

## INJURIAS Y CALUMNIAS CON PUBLICIDAD EN INTERNET

**Miguel Ángel Toledano Jiménez**

*Abogado*

*Profesor de Derecho. CEF.- UDIMA*

---

### EXTRACTO

Se analizan en el siguiente supuesto las expresiones vertidas por una persona en internet, en las que calumnia e injuria a otra, con expresiones tales como «el Sr. Juan... es un estafador, ni siquiera es arquitecto. No contraten con él puesto que nunca les terminará su casa y si lo hace se caerá a los pocos días. No es de fiar, ha engañado ya a mucha gente».

**Palabras claves:** injurias, calumnias, publicidad, internet, protección de datos y derecho al olvido.

---

*Fecha de entrada: 11-04-2016 / Fecha de aceptación: 27-04-2016*

## **ENUNCIADO**

Don Juan XX acude a nuestro despacho profesional para que estudiemos la posibilidad de entablar acciones penales frente a doña Almudena XX, quien en un foro de «construcción», en internet, realiza las siguientes manifestaciones:

«El señor Juan XX no es arquitecto, es un estafador, ni siquiera es arquitecto. No contraten con él puesto que nunca les terminará su casa y si lo hace se caerá a los pocos días. No es de fiar, ha engañado ya a mucha gente».

Estas manifestaciones aparecen firmadas por doña Almudena XX (perfectamente identificable) y se refieren a don Juan XX (también perfectamente identificable). Don Juan es arquitecto y tuvo algún problema profesional con doña Almudena, quien, llevada por la ira y el enojo frente al mismo, entró en un foro de internet donde se publicitaba don Juan y escribió las palabras que se indican.

Basta escribir en un buscador de internet las palabras «Juan XX, arquitecto», para que aparezca información sobre esta persona, el foro y las manifestaciones indicadas.

También nos pide que, además de las acciones penales, estudiemos la forma de que se retiren estas manifestaciones de la página web.

### *Cuestiones planteadas:*

1. Acciones relativas al «derecho al olvido» en materia de protección de datos. Últimas resoluciones judiciales al respecto.
2. Acciones penales por supuestos delitos de injurias y calumnias. Procedimiento a seguir.

## SOLUCIÓN

### 1. Acciones relativas al «derecho al olvido» en materia de protección de datos. Últimas resoluciones judiciales al respecto

La Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.

Asimismo, la Constitución Española de 1978, en su artículo 10, establece que la «dignidad de la persona, los derechos inviolables que les 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», encuadrando este artículo dentro del título I, relativo a los «derechos y deberes fundamentales».

Por otro lado, el artículo 18 de la CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, encuadrándose también este artículo dentro del título I ya mencionado.

Si bien es cierto que también la Constitución protege y reconoce, en su artículo 20, el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, estos derechos tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I (entre los que está el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen), y en los preceptos de las leyes que lo desarrollan.

Debemos de tener en cuenta que la LOPD garantiza los derechos denominados ARCO, consistentes en los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de las personas que quisieran ejercitarlos y relativos al tratamiento de sus datos de carácter personal.

En el caso que nos ocupa, en primer lugar, podríamos intentar, mediante el ejercicio de estos derechos ARCO, una serie de acciones frente al responsable del fichero (buscador o servidor de internet), en concreto los derechos de rectificación y cancelación de datos personales, siguiendo lo preceptuado en los artículos 16 a 19 de la LOPD, así como el derecho de oposición.

#### **Artículo 16. Derecho de rectificación y cancelación.**

«1. El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días.

2. Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos.

3. La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de estas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión.

4. Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación.

5. Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o, en su caso, en las relaciones contractuales entre la persona o entidad responsable del tratamiento y el interesado».

**Artículo 17.** *Procedimiento de oposición, acceso, rectificación o cancelación.*

«1. Los procedimientos para ejercitar el derecho de oposición, acceso, así como los de rectificación y cancelación serán establecidos reglamentariamente.

2. No se exigirá contraprestación alguna por el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación».

**Artículo 18.** *Tutela de los derechos.*

«1. Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los interesados ante la Agencia de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine.

2. El interesado al que se deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación, podrá ponerlo en conocimiento de la Agencia de Protección de Datos o, en su caso, del organismo competente de cada Comunidad Autónoma, que deberá asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación.

