

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**“ESTABLECIENDO EL LÍMITE ENTRE EL USO DEL HUMOR Y LA
DENIGRACIÓN EN LA PUBLICIDAD COMERCIAL”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA**

AUTORA

HUAYANCA HINOJOSA BRIANNA SELENE

ASESOR

TASSANO VELAOCHAGA HEBERT EDUARDO

LIMA - PERÚ

AGOSTO, 2020

DEDICATORIA

A Manuel, mi compañero de vida, por su apoyo incondicional y por ser quién me impulsa a seguir adelante.

Brianna Huayanca



RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo tiene como objetivo trazar un límite que sea considerado razonable y legítimo entre el empleo del humor como una manifestación de la libertad de expresión y la denigración en la publicidad comercial por lo que, en principio se tendrá en cuenta el análisis de los casos considerados más representativos en materia de denigración (Spots publicitarios Gómez, Cocineros y Chamanes e Impulsadora) y cuyas resoluciones emitidas por la Sala en materia de Competencia Desleal, carecieron de una línea en común por la existencia de dos normas aparentemente contradictorias. En ese sentido y con la finalidad de dilucidar el problema que nos aqueja, se proponen la elaboración de los test de intención dolosa y de necesidad, los cuales han sido preliminarmente desarrolladas por las Cortes Norteamericanas y en el ordenamiento español y que teniendo en cuenta la finalidad de los mismos y los valores que propugna nuestro ordenamiento, resultan ser susceptibles de aplicarse en materia de competencia desleal. Asimismo y con la finalidad de legitimar la actuación de la autoridad administrativa (INDECOPI) se realizará un análisis de razonabilidad de la restricción a la libertad de expresión que (sanciones), en caso se evidencie una conducta que tenga como intención denigrar a los otros competidores y cuando esta no sea considerada necesaria ni se justifique. Teniendo en cuenta que el análisis de la *exceptio veritatis* que propugna la ley vigente, resulta aún insuficiente para lograr determinar cuándo nos encontramos frente a una publicidad denigratoria, los test propuestos operaran como un referente para cualquier operador jurídico que quiera determinar si en aquella publicidad en donde se haya empleado el recurso humorístico se llega a advertir la intención dolosa y maliciosa de dañar la reputación de determinado agente económico y que, toda referencia a la competencia no se haya demostrado que era necesaria ni justificada; pues será razonable que la autoridad competente pueda limitar el ejercicio de la libertad de expresión con la finalidad de salvaguardar el honor, la reputación y la imagen del agraviado. En consecuencia, el límite consistiría sencillamente en que podremos utilizar el humor mientras este no tenga como objetivo denigrar y dañar sin ninguna necesidad o justificación a los otros agentes económicos que no pidieron verse involucrados en determinada publicidad.

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| RESUMEN EJECUTIVO | 1 |
| CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN | 3 |
| 1.1. Tema de Investigación: | 3 |
| 1.2. Problema de Investigación: | 3 |
| 1.3. Planteamiento de Hipótesis: | 6 |
| 1.4. Planteamiento de Objetivos: | 7 |
| CAPITULO II: ESTADO DEL ARTE | 8 |
| 2.1. <i>Las Personas Jurídicas como titulares de derechos:</i> | 8 |
| 2.2. <i>Derecho al honor y a la buena reputación:</i> | 9 |
| 2.3. <i>Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial sobre el derecho al honor de la persona jurídica:</i> | 10 |
| 2.4. <i>Libertad de Expresión en los tribunales estadounidenses vs los tribunales peruanos:</i> | 12 |
| 2.5. <i>Libertad de expresión en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:</i> | 16 |
| 2.6. <i>Libertad de expresión en la Publicidad Comercial:</i> | 17 |
| 2.7. <i>Publicidad Denigratoria:</i> | 18 |
| 2.8. <i>El Tribunal de INDECOPI y su intento por establecer el límite.</i> | 20 |
| 2.9. <i>Propuesta de integración de normas:</i> | 22 |
| 2.10. <i>La diferencia de la aplicación de la exceptio veritatis en el Derecho Común y en la Competencia Desleal:</i> | 23 |
| 2.11. <i>Posición Personal:</i> | 25 |
| CAPITULO III: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN - ENFOQUE METODOLÓGICO | 28 |
| 3.1. <i>Análisis de los casos peruanos</i> | 29 |
| 3.2. <i>Análisis de los casos extranjeros:</i> | 36 |
| CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN | 41 |
| 4.1. <i>Análisis de Intención Dolosa:</i> | 42 |
| 4.2. <i>Análisis de Necesidad:</i> | 45 |
| 4.3. <i>Análisis de Razonabilidad de la medida restrictiva:</i> | 48 |
| 4.4. <i>Aplicación de los test en los Casos Emblemáticos:</i> | 52 |
| 4.5. <i>Análisis de un caso actual sobre denigración por la utilización del componente humorístico.</i> .. | 59 |
| Conclusiones | 63 |
| Recomendaciones | 65 |
| Referencias..... | 66 |

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Tema de Investigación:

El tema de la presente investigación tiene como finalidad lograr trazar un límite que sea razonable entre el uso del humor como una manifestación de la libertad de expresión y la denigración considerada como un atentado al honor y a la buena reputación de la persona jurídica en la publicidad comercial.

