Reyes, Manuel. «El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho a la información.» En *Estudios de Teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, de Raúl Morodo Leoncio y Raúl Vega García, 1505-1528. Madrid: Universidad Complutense, 2001.

Auger, Clemente. «Derecho al honor y a la intimidad: el problema en la realidad y en el derecho.» Santander, 1989. 9-14.

Ávila de la Torre, Alfredo. «Actos de denigración.» En *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, de Alberto Bercovitz Rodríguez Cano. Pamplona: Aranzadi, 2011.

Barrientos Zamorano, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*. Salamanca: Ratio Legis, 2007.

Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Barcelona: Orbis, 1984.

Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto. *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Pamplona: Aranzadi, 2011.

- Blanco-Morales Limones, Pilar. «Derecho de defensa y libertad de expresión vs denigración, Comentario a la STS, Sala 1a, 83/2014, de 4 de marzo.» *LA LEY*, 2 de Mayo de 2014: 1-12.
- Caballero Gea, José Alfredo. *Derecho al honor, a la intimidad y familiar y a la propia imagen*. Madrid: Dykinson, 2007.
- Callejo Carrión, Soraya. *El derecho al honor. El honor como objeto del proceso civil de amparo especial*. Madrid: Grupo Difusión, 2006.
- Canosa Usera, Raúl. *El derecho a la integridad personal*. Valladolid: Lex Nova, 2006.
- Casado Andrés, Blanca. «Noticias Jurídicas.» Marzo de 2012. <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201203-3215416664221.html> (último acceso: 16 de Mayo de 2014).
- Charrupi Hernández, Néstor Raúl. «Tutela del derecho al honor en la actual sociedad de la información.» *Revista de Derecho Privado*, 2006: 195-211.
- Concepción Rodríguez, José Luis. *Derecho de daños*. Barcelona: Bosch, 1997.
- . *Honor, intimidad e imagen*. Barcelona: BOSCH, 1996.
- Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido. *Código Penal Comentado*. Barcelona: Bosch, 2004.
- Consejo General del Poder Judicial. *La responsabilidad civil profesional*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2003.
- Contreras Navidad, Salvador. *La Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet*. Pamplona: Aranzadi, 2012.
- «Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.» s.f.
- De Angel Yaguez, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Madrid: Civitas, 1993.
- Del Moral García, Antonio, y Antonio Serrano Butragueño. *Código Penal, comentarios y jurisprudencia*. Granada: Comares, 2002.
- Desantes Guanter, José María. *Derecho a la información. Materiales para un sistema de comunicación*. Valencia: COSO, 2004.
- Díez-Picazo, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 1999.

- Diez-Picazo, Luis. *El escándalo del daño moral*. Navarra: Aranzadi, 2008.
- Diez-Picazo, Luis, y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Tecnos, 1989.
- Domingo Zarzosa, Julián. «El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del alto funcionario y del político.» En *Los derechos fundamentales y las libertades públicas*. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1992.
- Domínguez Luelmo, Andrés. *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- Escobar Roca, Guillermo. *Estatuto de los Periodistas*. Madrid: Tecnos, 2002.
- Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial. *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 1999.
- Espinosa de Rueda Jover, Mariano. «Aspectos de la responsabilidad civil con especial referencia al daño moral.» *Anales de Derecho*, 1986: 41-68.
- Estrada Alonso, Eduardo. *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1989.
- Estrada Alonso, Eduardo, Raúl Rodríguez Madaleno, y Ignacio Fernández Chacón. *Apertura de grandes superficies comerciales y libertades comunitarias*. Madrid: Reus, 2011.
- Farré López, Pedro. *El derecho de rectificación*. Madrid: La Ley, 2008.
- Fayós Gardo, Antonio. «Los derechos a la intimidad y a la propia imagen: un análisis de la jurisprudencia española, británica y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.» *InDret*, Octubre 2007: 1-21.
- Fernández Torres, Isabel. «Competencia Desleal y Publicidad.» *Revista del Derecho de la Competencia y la Distribución* 2 (2008): 421-422.
- Fernández-Novoa Rodríguez, Carlos. «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales.» *La Ley*, nº 1 (2006): 1335-1340.
- Ferrante, Alfredo. «Una aproximación al AVANT PROJET Catala y a la nueva responsabilidad civil en el Derecho Francés.» *InDret*, nº 1 (Enero 2008): 3-19.
- Ferrer Vicente, José María. *La cuestión de los daños morales*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., 2007.