3. El plazo máximo en que debe dictarse la resolución expresa de tutela de derechos será de seis meses.

4. Contra las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos procederá recurso contencioso-administrativo».

**Artículo 19.** *Derecho a indemnización.*

«1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados.

2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas.

3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria».

Por otro lado, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, también hace referencia a estos derechos ARCO en los artículos 23 a 36, por otro lado, el artículo 34 recoge el derecho de oposición «como aquel derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo en los siguientes supuestos:

- a) Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una Ley no disponga lo contrario.
- b) Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 de este reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación.
- c) Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, en los términos previstos en el artículo 36 de este reglamento».

Con el derecho de rectificación perseguimos que se modifiquen los datos que pudieran ser inexactos o incompletos, en este caso, injuriosos, y, con el derecho de cancelación, se perseguiría el derecho del afectado a que se supriman los datos que resulten inadecuados o excesivos.

Estos derechos conformarían el denominado «derecho al olvido».

Las redes sociales ya incorporan en sus propias páginas los mecanismos necesarios para denunciar este tipo de situaciones, siendo el mayor problema la prueba a aportar en estos casos. El Ministerio del Interior, por su parte, ha reforzado la lucha contra el denominado «cibercrimen» mediante la creación del Grupo de Delitos Telemáticos, que es una unidad central operativa de la Guardia Civil, encargada de investigar todos aquellos delitos que se cometen a través de internet y cuyo origen se remonta al año 1996, cuando se constituyó el Grupo de Delitos Informáticos para atender las denuncias que había por entonces en esta área.

Nos centraremos ahora en las cuestiones de índole administrativo.

Lo primero que podemos hacer será intentar contactar con el administrador del sitio web (en este caso del foro de internet), para que proceda a borrar los comentarios ofensivos vertidos por doña Almudena sobre don Juan. Si el administrador del foro puede y quiere, borrará dichos

comentarios, todo ello independientemente de que podamos entablar también acciones penales contra la persona que injurió y calumnió a don Juan.

El problema que surge en muchas ocasiones es que, en el foro de internet, si bien se puede identificar al administrador del sitio web, este reside muchas veces fuera de territorio español e incluso fuera de la Unión Europea, sin que pueda ser posible el borrado de los datos, salvo mediante una petición judicial a través de la correspondiente comisión rogatoria (procedimiento de auxilio judicial entre Estados), lo cual hace que necesariamente haya de acudir a los juzgados y tribunales y complica bastante la situación.

En ese sentido conviene recordar que los artículos 10 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, contempla esta obligación por parte del prestador del servicio, así como el deber de colaboración necesario por parte del mismo.

#### **Artículo 10. Información general.**

«1. Sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente información:

a) Su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva.

b) Los datos de su inscripción en el Registro Mercantil en el que, en su caso, se encuentren inscritos o de aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad.

c) En el caso de que su actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión.

d) Si ejerce una profesión regulada deberá indicar: 1.º Los datos del Colegio profesional al que, en su caso, pertenezca y número de colegiado. 2.º El título académico oficial o profesional con el que cuente. 3.º El Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento. 4.º Las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos.

e) El número de identificación fiscal que le corresponda.

f) Cuando el servicio de la sociedad de la información haga referencia a precios, se facilitará información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío.

g) Los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente.

2. La obligación de facilitar esta información se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de internet en las condiciones señaladas en el apartado 1.

3. Cuando se haya atribuido un rango de numeración telefónica a servicios de tarificación adicional en el que se permita el acceso a servicios de la sociedad de la información y se requiera su utilización por parte del prestador de servicios, esta utilización y la descarga de programas informáticos que efectúen funciones de marcación, deberán realizarse con el consentimiento previo, informado y expreso del usuario.

A tal efecto, el prestador del servicio deberá proporcionar al menos la siguiente información:

a) Las características del servicio que se va a proporcionar.

b) Las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará.

c) El procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin, y

d) El procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional. La información anterior deberá estar disponible de manera claramente visible e identificable. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo establecido en la normativa de telecomunicaciones, en especial, en relación con los requisitos aplicables para el acceso por parte de los usuarios a los rangos de numeración telefónica, en su caso, atribuidos a los servicios de tarificación adicional».