1.2. Problema de Investigación:

En el transcurso de los años, son varios los casos que se han discutido ante el INDECOPI referidos a actos denigratorios contenidos en la publicidad comercial como una práctica de competencia desleal en los que incurren diversas empresas como una “estrategia” para desprestigiar a sus competidores. Sin embargo, antes de la publicación del Decreto Legislativo 1044 “Ley de Represión de la Competencia Desleal”, norma vigente, el contexto en el que se vivía se caracterizaba por la coexistencia de dos normas distintas, lo cual originó que, los diversos pronunciamientos del INDECOPI carecieran de una coherencia lógica y una línea común respecto a las decisiones que emitía, ya que, si bien, en algunos casos consideraba que “al no haberse referido de manera directa al denunciante y que ciertos términos considerados inicialmente peyorativos (“imitación barata”) no podrían ser entendidos como denigratorios si es que se lograba demostrar que estos eran ciertos y además que, se habían realizado en un contexto humorístico (Caso Cocineros y Chamanes) (Res. N° 0811-2005, pp. 8 - 9). Por otro lado, y en un sentido totalmente opuesto, en el caso Impulsadora, se señalaba que la denunciada había hecho un mal uso del humor al emplear medios denigratorios, los cuales no eran necesarios ni pertinentes, probándose que solo tenían la finalidad de desprestigiar a la competencia (Gagliuffi, 2003, p. 313).

Lo que realmente llama la atención sobre los casos señalados es que, el tiempo transcurrido entre la emisión de uno y otro pronunciamiento era de tan solo cuatro meses y ambos se dieron en un solo contexto, el cual fue denominado como la “Guerra de las Kolas Amarillas”, que se suscitó en el año 2000 en donde el grupo CIKSA (dueños de la bebida Inca Kola) y el grupo Rivera (dueños de la bebida Triple Kola) se enfrentaron en una “batalla campal”, en el que cada comercial lanzado en el que se burlaban y ridiculizaban a la competencia terminaba siendo materia de denuncia. El contexto descrito nos permitirá situarnos en el origen del problema, de tal manera que

podamos esbozar una posible solución a nuestro problema teniendo en cuenta el análisis de los casos más emblemáticos en materia de denigración.

Como ya lo hemos mencionado anteriormente, esta contradicción de criterios obedecía principalmente a que en aquel contexto eran dos leyes distintas que coexistían y que se venían aplicando (Decreto Legislativo 691 “La Ley de Publicidad” y el Decreto Ley 26122 la “Ley sobre Represión de Competencia Desleal”), por lo que no quedaba muy claro cuando aplicar una u otra.

Nos explicamos, mediante el artículo 7 de la Ley de Publicidad se señalaba que: “*Artículo 7.- Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil. (...) Los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía*” (Gagliuffi, 2003, p. 303).

Por su parte, el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, vigente en ese momento, señalaba que:

Artículo 11.- Actos de denigración: Se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

Es así que, en el 2008 con la publicación del Decreto Legislativo 1044 - “Ley de Represión de la Competencia Desleal”, que lo criterios utilizados en una y otra ley se unifican y sistematizan y con ello se incluye un nuevo criterio que ya venía siendo utilizado ocasionalmente por el Tribunal de INDECOPI, la “*exceptio veritatis*”, como una suerte de integración entre una y otra norma, y sobre todo, mediante la incorporación de un análisis que permitiría justificar la conducta desleal si se probaba que lo que se informaba era verdadero, exacto y pertinente. Sin embargo, creemos que el test contemplado en la ley vigente aún resulta insuficiente para lograr identificar cuando una publicidad en la que se emplee el humor resulta ser o no denigratoria.

El humor en cualquiera de sus formas (parodia, sátira, etc.) es una de las formas en la que se manifiesta la libertad de expresión, por lo que este se encuentra protegido con total independencia de la función que cumpla (por ejemplo, humor crítico), ya que, resulta ser una manifestación de la personalidad humana (Marciani, 2004, p. 280). En ese sentido, no cabe duda de que, es totalmente válido que cualquier empresario al querer promocionar sus productos y servicios y en virtud de la

libertad de expresión empresarial que se le ha concedido, se valga del humor al igual que la fantasía y la exageración, con la finalidad de tener una mejor llegada en el público. No obstante, como bien lo señalan Maguiña y Sosa, el empleo de este mecanismo como expresión de la libertad empresarial podrá ser utilizado en la medida que no implique un acto de competencia desleal ni que mal informen a los consumidores (2018, pp. 97-98). En ese sentido, se entiende que al emplear términos denigratorios no se está compitiendo como consecuencia de una mayor eficiencia en el mercado sino, solo por el hecho de hacer empleo de un mecanismo cuestionable o en palabras de López “inútilmente ofensivo o innecesario” (2013, p.130).

Retomando el caso “Cocineros y Chamanes”, como uno de los casos más emblemáticos en materia de denigración desarrollado en un contexto humorístico y cuyo criterio del Tribunal en absoluto no es compartido dado que, no quedó claro por qué “se consideró que al hacer una alusión de manera indirecta a la competencia, esta alusión indirecta debilitaba la imputación de denigración y en consecuencia, esta situación debía interpretarse en favor del humor”, y mucho menos no entendemos el hecho del por qué el Tribunal concluyó señalando que “el humor siempre linda con lo denigratorio” (Res. N° 0811-2002, p. 9). En ese sentido, creemos que en ese contexto era pertinente que el propio Tribunal delimitará cuales eran los límites entre el humor y la denigración, teniendo en cuenta que la publicidad utilizada en el que se desarrollaron los personajes a mi parecer, era innecesaria, ya que, según lo señalado por Sosa, la denigración estaría incluida en la categoría de publicidad de naturaleza alusiva por lo que, es posible que esta alusión pueda realizarse tanto de forma directa como indirecta (2017, p. 167), por lo que no podría interpretarse que al ser una alusión indirecta, se deba favorecer el contexto humorístico y descartar la denigración.