- Fraile Ovejero, Fidelio. «El honor y la fama.» En *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, 644. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1992.
- Fuentes Osorio, José Luis. «Elementos subjetivos en los delitos contra el honor.» *Estudios penales y criminológicos*, nº 29 (2009): 271-310.
- García Noriega, Antonio. *Límites a la libertad de expresión por motivos profesionales*. Madrid: Difusión jurídica, 2009.
- García Pérez, Rafael. «Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto (1) de Ley que incorpora la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales (2).» *Diario La Ley*, 7 de Noviembre de 2008.
- . *Ley de Competencia Desleal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008.
- García-Blázquez Pérez, Manuel, y Cristina Mara García-Blázquez Pérez. *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*. Granada: Comares, 2011.
- García-Ripoll Montijano, Martín. «La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil.» *Anuario de Derecho Civil LXVI* (2013): 1523-1529.
- Garrido Falla, Fernando. *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 2001.
- Gimeno-Bayón Cobos, Rafael. *Derecho de marcas: estudio sobre la nueva Ley 17/2001, de 7 de diciembre*. Barcelona: Bosch, 2003.
- Gómez Garrido, Javier. «Derecho al honor y persona jurídica privada.» *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, nº 8 (2010): 205-225.
- González Vaque, Luis. «Jurisprudencia del TJUE referente a la interpretación de la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales.» *Diario La Ley*, 2012.
- González, Felipe. *En busca de respuestas*. Barcelona: Debate, 2013.
- Haberle, Peter. *El Estado Constitucional*. México: UNAM, 2001.
- <http://www.mundocrm.com/marketing/vp-tid:5-pid:26-INTERNET-ESTADÍSTICAS-ESPAnA-2010.html>. s.f.

- Jaen Vallejo, Manuel. *Libertad de expresión y delitos contra el honor*. Madrid: Colex, 1992.
- Jiménez-Blanco, Antonio. *Comentario a la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.
- . *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*. Madrid: Dykinson, 2000.
- Lara González, Rafael. *La denigración en el derecho de la competencia desleal*. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2007.
- Lema Devesa, Carlos, y Pablo Fernández Carballo-Calero. «La publicidad adhesiva.» *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 2 (2008): 15-35.
- «Lex Aquilia.» *La guía de Derecho*. s.f. <http://derecho.laguia2000.com/derecho-romano/lex-aquilia> (último acceso: 7 de Febrero de 2011).
- Llamas Pombo, Eugenio. *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid: LA LEY, 2010.
- Lobato, Manuel. *Comentario a la Ley 17/2001 de Marcas*. Pamplona, Navarra: Thomson Civitas, 2007.
- López Jacoiste, José Javier. *Intimidación, honor e imagen ante la responsabilidad civil*. Madrid, 1989.
- M. Albertos, José Luis. «El periodismo en el siglo XXI: más allá del rumor y por encima del caos.» *Estudios sobre el Mensaje periodístico No. 5*, 1999: 15-35.
- Maciá Gómez, Ramón. *El delito de injuria*. Barcelona: Cedecs, 1997.
- Mambrilla Rivera, Vicente. «Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro derecho interno.» *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, nº 4 (2009): 89-119.
- Marco Arcalá, Luis Alberto. «Sentencia de 23 de mayo de 2005: Competencia desleal por actos de engaño, explotación y aprovechamiento de la reputación ajena e infracción de normas jurídicas sobre la elaboración del cava, que suponen la utilización indebida de esta denominación...» *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 70 (2006): 481-506.