#### **Artículo 11.** *Deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación.*

«1. 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.

2. Si para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio o la retirada de contenidos procedentes de un prestador

establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, el órgano competente estimara necesario impedir el acceso desde España a los mismos, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores de servicios de intermediación 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.

3. En la adopción y cumplimiento de las medidas a que se refieren los apartados anteriores, se respetarán, en todo caso, 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 estos pudieran resultar afectados. En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de forma excluyente para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, solo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo. En particular, la autorización del secuestro de páginas de internet o de su restricción cuando esta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes.

4. Las medidas a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda».

Podremos, por lo tanto, dirigirnos al administrador del sitio web/foro, y si el foro no lo indica, dirigirnos a alguna dirección que figure en dicho foro donde se produce el tratamiento de los datos; pensemos que siempre habrá de existir alguna forma de contactar, ya que lo normal es que cuando alguien se da de alta en dicho foro habrá sido necesario utilizar usuario y contraseña. No obstante, también cabe la posibilidad de dirigirnos al buscador de internet como veremos a continuación.

Por último, siempre cabría la opción de denunciar administrativamente el sitio ante la Agencia de Protección de Datos (APD) para que promueva el correspondiente expediente sancionador llegado el caso y cuando ni el administrador ni el buscador nos proporcionan los resultados que esperamos.

La propia web de la APD ([http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho\\_olvido/index-ides-idphp.php](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho_olvido/index-ides-idphp.php)) recoge una amplia y variada información al respecto, para los supuestos en los que tras haberse dirigido al buscador del sitio web, este no ha contestado o no la ha hecho en la forma que el interesado considera la más adecuada para la protección de sus derechos, en este sentido podemos citar las resoluciones de la APD siguientes (indicadas en su propia página web):

- [TD/01997/2014](#)
- [TD/01955/2014](#)
- [TD/01533/2014](#)
- [TD/01843/2014](#)

Si bien es cierto que también se hace referencia a otras resoluciones desestimatorias que conviene también tener en cuenta.

Se trata, como decimos, del denominado «derecho al olvido», que no es otra cosa que la manifestación de los tradicionales derechos de cancelación y oposición aplicados a los buscadores de internet. Como indica la propia página de la APD, «el derecho al olvido hace referencia al derecho a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa. En concreto, incluye el derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores generales cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público, aunque la publicación original sea legítima (en el caso de boletines oficiales o informaciones amparadas por las libertades de expresión o de información)».

Es importante recordar que este derecho puede ejercitarse directamente frente al buscador sin acudir previamente a la fuente original; en nuestro caso será fácil determinar el buscador, puesto que habrá servido para encontrar los comentarios injuriosos al añadir el texto o palabras a buscar, es más, en muchas ocasiones se desconocerá o no se podrá contactar con el administrador y será precisamente el buscador el que facilitará los datos del mismo o forma de contacto.

Concluyendo, podremos ejercitar el derecho al olvido frente al buscador sin acudir a la fuente original (administrador en su caso), tal y como indica la propia página web de la APD.

Si resulta estéril el ejercicio de nuestro derecho frente a la entidad que está tratando los datos de nuestro cliente, podremos entonces acudir a la APD.

Por lo tanto, la retirada del contenido ofensivo se puede solicitar ante el buscador de internet y ante el administrador del sitio web (*webmaster*), quienes podrán retirar el contenido o bloquearlo para que no aparezca en los motores de búsqueda; el problema surge cuando el *webmaster* opera en algún lugar remoto del mundo o el buscador de internet nos indica que los servicios son prestados por empresas ubicadas en otro país fuera de la Unión Europea, teniendo en estos casos que dirigirse a estas entidades que operan fuera del territorio europeo.

Conviene recordar, en este sentido, las dos últimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo al respecto, que parece, en un principio, y salvo lectura más detallada, que discrepan sobre la responsabilidad de un importante buscador de internet a la hora de ejercer el derecho al olvido; nos referimos a las Sentencias de la Sala Primera y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2016 y 14 de marzo de 2016, respectivamente.