En consecuencia, teniendo en cuenta los pronunciamientos emblemáticos del INDECOPI, así como el test o “prueba de la verdad” contenido en la ley vigente y dado que, el mismo aun es considerado insuficiente, **no ha quedado claro hasta qué punto se puede hacer uso del humor como una expresión del poder de libertad de expresión empresarial y cuando es que dicho recurso pueda tener como objeto denigrar a la competencia afectando el honor y reputación de otra empresa.**

1.3. Planteamiento de Hipótesis:

Teniendo en cuenta el problema que acarrea delimitar la delgada línea entre el humor y la denigración en la publicidad comercial, la posible solución al referido problema sería la siguiente: ***Se debe incorporar los elementos de la exceptio veritatis (verdad y pertinencia) en el análisis de intención dolosa (test 1) en donde también se evaluará la existencia de una daño real o potencial. Respecto al análisis de necesidad (test 2) la finalidad del mismo será determinar si los actos denigratorios previamente advertidos mediante el primer test y que han sido encubiertos mediante el recurso del humor, pueden ser o no pertinentes o necesarios (pertinencia) con la finalidad de encontrar o no una justificación que pueda considerarlos lícitos.***

En ese sentido, al realizar el análisis de intención dolosa, incorporaremos ciertos elementos del análisis de la *exceptio veritatis* (verdad y pertinencia) con la finalidad de advertir la real intención del agente al que se le imputa un daño real o potencial dentro de un contexto humorístico. En tanto que, mediante el análisis de necesidad también se volverá analizar la pertinencia de lo señalado, pero con miras a justificar la denigración previamente evidenciada.

En primer lugar, en el análisis de la ***intención dolosa***, la misma que en el derecho norteamericano, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha tenido en cuenta a la hora de resolver los casos *Hustler v. Farewell* y *New York Times v. Sullivan*, para descartar la comisión de hechos conducentes a dañar intencionalmente la reputación y el honor, y cuyo ejercicio de la libertad de expresión sea válido y legítimo (1988, p. 7); trataremos de advertir: ***i) ¿si se han empleado imputaciones falsas, frases agresivas o malintencionadas dentro de un contexto humorístico? y iii) ¿si se puede identificar un daño real o potencial?*** La carga de probar la existencia de las imputaciones falsas, agresivas o malintencionadas y la identificación del daño recaerá en el agraviado.

En segundo lugar, y solo teniendo en cuenta que las respuestas a dichas interrogantes sean afirmativas, pasaremos a realizar el ***análisis de necesidad*** que consiste en determinar si ***¿existe una necesidad competitiva u otra justificación que sea válida para animarse a realizar cualquier afirmación (directa o indirecta) respecto a la competencia?*** En este punto, la carga de la prueba le compete al supuesto agraviante el cual deberá justificar su proceder, por lo que, si la respuesta es negativa, se considerará que la alusión a la competencia ha sido innecesaria.

De esta manera, un análisis de intención dolosa sumado al análisis de necesidad a los que se le han incorporado elementos de la *exceptio veritatis* (la verdad destruye la intención dolosa y la pertinencia podría justificar la necesidad del agravio), y cuya carga de la prueba sea compartida entre el denunciante y denunciado, nos ayudaría a remarcar esa línea divisoria entre la libertad de expresión y la denigración mediante el empleo del humor, puesto que, si bien, existe un derecho a utilizar todas las herramientas que se crean convenientes para publicitar un bien o servicio, también se deberá respetar el prestigio y reputación de los agentes económicos, ya que, según lo señalado por Aramayo, Maguiña y Sosa, toda referencia a otro competidor ya de por sí conlleva un cierto descrédito para dicho competidor aludido (2013, p. 107), por lo que siempre se deberá actuar con cuidado y sobre la base de la buena fe empresarial.

Finalmente, luego de haber determinado la existencia de frases falsas, violentas o malintencionadas dentro de un contexto humorístico y que se haya probado la existencia de un daño, siendo que la necesidad de referirse a la competencia era innecesaria y en definitiva llegar a la conclusión que la publicidad era denigratoria; se pasará a analizar la razonabilidad de la restricción a la libertad de expresión impuesta por la autoridad administrativa, con el objeto de justificar la preeminencia de un derecho frente a otro en atención a las facultades que han sido otorgadas a la referida entidad (INDECOPI).

1.4. Planteamiento de Objetivos:

Teniendo en cuenta la hipótesis planteada, los objetivos a desarrollarse serán los siguientes:

- Incorporar al análisis de intención dolosa y necesidad elementos del test de veracidad (verdad y pertinencia)
- Establecer la diferencia entre en análisis de intención dolosa y el análisis de necesidad, con la finalidad de justificar y reforzar el empleo de ambos test.
- Evaluar que la limitación de la libertad de expresión que aplica la autoridad administrativa sea razonable y proporcional.
- Establecer el empleo razonable del recurso del humor que sea consecuente con salvaguardar derecho al honor y a la reputación.