- Marcos Recio, Juan Carlos. «Una década de periódicos en Internet: estrategias documentales.» *Revista de Sistemas de Información y Documentación*, 2005: 63-77.
- Martínez Sanz, Fernando. *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: TECNOS, 2009.
- Martínez-Calcerrada, Luis. *La Responsabilidad Civil*. Madrid: COLEX, 2004.
- Massaguer, José. «Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales.» *InDret*, 2011.
- . *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas, 1999.
- . *El nuevo derecho contra la competencia desleal*. Navarra: Thomson Civitas, 2006.
- Massaguer, José. «Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal.» *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 27 (2010): 17-32.
- Méndez Roza, Diana Cecilia. «El daño moral como límite a la libertad de prensa.» *REDUR* 7, Diciembre 2009: 85-110.
- Menéndez Mato, Juan Carlos. *El contrato vía Internet*. Barcelona: J.M. Bosch, 2005.
- Messía de la Cerda Ballesteros, Jesús Alberto. «Implicaciones del uso de Internet en la protección del derecho al honor.» *Actualidad Civil* 4 (Abril 2014): 414-424.
- Ministerio de Justicia. *Los derechos fundamentales y libertades públicas*. Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1992.
- Monteagudo Monedero, Montiano. *La protección de la marca renombrada*. Madrid: Civitas, 1995.
- Muñoz Machado, Santiago. *La regulación de la red*. Madrid: Taurus, 2000.
- Newman Rodríguez, Silvana. «La protección de los competidores en Europa: Comentario a la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.» *Revista General de Derecho Europeo*, nº 22 (2010).
- O'Callagan Muñoz, Javier. «Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.» En *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, 548-549. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1992.

- Ocaña Rodríguez, Antonio. «Indemnizaciones en el ámbito del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.» *La Toga*, nº 154 (2006): 20-26.
- Pascual Lagunas, Eulalia. *Configuración jurídica de la dignidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2009.
- Pascual Medrano, Amelia. *El Derecho Fundamental a la Propia Imagen*. Navarra: Aranzadi, 2003.
- Pérez de Antón, Francisco. *La libre empresa*. Guatemala: Unión Editorial, 2004.
- Pérez Mosteiro, Amelia María. *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Difusión Jurídica, 2011.
- Pérez, Rafael García. *Ley de Competencia Desleal*. Pamplona: Thompson-Aranzadi, 2008.
- Pintos Ager, Jesús. «Baremos.» *InDret* (UNIRIOJA), Abril 2000: 3-4.
- Pintos Ager, Jesús. «Comentario a la STC, 2a, 115/2000, de 5 de mayo, y sus secuelas.» *InDret*, Abril 2002.
- Poch, Miquel Peguera. *Derecho y nuevas tecnologías*. Barcelona: UOC, 2005.
- Porfirio Carpio, Leopoldo José. *La discriminación de consumidores como acto de competencia desleal*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- Prada Alonso, Javier. *Protección del consumidor y responsabilidad civil*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- Quintero Olivares, Gonzalo. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Elcano: Aranzadi, 1996.
- Reglero Campos, Fernando. *Lecciones de Responsabilidad Civil*. Elcano, Navarra: Aranzadi, 2002.
- Reglero Campos, L. Fernando. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Elcano: Aranzadi, 2002.
- Rivero Ortega, Ricardo. «La libertad de comercio.» *Ponencia para la Asociación española de profesores de Derecho Administrativo*. 2009.