Reproducimos la Nota de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2016, que puede leerse en la página <http://civil-mercantil.com/> (<http://civil-mercantil.com/search/node/confirma%20la%20condena%20a%20Google%20a%20indemnizar%20a%20un%20particular%20por%20no%20retirar%20datos%20personales%20del%20buscador>):

## TRIBUNAL SUPREMO. SALA CIVIL. GABINETE TÉCNICO

Sentencia de 5 de abril de 2016. Recurso 3269/2014

Derecho al olvido digital. Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado.

La sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de la que ha sido Ponente el Magistrado Sr. ..., ha resuelto que el tratamiento, en el año 2010, de los datos personales del demandante con relación al indulto que le fue concedido en 1999 por un delito cometido en 1981, en un motor de búsqueda en internet como es Google, una vez que el afectado requirió la cancelación de dicho tratamiento, debe considerarse ilícito por inadecuado y desproporcionado a la finalidad del tratamiento de los datos, a causa del plazo transcurrido desde que sucedieron los hechos.

La Sala desestima la alegación de Google Spain de considerar a la sociedad matriz Google Inc. única responsable del tratamiento de los datos y considera que la filial española puede ser demandada en un proceso civil de protección de derechos fundamentales pues tiene, a estos efectos, la consideración de responsable en España del tratamiento de datos realizado por el buscador Google. Para ello, parte de la finalidad de la Directiva europea de protección de datos de garantizar una tutela eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y aplica la jurisprudencia del TJUE, como máximo intérprete del Derecho de la Unión. Recuerda que la sentencia del conocido como «caso Google» (STJUE de 13 de mayo de 2014, asunto C-131/12) consideró que Google Spain podía ser considerada como responsable del tratamiento de datos, entendido este concepto en un sentido amplio por responder al objetivo de protección eficaz y completa de los derechos fundamentales afectados.

La Sala considera que la solución contraria supondría en la práctica un serio obstáculo para la efectividad de los derechos fundamentales, pues el afectado se vería obligado a litigar contra la sociedad matriz, Google Inc., sociedad de nacionalidad norteamericana con domicilio social en California, con los elevados gastos y dilaciones que ello trae consigo.

Por otra parte, se ha tenido en cuenta que las sentencias dictadas en fechas recientes por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en diversos recursos contra las resoluciones administrativas de la AEPD, que estimaban la falta de legitimación alegada por Google Spain, no tienen efecto

prejudicial respecto del recurso que resuelve la Sala Primera en el marco de un proceso civil de protección de derechos fundamentales, por la existencia de distintos criterios rectores en las distintas jurisdicciones y por la diversidad de las normativas que se aplican por unas y otras.

Sobre el fondo del litigio, la Sala realiza una ponderación entre el ejercicio de la libertad de información, consistente en que los datos sobre la concesión de indultos puedan encontrarse a través de un buscador como Google, y el respeto a los derechos al honor y a la intimidad cuando la información versa sobre el indulto por un delito que afecta negativamente a la reputación del afectado.

En esta ponderación, considera que hay un interés público en que la sociedad pueda estar adecuadamente informada sobre los indultos otorgados por el Gobierno, la identidad de los afectados y los delitos que han cometido. Este interés público justifica el tratamiento inicial de los datos que supone indexar las páginas web donde tales indultos son publicados y mostrarlos en la página de resultados de un buscador generalista de Internet. Pero, una vez transcurrido un plazo razonable, el tratamiento de datos consistente en que cada vez que se realiza una consulta en un motor de búsqueda generalista, utilizando el nombre y apellidos de una persona, aparezca entre los primeros resultados el enlace a la página web donde se publica el indulto, deja de ser lícito porque es inadecuado para la finalidad con la que se hizo el tratamiento. El daño provocado a los derechos al honor y a la intimidad del afectado resulta desproporcionado en relación al interés público que ampara el tratamiento de esos datos, cuando no es una persona de relevancia pública, ni los hechos presentan un interés histórico, por la afectación que sobre la vida privada tiene la interconexión de la información que realizan los motores de búsqueda y por el efecto multiplicador de la injerencia propio de la ubicuidad de los contenidos en la red.

Por último, la sentencia desestima también el recurso del demandante y considera que la indemnización concedida, 8.000 euros, no es desproporcionada a la entidad de los daños morales producidos por la vulneración de los derechos fundamentales.