CAPITULO II: ESTADO DEL ARTE

En este punto, será pertinente señalar la postura de los autores más representativos respecto a los temas relacionados con la materia de esta investigación. En ese sentido, primero se hablará sobre los derechos de los que gozan las personas jurídicas; para luego señalar que es lo que se entiende por derecho al honor y la buena reputación; seguido del desarrollo del derecho al honor por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial; luego se describirá como es entendido el derecho a la información y a libertad de expresión en los tribunales estadounidenses versus lo que se entiende en nuestro ordenamiento; asimismo, será necesario establecer como es entendida la libertad de expresión en la publicidad comercial; que es lo que debe entenderse por publicidad denigratoria; para luego señalar mediante el análisis de los casos más emblemáticos sobre la materia referida, como es que el INDECOPI logro o no trazar el límite entre el humor y la denigración, y; finalmente, hacer la diferenciación entre cómo se aplica la *exceptio veritatis* en el derecho común y su diferencia en los temas de competencia desleal.

2.1. Las Personas Jurídicas como titulares de derechos:

Castillo señala que no cabe la menor duda que todas las personas, por su sola condición de seres humanos, sean titulares de derechos y obligaciones, es decir sujetos de derechos. Sin embargo, ello no es tan claro cuando nos referimos a las personas jurídicas, es así que, ha sido fundamental que el ordenamiento jurídico establezca que las personas jurídicas también son titulares de derechos y obligaciones en la medida que la persona jurídica es una creación del propio ordenamiento jurídico y que su existencia es reconocida porque ésta se constituye sobre la base de un componente humano y que su existencia tiene como única finalidad el conseguir determinados objetivos que de por sí solos los propios individuos no podrían conseguir fácilmente (2007, p. 5).

El referido autor señala que, a través de la creación de las personas jurídicas se trata de cumplir con el principal objetivo de la hermenéutica constitucional: “entender a la persona humana como un fin en sí misma”, teniendo en cuenta ello, es que se puede reconocer que las personas jurídicas (independientemente de sus tipos o clases) también son titulares de derechos fundamentales por lo que el Tribunal Constitucional ha señalado que, al ser las personas titulares de derechos, algunos de estos derechos también pueden ser extendidos a las personas jurídicas que las representan (Castillo, 2007, p. 10).

2.2. *Derecho al honor y a la buena reputación:*

Teniendo en cuenta lo mencionado en el punto anterior, podemos afirmar que el ordenamiento jurídico ha reconocido la existencia de derechos y deberes a las personas jurídicas, por el componente humano que las conforman; sin embargo, el referido autor mencionado líneas arriba, hace la acotación que, si bien a la persona se le reconoce su naturaleza humana y consecuente dignidad, ello no puede ser posible en el caso de las personas jurídicas (Castillo, 2007, p.12). No obstante, el autor señala cuales son los derechos de los que sí puede ser titular una persona jurídica: como, por ejemplo, el derecho a la propiedad; al debido proceso; igualdad ante la ley; libertad de información, opinión, expresión y difusión mediante cualquier medio de comunicación; el derecho al honor y a la buena reputación, etc. (Castillo, 2007, p.13). Siendo estos dos últimos derechos mencionados los que nos interesa resaltar para los fines del presente trabajo.

Por su parte, Espinoza señala que el derecho al honor solo podría reconocérseles a las personas naturales, ya que, el contenido de este derecho está referido a “la situación jurídica en la que se reconoce a la persona en tanto un valor en sí misma y depositaria de una especial dignidad humana y frente a ello se le protege respecto de los juicios de valor que se puedan hacer de ella” (2008, p. 324). Asimismo, el referido autor señala que el derecho al honor puede dividirse en: subjetivo y objetivo. Sobre el primero, se refiere al juicio de valor que realiza la propia persona respecto de sí misma, por lo que estaríamos dentro de lo que denominamos honra, en tanto que, el honor objetivo está referido al concepto o juicio que tienen los demás respecto al comportamiento ético y social de determinado sujeto, es decir que sobre la base de estas valoraciones por parte de la colectividad se construye la llamada reputación (Espinoza, 2008, p.p. 324 – 325).

En esa misma línea, según lo señala el referido autor mencionado líneas arriba, el honor se desprende del concepto de la dignidad humana, señalando además que esta dignidad puede dividirse a su vez, en dos planos: un plano ontológico el cual es consecuencia de la propia naturaleza humana y la cual es considerada igual para todos los seres humanos, en tanto que, en lo que se refiere al plano moral, este se construye como consecuencia del comportamiento personal e individual de cada persona acorde con la ética, siendo que este tipo de honor es el que puede ser percibido de manera distinta en atención a cada individuo (Espinoza, 2008, p. 333).

En ese sentido, el referido autor coincide con De Martini al señalar que, si bien existe un honor mínimo cuyo contenido es considerado igual para todas las personas, también será cierto que, cada

individuo de manera individual es acreedor de un honor o reputación que ha sido construida en atención a su comportamiento, cualidades personales e incluso profesionales (Citado en Espinoza, 2008, p. 334) que le confieren determinada particularidad.

2.3. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial sobre el derecho al honor de la persona jurídica:

Habiendo señalado la posición de Espinoza respecto a que el derecho al honor solo puede estar referido a las personas en atención a su naturaleza humana y consecuente dignidad, no podemos dejar de mencionar la posición del Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, el cual ha señalado que el sustento del reconocimiento del derecho al honor o a la reputación es el principio de la dignidad de la persona humana, siendo que al ser un derecho que se deriva de la naturaleza humana este es considerado un derecho personalísimo, sin embargo, señala el Tribunal, este derecho también puede extenderse a las personas jurídicas, pues de lo contrario, podrían ser consideradas legítimas aquellas situaciones en que se cuestionen o dañen la imagen de una organización creada por individuos (Tribunal Constitucional, Exp. 0905-2001, fundamentos 6 y 7). Siendo ello así, el Tribunal enfatiza que esta persona jurídica -en atención a los derechos que ostenta- puede interponer una acción de amparo al igual que cualquier otro individuo cuando se esté dañando su derecho a la buena reputación.