- Robles Martín-Laborda, Antonio. *Libre competencia y competencia desleal*. Madrid: La Ley, 2001.
- Roca, Encarna. *Derechos de daños, textos y materiales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.
- Ródenas Cortés, Pedro. «Protección jurisdiccional al honor: polémica sobre prevalencia de derechos constitucionalmente protegidos; delimitación y competencias.» *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura* XXIX (2011): 285-299.
- Rodríguez Ruiz de Villa, Daniel, y María Isabel Huerta Viesca. «Emisores e internet ante los criterios de la CNMV para la gestión de noticias y rumores difundidos sobre los valores cotizados.» *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, octubre-diciembre 2009: 170.
- Rubí i Puig, Antoni. «Competencia desleal y libertad de expresión.» *Indret*, nº 3 (2005): 1-9.
- Rubi i Puig, Antoni. «Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs.» *InDret*, nº 4 (2010): 1-20.
- . *Publicidad y Libertad de Expresión*. Pamplona: Thomson Civitas, 2008.
- Ruiz Peris, Juan Ignacio. *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- Salvador Coderch, Pablo, Sonia Ramos González, y Álvaro Luna Yerga. «Poder de la prensa y derecho al honor.» *InDret*, nº 2 (2004): 1-4.
- Salvador Coderch, Pablo, y Fernando Gómez Pomar. *Libertad de expresión y conflicto constitucional*. Madrid: Civitas, 2002.
- Sánchez Calero, Fernando, y Juan Sánchez-Calero Guilarte. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Vol. II. Elcano, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.
- . *Instituciones de Derecho Mercantil*. Elcano, Navarra: Aranzadi, 2005.
- Santamaría, Jaime Abella. *La ordenación jurídica de la actividad económica*. Madrid: Dykinson, 2003.
- Serrano Alonso, Eduardo, y Eduardo Serrano Gómez. *Manual de Derecho Civil*. Madrid: Edisofer, 2011.

- Serrano Hoyo, Gregorio. «Algunos aspectos procesales sobre la protección civil y penal del derecho fundamental al honor.» Editado por Universidad de Extremadura. *Anuario de la Facultad de Derecho XXI* (2003): 205-246.
- Stamateas, Bernardo. *Quiero un cambio*. Barcelona: Ediciones B, 2013.
- Tardío Pato, José Antonio. «El principio de especialidad normativa (*lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales.» *Revista de Administración Pública*, nº 162 (2003): 189-225.
- Tenorio, Pedro J., y Carmen Fernández Miranda. *El derecho de la información*. Madrid: UNED, 2001.
- Vargas Llosa, Mario. *La civilización del espectáculo*. Madrid: Alfaguara, 2012.
- Vicente, José Ma. Ferrer. *La cuestión de los daños morales*. Madrid: Grupo Difusión, 2007.
- Vidal Marín, Tomás. «Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional.» *InDret*, nº 1 (2007): 1-18.
- Vilar, Silvia Barona. *Competencia desleal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- Vivanco Martínez, Angela. *Las libertades de opinión y de información*. Santiago: Andrés Bello, 1992.
- Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Derecho del consumo*. Barcelona: Cálamo, 2005.
- . *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Madrid: Reus, 1993.
- Zurrilla Cariñana, Ma. Ángeles. *Prácticas comerciales desleales y derecho a la información del consumidor en las leyes de comercio de las comunidades autónomas tras la Ley 29/2009*. Documento de trabajo, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca: Universidad de Castilla - La Mancha, 2011.
- Zurrilla Cariñana, María Ángeles. *Acciones civiles en materia de competencia desleal*. Documento de trabajo, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, 2009.

INDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA (*hoy
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA*)

STJCE de 6 de julio de 1995, (TJCE 1995/115)

STJCE de 13 de enero de 2000, (TJCE 2000/4)

STJCE de 10 de septiembre de 2009, (TJCE 2009/270)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 8 de julio de 1986, (TEDH 1986/8)

STEDH de 20 de noviembre de 1989, (TEDH 1989/20)

STEDH de 25 de agosto de 1998, (TEDH 1998/42)

STEDH de 28 de junio de 2001, (TEDH 2001/407)

STEDH de 10 de julio de 2003, (JUR 2003/162877)

SENTENCIAS DE LA COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

CEDH Decisión de 5 de mayo de 1979, (7805/77)

CEDH Decisión de 1 de marzo de 1983, (9664/82)

CEDH Decisión de 8 de noviembre de 1990, (16555/90)

CEDH Decisión de 7 de marzo de 1991, (14622/89)

CEDH Decisión de 2 de julio de 1991, (17006/90)

CEDH Decisión de 13 de octubre de 1993, (16844/90)

CEDH Decisión de 31 de agosto de 1994, (21554/93).