Gabinete Técnico. Madrid, abril de 2016

## **2. Acciones penales por supuestos delitos de injurias y calumnias. Procedimiento a seguir**

Analizaremos, a continuación, si las manifestaciones vertidas por doña Almudena XX, en el foro de internet y relativas a don Juan XX, pudieran ser constitutivas de delitos de injurias y calumnias con publicidad y la forma de proceder en su caso.

Recordemos que el Tribunal Constitucional ha recogido ya en numerosas ocasiones la denominada doctrina preferente de las libertades de la comunicación, interpretando que solo tendrán carácter de «vejatorias» las opiniones «innecesarias para el fin de la información pública en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio» (STC 165/1987). Así, por ejemplo, en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 2015 (STC 177/2015),

se indica en el FJ 2.º que existe una consolidada doctrina constitucional que puede resumirse del siguiente modo (<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/paginas/Sentencia.aspx?cod=21339>):

«a) Conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerdan, entre otras, las más recientes SSTC 41/2001, de 11 de abril, FJ 4, y 50/2010, de 4 de octubre, se ha subrayado repetidamente la "peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión", en cuanto que garantiza para "la formación y existencia de una opinión pública libre", que la convierte "en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática". De modo congruente, hemos insistido también en la necesidad de que dicha libertad "goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones", que ha de ser "lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor" (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, y 50/2010, FJ 7).

b) También hemos sostenido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica "aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática" (SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones "acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población" (STEDH caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49). En fin, en esta última Sentencia hemos recordado también que en nuestro sistema "no tiene cabida un modelo de 'democracia militante', esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas".

En ese contexto, tanto este Tribunal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han insistido en el significado central del discurso político desde el ámbito de protección de los arts. 20 CE y 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), particularmente amparable cuando se ejerce por un representante político. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la libertad de expresión adquiere unos márgenes especialmente valiosos cuando se ejerce por una persona elegida por el pueblo (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegi c. España, §50), que representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses, estándole "permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones" (caso Otegi c. España, § 54), por lo que en ese contexto el control debe ser más estricto (STEDH de 23 de abril de 1992, caso Castells c. Es-

paña, § 42). Sin perjuicio de lo cual, el sujeto interviniente en el debate público de interés general debe tener en consideración ciertos límites y, singularmente, respetar la dignidad, la reputación y los derechos de terceros.

c) La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el art. 20.1 a) CE "no reconoce un pretendido derecho al insulto" (SSTC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo, y 50/2010, de 4 de octubre). En consecuencia, este Tribunal ha declarado repetidamente que quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE "las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas". Es decir, las que, "en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas".

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que "la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia" (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica, § 64), del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.

d) Estos límites deben ser, no obstante, ponderados siempre con exquisito rigor. Esta regla, que es de obligada atención con carácter general, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, lo es todavía más cuando dicha libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales, en particular el derecho al honor (art. 18 CE), y señaladamente con otros intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. Cuando esto último sucede, como es el presente caso, esas limitaciones siempre han de ser "interpretadas de tal modo que el derecho fundamental [del art. 20.1 a) CE] no resulte desnaturalizado" (STC 20/1990, de 15 de febrero; FJ 4). Lo que, obliga entre otras consecuencias, "a modificar profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión", pues su posición preferente impone "la necesidad de dejar] un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad (SSTC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 4, y 278/2005, de 7 de noviembre; FJ 4), y "convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi*", tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos (SSTC 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y 29/2009, de 26 de enero, FJ 3). En definitiva, el Juez penal ha de tener siempre presente su contenido constitucional para "no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático" (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de

11 de diciembre, FJ 4; [127/2004](#), de 19 de julio, FJ 4, y [253/2007](#), de 7 de noviembre, FJ 6, y STEDH, caso Castells, 23 de abril de 1992, § 46).

e) Así las cosas, el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues "es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito" (por todas, últimamente, STC [89/2010](#), de 15 de noviembre, FJ 3). Por ese motivo, como también hemos repetido en múltiples ocasiones, "la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible" (STC [29/2009](#), de 26 enero, FJ 3), y, por lo mismo, «constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración» (SSTC [299/2006](#), de 23 de octubre, FJ 3, y [108/2008](#), de 22 de septiembre, FJ 3). En suma, en casos como el presente, "no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido" (SSTC [137/1997](#), de 21 de julio, FJ 2, y [127/2004](#), de 19 de julio)».