En esa misma línea, Rovira ha señalado que en el caso del Tribunal Constitucional español, aquel ha establecido que cualquier persona jurídica ya sea de tipo personalista o patrimonialista, que es atacada en su honor, fama o reputación puede interponer una acción con la finalidad de hacer valer su protección y que si bien es cierto, el derecho al honor es un derecho inherente a los individuos sin embargo, este no debe ser entendido como exclusivo de los individuos por lo que, no se debe excluir la posibilidad que las personas jurídicas puedan hacer valer este derecho en aquellos casos que se divulguen hechos que la difamen o la hagan desmerecedora de la consideración ajena (1998, p. 480).

Retomando el caso peruano, el Poder Judicial a través del Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, también ha entendido de manera “implícita” que la persona jurídica es titular del derecho a la honra y a la buena reputación, ya que, en el caso de la querrela interpuesta por el Instituto de Defensa Legal – IDL (persona jurídica) por la comisión del delito de difamación, el cual se le imputa al ex magistrado Javier Villa Stein, el Poder Judicial señaló que “no había lugar a la

apertura de instrucción” dado que, el querellado no afirmó de manera directa que el querellante sea una organización criminal sino, que este señaló que debería abrirse una investigación respecto a esta organización, por lo que no se evidencia que este haya empleado frases ultrajantes en contra de IDL. Asimismo, señala el Poder Judicial que el derecho a la libertad de expresión u opinión no es un derecho ilimitado, por lo que, este debe ejercerse sobre la base del respeto, es decir, sin que se utilicen ciertos calificativos agraviantes que afecten el honor y la buena reputación de la persona jurídica (2019, Exp. 6774-2019, fundamento 12).

En el entendido que, las personas jurídicas son realmente titulares del derecho al honor y a la buena reputación al igual que las personas individuales, es preciso traer a colación el caso de la Paisana Jacinta en donde uno de los derechos vulnerados que alegaron los demandantes (representantes de las comunidades indígenas) es el derecho al honor y a la buena reputación, en ese sentido, al analizarse en la sentencia los agravios imputados se hizo referencia a lo señalado por las Naciones Unidas cuando dicho organismo internacional refirió que el programa de televisión la Paisana Jacinta era discriminatorio y a pesar de las recomendaciones realizadas, señalaba que los medios de radiodifusión aún continuaban propagando estereotipos negativos, por lo que, se llegó a la decisión de suspender la emisión del referido programa hasta que su contenido haya sido cambiado y no se afecte a la poblaciones que se consideraban aludidas (2018, Exp. 00798-2014, Fundamento 3.11).

Por su parte, el abogado Manuel Torres en un artículo publicado por la revista La Ley manifestó su total oposición con la sentencia emitida, señalando que el referido fallo debe ser considerado peligroso dado que, dicha decisión estaría vulnerando el mandato constitucional de la proscripción de la censura previa y que, de aceptarse, tal y como sucede en un régimen totalitario, los jueces terminen señalando que contenido es idóneo o no para que este sea difundido. Asimismo, señalo que el fallo terminaría vulnerando lo dispuesto por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual señala que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión y que, en consecuencia, se encuentra prohibida toda censura previa, siendo que, el Tribunal Constitucional ha recogido el referido criterio. El Abogado finaliza la crítica señalando que, si bien es cierto, las conductas discriminatorias deben ser reprimidas, la censura previa en una sentencia judicial no sería la vía idónea para combatirlas (La Ley, 2018).

Es así que, con la finalidad de armonizar los diversos enfoques disciplinarios (civil y constitucional) debemos referirnos a lo acotado por el profesor Miranda, el cual señala que en la Constitución se pueden hallar tanto el principio de supremacía constitucional como el de fuerza normativa; el primero supone que las leyes y otras normas jurídicas deben interpretarse de manera coherente y con sujeción a la constitución, en tanto que, por fuerza normativa debemos entender que el derecho constitucional se erige por encima de todas las otras ramas del derecho. En ese sentido el derecho civil (y la forma en la que interpretamos sus principales instituciones) no puede pretender desligarse y dejar de adecuarse a las disposiciones constitucionales, pues es el derecho constitucional el que marca la pauta sobre el entendimiento de los principios y derechos fundamentales, teniendo como eje principal salvaguardar la dignidad de la persona (Miranda, pp. 100 – 105).

Por consiguiente, debemos entender que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional es la que define cómo debemos entender y hasta donde se puede extender el derecho al honor. En consecuencia, el derecho al honor y a la buena reputación es un derecho del cual también gozan las personas jurídicas en nuestro ordenamiento legal.

2.4. Libertad de Expresión en los tribunales estadounidenses vs los tribunales peruanos:

Habiendo realizado el análisis de la jurisprudencia nacional y el de las Naciones Unidas que reconocen el derecho al honor de las personas jurídicas, en este subcapítulo, será preciso exponer los fundamentos de la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto a la libertad de expresión.

En el caso *Hustler Magazine v. Falwell*, en la que un ministro religioso demanda al dueño de la revista *Hustler* por libelo (difamación) y el pago de daños psicológicos a raíz de la publicación de una parodia donde se recreaba una situación incestuosa entre el referido ministro y su madre; el Tribunal señaló que al igual que en el caso *FCC v. Pacifica Foundation*, el solo hecho que la sociedad considere que determinado discurso pueda resultar ofensivo no es justificación para que este discurso deba ser suprimido, pues por lo contrario, el referido discurso debe ser protegido por la Primera Enmienda, con la finalidad de propiciar el intercambio de ideas, no obstante, se estableció límites a la expresión de ideas, las cuales no estarían protegidas cuando estas sean vulgares o escandalosas (1988, p. 7).