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 16 de marzo de 1981, (RTC 1981/6)

STC de 16 de noviembre de 1981, (RTC 1981/37)

STC de 30 de noviembre de 1982, (RTC 1982/71)

STC de 10 de marzo de 1983, (RTC 1983/19)

STC de 27 de mayo de 1983, (RTC 1983/46)

STC de 13 de diciembre de 1983, (RTC 1983/118)

STC de 24 de julio de 1984, (RTC 1984/83)

STC de 11 de abril de 1985, (RTC 1985/53)

STC de 31 de mayo de 1985, (RTC 1985/70)

STC de 17 de junio de 1986, (RTC 1986/104)

STC de 21 de enero de 1987, (RTC 1987/2)

STC de 22 de octubre de 1987, (RJ 1987/7577)

STC de 30 de octubre de 1987, (RTC 1987/170)

STC de 17 de noviembre de 1987, (RJ 1987/8534)

STC de 17 de diciembre de 1987, (RJ 1987/9789)

STC de 21 de enero de 1988, (RTC 1988/6)

STC de 12 de abril de 1988 (RTC 1988/64)

STC de 8 de junio de 1988 (RTC 1988/107)

STC de 12 de julio de 1988, (RTC 1988/144)

STC de 2 de diciembre de 1988, (RTC 1988/231)

STC de 22 de febrero de 1989, (RTC 1989/51)

STC de 13 de noviembre de 1989 (RTC 1989/185)

STC de 28 de noviembre de 1989, (RJ 1989/9334)

STC de 6 de junio de 1990, (RTC 1990/105)

STC de 27 de junio de 1990, (RTC 1990/120)

STC de 12 de noviembre de 1990, (RTC 1990/171)

STC de 22 de marzo de 1991, (RTC 1991/62)

STC de 11 de noviembre de 1991, (RTC 1991/214)

STC de 30 de marzo de 1992, (RTC 1992/40)

STC de 8 de junio de 1992, (RTC 1992/85)

STC de 14 de diciembre de 1992, (RTC 1992/223)

STC de 15 de noviembre de 1993, (RTC 1993/336)

STC de 28 de febrero de 1994, (RTC 1994/57)

STC de 7 de junio de 1994, (RTC 1994/170)

STC de 13 de febrero de 1995, (RTC 1995/42)

STC de 22 de mayo de 1995, (RTC 1995/76)

STC de 26 de septiembre de 1995, (RTC 1995/139)

STC de 20 de noviembre de 1995, (RTC 1995/166)

STC de 16 de enero de 1996, (RTC 1996/4)

STC de 26 de febrero de 1996, (RJ 1996/28)

STC de 26 de marzo de 1996, (RJ 1996/52)

STC de 16 de diciembre de 1996, (RTC 1996/207)

STC de 30 de junio de 1998, (RTC 1998/144)

STC de 3 de junio de 1999 (STC 103/1999)

STC de 15 de julio de 1999, (RTC 1999/134)

STC de 25 de octubre de 1999, (RTC 1999/192)

STC de 11 de noviembre de 1999, (RTC 1999/208)

STC de 20 diciembre de 1999, (RTC 1999/241)

STC de 31 de enero de 2000, (RTC 2000/21)

STC de 5 de mayo de 2000, (RTC 2000/115)

STC de 29 de junio de 2000, (RTC 2000/181)

STC de 15 de enero de 2001, (RTC 2001/2)

STC de 27 de junio de 2001, (RTC 2001/148)

STC de 17 de septiembre de 2001 (RJ 2001/186)

STC de 8 de abril de 2002, (RTC 2002/76)

STC de 25 de noviembre de 2002, (RTC 2002/21)

STC de 15 de septiembre de 2003, (RTC 2003/158)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS de 11 de marzo de 1884