En el caso que nos ocupa, desde nuestro punto de vista, podríamos estar ante delitos contra el honor que no quedarían amparados por la libertad de expresión, recogidos en los artículos 205 y siguientes del Código Penal, toda vez que las expresiones vertidas en el foro de internet son calumniosas e injuriosas. Al menos, podrían ser manifestaciones de suficiente entidad como para que se incoaran diligencias penales sin perjuicio del enjuiciamiento posterior de las mismas, por lo tanto, estudiaremos la interposición de la correspondiente acción penal.

Existe calumnia puesto que se imputa a don Juan un delito, hecho conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, por supuesto habrá que demostrarlo, pero al menos parece un indicio suficiente para que pudieran incoarse diligencias penales mediante la interposición de la correspondiente querrela criminal.

De igual forma, ocurriría respecto al delito de injurias, puesto que las expresiones lesionan la dignidad de don Juan, menoscabando su fama y atentando contra su propia estimación. Estas injurias podrían ser constitutivas de delito (art. 208.2 CP) puesto que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, deberían ser tenidas en el concepto público de graves y estar hechas con publicidad, puesto que se propagan por medio de internet (medio de eficacia semejante a la imprenta o radiodifusión).

En cuanto al procedimiento a seguir para entablar acciones penales, recordemos que el Código Penal exige querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal (art. 215 CP) y

solo se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos. Por otro lado, recordemos que los delitos de injurias y calumnias prescriben al año, lo cual también lo tendremos, lógicamente, en cuenta a la hora de iniciar acciones penales.

Tomada la decisión de iniciar acciones penales, debemos recordar que según lo preceptuado en los artículos 804 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) debemos presentar, junto con la querella, certificación de haber celebrado el acto de conciliación con el querellado o de haberlo intentado sin efecto ya que, de lo contrario, la querella no será admitida cuando se dirija frente a particulares; así lo recoge también el artículo 278 de la LECrim.:

#### **Artículo 278.**

«Si la querella tuviere por objeto algún delito de los que solamente pueden perseguirse a instancia de parte, excepto el de violación o raptó, acompañará también la certificación que acredite haberse celebrado o intentado el acto de conciliación entre querellante y querellado. Podrán, sin embargo, practicarse sin este requisito las diligencias de carácter urgente para la comprobación de los hechos o para la detención del delincuente, suspendiendo después el curso de los autos hasta que se acredite el cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior».

#### **Artículo 804.**

«No se admitirá querella por injuria o calumnia inferidas a particulares si no se presenta certificación de haber celebrado el querellante acto de conciliación con el querellado, o de haberlo intentado sin efecto».

#### **Artículo 806.**

«Si la injuria y calumnia se hubieren inferido por escrito, se presentará, siendo posible, el documento que la contenga».

#### **Artículo 811.**

«El que se querelle por injuria o calumnia deberá acompañar copia de la querella, que se entregará al querellado al tiempo de ser citado para el juicio».

Por lo tanto, interpondremos en primer lugar demanda de conciliación ante el Juzgado de Primera Instancia que corresponda; una vez celebrado el acto de conciliación, con el acta correspondiente o en su caso con certificación de haberlo intentado sin efecto, procederemos a interponer querella criminal ante el Juzgado de Instrucción que corresponda aportando a dicha querella

certificado del acto de conciliación emitido por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia donde se hubiera celebrado.

No olvidemos, por otro lado, que la querella habrá de reunir los requisitos del artículo 277 de la LECrim.:

### **Artículo 277.**

«La querella se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado.

Se extenderá en papel de oficio, y en ella se expresará:

1.º El Juez o Tribunal ante quien se presente.

2.º El nombre, apellidos y vecindad del querellante.

3.º El nombre, apellidos y vecindad del querellado. En el caso de ignorarse estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer.

4.º La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecutó, si se supieren.

5.º Expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho.