Finalmente, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que no se podrá considerar que las figuras y funcionarios públicos tienen derecho al pago por daños psicológicos si es que antes no han cumplido con demostrar que la conducta infractora se ha realizado con una intención dolosa y dado que, en el presente caso no se puede interpretar que esta sea una recreación de una situación real (parodia), no se podría amparar la pretensión del demandante (1988, p. 7). Siendo ello así, mediante la resolución de este caso podemos apreciar que la libertad de expresión constituye una de las garantías fundamentales en el derecho norteamericano y que, al no haberse comprobado una intención dolosa (pues se trataba de una parodia) no se consideró que se debían imputar daños psicológicos.

Otro caso emblemático en el derecho anglosajón en donde se discutía la supremacía de la libertad de expresión fue en *New York Times v Sullivan*, en la que una publicidad que apareció en el diario *New York Times* mediante la cual se buscaba fomentar la igualdad estudiantil y el derecho al voto de los afroamericanos, así como la defensa de Martín Luther King Jr., acusando directamente a la policía de haberlo reprimido a los estudiantes protestantes con gases lacrimógenos y una desproporcionada violencia en una protesta pacífica, incluso afirmaba dicha publicidad que los agentes del orden habían atentado contra la vida e integridad física de la esposa e hijo de Martín Luther King Jr. Es así como, el Comisionado de Montgomery en representación de la policía entendió que al haberse tergiversado los hechos se le había difamado, por lo que acusó a tres afroamericanos y a un clérigo de Alabama (los cuales habían elaborado la publicidad), así como al periódico y a la editorial por libelo. Por lo que, a nivel estatal, se condenó a la editorial al pago de 500.000 dólares, sin embargo, en vía de apelación, la Corte Suprema señaló que de acuerdo a la Constitución existen límites para conceder el pago de daños por libelo a los funcionarios públicos, toda vez que está totalmente permitido expresar las ideas respecto a los funcionarios que ocupan cargos públicos y criticar como ejercen sus funciones oficiales, por lo que, la crítica e imputación se estaría realizando en el ejercicio de la libertad de expresión y en ese sentido, solo se podría conceder el pago de una indemnización si se cumplía con evidenciar la intención dolosa (*actual malice*), es decir, si es que, i) se lograba probar que las afirmaciones eran falsas o, ii) con ignorancia temeraria de que están eran falsas (Gascón, 2013, p.p. 174 - 175). Finalmente, los jueces Black y Douglas de manera concordante señalaron que la libertad de expresarse sobre los cargos o asuntos públicos es indiscutible, pues se pretende amparar y propiciar la libre discusión tal y como está protegida en la Primera Enmienda de la Constitución (Sánchez, 1992, p. 59).

Respecto al test de intención dolosa (*actual malice*), este puede ser considerado como una variante de las *fighting words* (palabras de odio o que incitan a la pelea), sobre las cuales se refirió la Corte Suprema en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire* en los años 40, en el que un testigo de Jehová fue condenado por utilizar las *fighting words* al emplear frases que incitaban el odio (“jodido fascista y jodido mafioso”) en contra de un policía que le pidió que dejará de repartir panfletos en la vía pública, pues estos estaban causando fuertes reacciones en los transeúntes. La Corte señaló que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto por lo que existen ciertos términos o apelativos que no pueden estar protegidos por la Primera Enmienda, pues estos términos son empleados con la finalidad de causar un daño o incitar a la ruptura de la paz. En ese sentido, las *fighting words* se refieren a todos aquellos insultos racistas o xenófobos de tipo claramente personal, dirigidas a causar un daño (Gascón, 2013, pp. 169 – 170).

Sin embargo y a pesar de lo resuelto en el referido caso, cabe precisar que en el derecho norteamericano no se encuentra criminalizado el discurso de odio, dado que, en la actualidad incluso aquellos insultos de carácter discriminatorio o xenófobo son considerados propios de la libertad de expresión de cualquier individuo (Campos, 2018, p. 285).

Por su parte Meiklejohn señala que en atención a los diferentes casos que se han tratado en la jurisprudencia, la libertad de expresión viene a constituirse en el elemento esencial de todo el sistema democrático norteamericano, toda vez que, la primera enmienda no estaría protegiendo la libertad de expresión, sino, todas aquellas actividades provenientes del pensamiento y de la libre comunicación, por lo que aquella no estaría referida a un derecho privado sino en todo caso, a un poder público al constituirse en una responsabilidad del propio gobierno de protegerla (Citado en Sánchez, 1992, p.56), y es que la libertad de expresión dentro de un Estado democrático descansa en una cuádruple premisa; pues i) permite la realización personal del hombre a través de la posibilidad de expresar libremente su ideas y creencias; ii) mediante el fomento de la libre discusión se incrementa el conocimiento y se logra descubrir la verdad; iii) es una garantía del sistema democrático el permitir la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones; y finalmente; iv) facilita un equilibrio entre las clases sociales al lograr un consenso entre ellos (Sánchez, 1992, pp. 61 – 62).