STS de 25 de febrero de 1890

STS de 30 de marzo de 1904

STS de 6 de diciembre de 1912

STS de 26 de marzo de 1926

STS de 12 de junio de 1929

STS de 31 de marzo de 1930

STS de 25 de junio de 1945

STS de 7 de febrero de 1962

STS de 4 de junio de 1962

STS de 29 de enero de 1964

STS de 29 de junio de 1968

STS de 16 de octubre de 1981, (RJ 1981/3664)

STS de 21 de enero de 1982, (RJ 1982/198)

STS de 30 de abril de 1982, (RJ 1982/2304)

STS de 3 de febrero de 1984, (RJ 1994/716)

STS de 23 de mayo de 1984, (RJ 1984/2545)

STS de 28 de octubre de 1986, (RJ 1986/6015)

STS de 17 de noviembre de 1987, (RJ 1987/8534)

STS de 10 de octubre de 1988, (RJ 1988/7399)

STS de 3 de noviembre de 1988, (RJ 1988/8628)

STS de 20 de febrero de 1989, (RJ 1989/1213)

STS de 28 de febrero de 1989, (RJ 1989/1411)

STS de 2 de marzo de 1989, (RJ 1989/1749)

STS de 16 de octubre de 1989, (RJ 1989/8460)
STS de 7 de diciembre de 1989, (RJ 1989/8460)
STS de 2 de enero de 1990, (RJ 1990/256)
STS de 16 de enero de 1991, (RJ 1991/298)
STS de 26 de febrero de 1992, (RJ 1992/1534)
STS de 31 de julio de 1992, (RJ 1992/6508)
STS de 29 de noviembre de 1993, (RJ 1993/9184)
STS de 6 de abril de 1995, (RJ 1995/3418)
STS de 29 de diciembre de 1995, (RJ 9847)
STS de 20 de marzo de 1996, (RJ 1996/2246)
STS de 26 de marzo de 1996, (RJ 1996/2494)
STS de 24 de octubre de 1996, (RJ 1996/7295)
STS de 31 de diciembre de 1996, (RH 1996/9666)
STS de 31 de enero de 1997, (RJ 1997/847)
STS de 24 de febrero de 1997, (RJ 1997/1195)
STS de 16 de enero de 1998, (RJ 1998/826)
STS de 27 de enero de 1998, (RJ 1998/551)
STS de 20 de julio de 2000, (RJ 2000/7639)
STS de 25 de octubre de 2000, (RJ 2000/9201)
STS de 5 de noviembre de 2001, (RJ 2002/677)
STS de 4 de junio de 2002, (RJ 2002/4978)
STS de 15 de octubre de 2003, (RJ 2003/6500)
STS de 4 de noviembre de 2003, (RJ 2003/8024)

STS de 1 de abril de 2004, (RJ 2004/1964)
STS de 26 de julio de 2004, (RJ 2004/6632)
STS de 3 de febrero de 2005, (RJ 2005/1458)
STS de 23 de mayo de 2005, (RJ 2005/9760)
STS de 23 de mayo de 2005, (JUR 2005, 150573).
STS de 4 de julio de 2005, (RJ 2005/ 5093)
STS de 12 de mayo de 2006, (RCL 2006/2401)
STS de 11 de julio de 2006, (RJ 2006/4977)
STS de 27 de julio de 2006, (RJ 2006/6548)
STS de 11 de octubre de 2006, (RJ 2006/7655)
STS de 22 de marzo de 2007, (RJ/2007/1791)
STS de 22 de octubre de 2007, (RJ 2007/8631)
STS de 18 de septiembre de 2008, (RJ 2008/7073)
STS de 12 de enero de 2009, (RJ 2009/544)
STS de 4 de marzo de 2014, (RJ 2014/83)