6.º La petición de que se admita la querella, se practiquen las diligencias indicadas en el número anterior, se proceda a la detención y prisión del presunto culpable o a exigirle la fianza de libertad provisional, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda.

7.º La firma del querellante o la de otra persona a su ruego si no supiere o no pudiese firmar cuando el Procurador no tuviese poder especial para formular la querella».

Por supuesto, como ya hemos indicado, corresponderá a los juzgados y tribunales el enjuiciamiento y fallo en su caso de la cuestión debatida, no obstante, hemos querido analizar la posibilidad de iniciar acciones penales y la forma de proceder llegado el caso.

A este respecto, nos resulta también muy interesante la Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado sobre pautas a seguir para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, en la que hace una referencia al delito de injurias graves sin publicidad (art. 209 CP) y a la competencia en este tipo de supuestos.

Por último, queremos hacer mención al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 4) de 25 de febrero de 2015 (Resolución 131/2015), en un supuesto de injurias por internet que abun-

da en los efectos sociales indeseables de este tipo de conductas a través de internet. Reproducimos parte del auto por considerarlo de interés:

«En consecuencia, no parece necesario abundar en consideraciones sobre la importancia que tiene y la tutela judicial que merece el bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación penal de los delitos de calumnia e injuria. Pero sí es necesario destacar que, en el supuesto que nos ocupa, la modalidad de ataque a dicho bien jurídico resulta ser especialmente grave, teniendo en cuenta que las expresiones se vierten a través del más potente medio de comunicación y difusión social de nuestro tiempo, que es internet, incrementando así enormemente los efectos lesivos para el derecho al honor de la querellante. La conducta presuntamente delictiva es, pues, en el supuesto que nos ocupa, de una gravedad que no es posible minimizar. Pero es que, además, los efectos sociales indeseables de tal tipo de conductas se podrían incrementar en una medida mucho más elevada si se llegase a alcanzar una sensación social generalizada de impunidad de esos comportamientos, lo que vendría propiciado, de un lado, por el anonimato en el que sus autores suelen escudarse por medio de la utilización de seudónimos, nombres supuestos o "nicknames" y, de otro lado, por la imposibilidad de llegar a conocer su verdadera identidad si llegasen a establecerse trabas legales o judiciales injustificadas al esclarecimiento y persecución penal de dichas conductas y de sus autores, que, como ya hemos dicho, no encuentran cobijo alguno en el derecho a la libertad de expresión y opinión contemplado en el artículo 20.1 a) de nuestra norma fundamental. El resultado no sería otro que la absoluta desprotección penal de un bien jurídico tan importante como el derecho fundamental al honor, cuando el ataque se encauza a través de internet u otros servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, sin ningún beneficio socialmente apreciable, pues no puede considerarse como tal el exponencial incremento en la red de conductas abiertamente calumniosas o injuriosas, de graves repercusiones personales y sociales para las personas que se viesen sometidas a ellas. Todas esas circunstancias permiten valorar como socialmente graves los hechos delictivos que se denuncian en la presente causa y permiten considerar legítima, adecuada y proporcionada su investigación tecnológica, con la finalidad de conocer la verdadera identidad de quien sea autor de los mismos, pues, a la vista de todas esas circunstancias, tales hechos encajan en la expresión "delitos graves" utilizada por la Ley 25/2007, de 18 de octubre».

#### *Sentencias, autos y disposiciones consultadas:*

- Constitución Española, arts. 18 y 20.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 277, 278, 804, 805, 806 y 811.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 205 y 215.
- Ley 15/1999 (Protección de Datos de Carácter Personal), arts. 16 a 19.

- Ley 34/2002 (Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico), arts. 10 y 11.
- Real Decreto 1720/2007 (Rgto. de la Ley Orgánica de Protección de Datos), arts. 23 a 26 y 34.
- CEDH, art. 10.
- SSTEDH de 23 de abril de 1992, 16 de julio de 2009 y 15 de marzo de 2011.
- STJUE de 13 de mayo de 2014.
- SSTC 165/1987 y 177/2015.
- SSTS de 14 de marzo de 2016 (Sala tercera) y 5 de abril de 2016 (Sala primera).
- AAP de Madrid (sección 4.ª) de 25 de febrero de 2015.
- Circular 1/2015 de la Fiscalía General del Estado.