En esa misma línea, Marciani ha señalado que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos ha otorgado una amplia protección a la libertad de expresión, la cual se debe a la

influencia de las llamadas teorías democrático – políticas, incluso la protección iría más allá que la de otros derechos, a diferencia de lo que sucedería, por ejemplo, en los países europeos, en los cuales toda expresión o lenguaje de odio está prohibida en defensa de la dignidad de la persona, la cual está por encima del derecho a la libertad de expresión (2018, p.p. 223 - 224).

Por su parte, Castro señala que la preminencia de la libertad de expresión en Estados Unidos es el resultado de la aceptación de las corrientes filosófico – económicas cuyos máximos representantes fueron John Milton y John Stuart Mill, los cuales sostenían que sobre la base de la metáfora del mercado de ideas, a través de este derecho se logra distinguir la verdad y la mentira, es decir que, mientras se garantice la libre distribución de ideas, los individuos tendrán mejores herramientas para forjar su propia y libre opinión (2017, p. 14). En ese mismo sentido, Campos advierte que la preminencia del sistema democrático norteamericano se antepone a otros valores fundamentales (2018, p. 291).

En consecuencia, existe un consenso respecto a que la libertad de expresión goza de una super protección por parte del Tribunal Supremo Norteamericano, incluso por encima de otros derechos fundamentales (como, por ejemplo, el derecho al honor de las personas cuando éstas son ofendidas) pues así, se ha interpretado la Primera Enmienda, dado que, la libertad de expresión viene a ser el mayor valor de la sociedad norteamericana y la máxima garantía de las libertades individuales (Gascón, 2013, p. 180). Asimismo, se ha considerado que las sociedades democráticas gozan de una alta tolerancia a la ofensa (indiscutiblemente en el caso de los personajes públicos), incluso como lo señala Dworkin, existe un derecho a ofender, el cual forma parte de la libertad de expresión en su vertiente negativa (Citado en Marciani, 2018, p. 230).

En lo que respecta a la libertad de expresión en nuestro ordenamiento, el Tribunal Constitucional ha señalado que aun cuando la libertad de información sea resultado del derecho a la libertad de expresión, estos deben ser considerados como derechos independientes y con connotaciones distintas. Es así que, respecto a la libertad de expresión esta busca garantizar que las personas (naturales o jurídicas) expresen o difundan libremente sus ideas y opiniones, en tanto que, la libertad de información busca que se garanticen los derechos de acceso, búsqueda y propagación de hechos que sean considerados veraces (Tribunal Constitucional, Exp. 0905-2001, fundamento 9).

Asimismo, otra diferencia fundamental entre uno y otro derecho es que la libertad de expresión está referida a hechos subjetivos, pues se trata de las creencias y opiniones de los sujetos, mientras que, en la libertad de información se difunden hechos objetivos por lo que a este derecho se le puede incorporar un estándar de veracidad, que ratifique o en todo caso desacredite dicha información (Tribunal Constitucional, Exp. 0905-2001, fundamento 9).

2.5. *Libertad de expresión en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:*

Habiendo establecido en el punto anterior que la libertad de expresión se erige como el derecho más importante en las Cortes Norteamericanas, puesto que, se encuentra incluso por encima de otros derechos fundamentales como el derecho al honor o dignidad de la persona y que más que un derecho individual, se trataría de una garantía a cargo del propio Estado; en esta parte haremos referencia al marco jurídico interamericano sobre el tratamiento de la libertad de expresión.

El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos le confiere a la libertad de expresión un altísimo valor e incluso, establece un sistema propio y limitado de restricciones (Botero, 2013, p. 2). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a señalado que existe una relación directa entre la libertad de expresión y el nivel de democracia de un país, por lo que podríamos hablar de la doble dimensión de la libertad de expresión: *individual y colectiva*; **i)** el componente individual está referido al derecho que tiene cada individuo a expresar libremente sus ideas y creencias; y **ii)** al componente colectivo o social que tienen todas las personas de recibir información, conocer las creencias y opiniones de los demás (Botero, 2013, p. 3).

Es así que, teniendo en cuenta la importancia de la doble dimensión de la libertad de expresión y su relación con la democracia, el artículo 13 de la Convención Americana comprende una serie de principios y lineamientos que a continuación se detallan y que los Estados miembros deberán tener en cuenta a la hora de desarrollar la libertad de expresión en su legislación nacional: **i)** Se presume de manera general que se ampara toda forma de expresión, con independencia de cuál sea su contenido o de la aceptación social con la que cuenten dichas expresiones; **ii)** todas aquellas expresiones que estén referidas a las funciones de las personas que pretendan cumplir o cumplan con un cargo público gozan de una mayor protección en esta Convención por lo que los Estados que son parte no deberán establecer mayores limitaciones de las que aquí se señalan; **iii)** de imponerse limitaciones, éstas deben ser determinadas por responsabilidades ulteriores y nunca por una censura previa; **iv)** las limitaciones impuestas deben ser el resultado de haber realizado un *test*

de legitimidad en cual se cumplan a su vez 3 condiciones (deben ser establecidas en una ley de forma clara y precisa, deben establecerse con la finalidad de cumplir objetivos legítimos según la Convención y consideradas totalmente necesarias en un Estado Democrático); y finalmente, v) se debe incorporar la posibilidad que determinados tipos de expresión en atención al contenido o a los medios que se utilizan, deben ser considerados excepcionales y sujetos a un examen de necesidad para ser considerados válidos (Botero, 2013, p.p. 4 – 5).

2.6. Libertad de expresión en la Publicidad Comercial:

De esta manera, al haber podido constatar en el punto anterior que la libertad de expresión también es extensamente protegida por los organismos internacionales cuyos precedentes son de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros, en esta parte y retomando el tratamiento local, analizaremos como se entiende este derecho en sede administrativa.