SENTENCIAS Y AUTOS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Cantabria de 9 de noviembre de 1994, (AC 1994/1934)
SAP Asturias de 18 de febrero de 1998, (AC 1998/244)
SAP Valencia de 24 de febrero de 1999, (ARP 1999/808)
SAP Barcelona de 26 de enero de 2000, (AC 2000/688)
SAP Álava de 22 de febrero de 2000, (AC 2000/498)
SAP Madrid de 7 de marzo de 2000, (JUR 2000, 207329)

SAP Cantabria de 31 de marzo de 2000, (AC 2000/4089)
SAP Barcelona de 8 de febrero de 2001, (JUR 2001/298188)
SAP Vizcaya de 8 de febrero de 2001, (JUR 2001/298188)
SAP Orense de 15 de marzo de 2001, (AC 2001/460)
SAP Asturias de 6 de junio de 2001, (AC 2001/2022)
SAP Barcelona de 27 de julio de 2001, (JUR 2004/14007)
SAP Vizcaya de 15 de enero de 2002, (AC 2002/13)
SAP Barcelona de 24 de enero de 2002 (JUR 2004/14007)
SAP Madrid de 15 de abril de 2002, (AC 2003/291)
SAP Murcia de 16 de abril de 2002, (JUR 2002/155094)
SAP Barcelona de 10 de mayo de 2002, (JUR 2004/14056)
SAP Barcelona de 31 de diciembre de 2002, (JUR 2004/14167)
SAP Barcelona de 14 de enero de 2003, (JUR 2004/14172)
SAP Granada de 25 de marzo de 2003, (JUR 2003/166396)
SAP Barcelona de 20 de octubre de 2003, (JUR 2004/222605)
SAP Cádiz de 15 de noviembre de 2003, (JUR 2004/64135)
SAP Lugo de 12 de enero de 2004, (AC 2004/215)
SAP Las Palmas de 20 de enero de 2004, (AC 2004/129)
SAP Barcelona de 18 de febrero de 2004, (AC 2004/894)
SAP Madrid de 26 de mayo de 2004, (AC 2004/1989)
SAP Gerona de 12 de julio de 2004, (AC 2004/1590)
SAP Madrid de 6 de septiembre de 2004, (J2004/241340)
SAP Murcia de 10 de diciembre de 2004, (JUR 2005/39130)

SAP Madrid de 14 de diciembre de 2004, (JUR 2005/34337)

SAP Barcelona de 27 de abril de 2005 (AC 2005/183)

SAP Madrid de 13 de mayo de 2005, (AC 2005/1067)

SAP Valladolid de 3 de mayo de 2005, (JUR 2005/134171)

SAP Barcelona de 27 de mayo de 2005, (AC 2005/1034)

SAP Barcelona de 26 de octubre de 2005, (AC 2006/216)

SAP Salamanca de 28 de octubre de 2005, (AC 2005/1985)

SAP Madrid de 8 de noviembre de 2005, (AC 2005/2265)

SAP Madrid de 21 de diciembre de 2005, (JUR 2006/64549)

SAP Barcelona de 28 de diciembre de 2005, (AC 2006/337)

SAP Barcelona de 11 de enero de 2006, (JUR 2006/84896)

SAP Madrid de 6 de febrero de 2006, (AC 2006/188)

SAP Málaga de 14 de febrero de 2006, (AC 2006/965)

SAP Madrid de 23 de marzo de 2006, (AC 2006/807)

SAP Cádiz de 27 de marzo de 2006, (JUR 2006/196191)

SAP Madrid de 8 de mayo de 2006, (JUR 2006/188123)

SAP Madrid de 14 de julio de 2006, (AC 2006/1615)

SAP Huesca de 19 de septiembre de 2006, (JUR 2006/279234)

SAP Barcelona de 26 de octubre de 2006, (AC 2006/365)

SAP Salamanca de 28 de octubre de 2006, (AC 2005/1985)

SAP Sevilla de 8 de febrero de 2007, (JUR 2007/88282)

AAP Madrid de 29 de mayo de 2007 (JUR 2007/321899)

SAP Barcelona de 29 de noviembre de 2011, (AC 2011/141)