Respecto a la libertad de expresión en la publicidad comercial, Maguiña y Sosa han señalado que las alegaciones que pueden ser incorporadas en los anuncios publicitarios pueden ser de dos tipos: objetivas y subjetivas. Respecto a las primeras estas son susceptibles de comprobarse, en tanto que las segundas, al estar referidas a opiniones o creencias estas no pueden comprobarse. En consecuencia, **solo a las alegaciones objetivas se les podrá aplicar el estándar de veracidad**, pues solo este tipo de afirmaciones podrían inducir a error o engañar a los consumidores. Sin embargo, en ciertos casos puede ser una tarea bastante difícil identificar que afirmaciones deben ser consideradas subjetivas u objetivas pues mucho depende de cómo lo puedan entender los consumidores (2018, pp. 97 - 98).

Siguiendo esa línea, tanto la Sala como el Tribunal de Represión de la Competencia Desleal señalaron que en el caso donde un agente económico difundió a través de los medios de comunicación y las redes sociales comentarios e imágenes respecto a su competidor señalando que este ofrece un “mal servicio”, o que tiene una “doble moral”, o que “prostituye la educación”, o de señalar “pobres niños que reciben esa basura”; las frases señaladas tuvieron como finalidad desprestigiar a la empresa denunciante, mermar su prestigio y reputación (Resolución N° 0453-2017/SDC-INDECOPI), siendo que lo interesante de este caso, es que se señaló que al haberse empleado frases subjetivas, no era susceptible de aplicarse el test de la *exceptio veritatis* (Citada en la Resolución N° 001-2018-LIN-CCD/INDECOPI, 2018. p. 23).

No obstante, muchos de los casos que se han discutido en el INDECOPI sobre competencia desleal y la pertinencia en la aplicación del test de veracidad (el cual se tratará con más detalle posteriormente), han carecido de un análisis en donde se diferencie las alegaciones de carácter objetivo frente a las de carácter subjetivo, entendiendo hasta aquí que solo en la primeras debería aplicarse el referido test, es por ello que desde el año 2014 la Sala de Defensa de la Competencia viene aplicando un criterio que ha sido considerado controvertido e incluso inútil para lograr discernir entre una y otra. El referido criterio consiste en determinar que la alusión será objetiva si es que esta: *i) contiene un parámetro objetivo susceptible de comprobación; y que, ii) se compruebe la veracidad a través de un parámetro objetivo y unívoco*. Sin embargo, para Sosa, el criterio formulado no es idóneo dado que, se contrapone con lo estipulado en el art. 21.2 de la LRCD (análisis superficial e integral de la publicidad), ya que, solo se remite a analizar estos dos criterios sin tener en cuenta la interpretación que debe hacerse como si se fuera un consumidor, es decir, de manera superficial e integral (Portal Jurídico Interdisciplinario, 2017).

Teniendo en cuenta las posibles dificultades para determinar cuándo se hace un idóneo uso de la libertad de información y de la libertad de expresión, y ante la imposibilidad de distinguir el ámbito subjetivo del objetivo, solo se deberá tener en cuenta que la publicidad debe realizarse salvaguardando un contexto de competencia, es decir que, estarán permitidos todos aquellos actos que impulsen o incentiven a los distintos actores del mercado a competir únicamente por razones de eficiencia, es decir que, si en el camino uno de estos actores es expectorado del mercado por haber sido superado por sus competidores más eficientes, ello debe ser considerado válido y hasta saludable. En conclusión, debe entenderse que en la represión de la competencia desleal lo que se busca proteger es el adecuado proceso competitivo mas no, resguardar los intereses de las empresas (Aramayo, et al., 2013, p. 29).

2.7. Publicidad Denigratoria:

Tal y como podrá ser advertido por el lector respecto a lo señalado en el acápite anterior, en sede administrativa aún continúa siendo difícil distinguir el ámbito objetivo del subjetivo, lo cual ha generado que las resoluciones emitidas por el INDECOPI no se encuentren exentas de cuestionamientos, sin embargo, un ejercicio aún más difícil será distinguir cuando nos encontramos ante cierta publicidad que puede ser considerada denigratoria.

En ese sentido, será preciso ahora dar a conocer que es lo que se entiende como publicidad denigratoria. En ese sentido, López señala que en el derecho español esta se entiende como aquella que tiene por finalidad enviar un mensaje al mercado haciendo alusión a la actividad comercial de un tercero, a sus relaciones comerciales y a cualquier otra situación que tenga como finalidad menospreciar su posición en el mercado, siendo que la única justificación a este descrédito será que el referido mensaje sea *verdadero, exacto y pertinente* (2013, p. 126). Cabe señalar que, tal y como es entendida la publicidad denigratoria en el derecho español, de esa misma forma es entendida actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.

En esa misma línea, Stucchi, señala que la denigración o descrédito puede realizarse a través de cualquier acto o medio (comunicado, afirmación directa, publicidad, etc.) que pretenda dañar la imagen o la oferta de otra empresa, asimismo, este perjuicio puede realizarse tanto de manera directa como indirecta, es decir que, la empresa o la oferta que se pretende desacreditar puedan ser identificables de manera plena (sin lugar a dudas de quien se está hablando) o mediante la identificación de ciertos indicios o características que de manera indirecta la permitan identificar. (2007, p. 168.) Sin embargo, lo argumentado por el referido autor se contrapone a la posición asumida por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el caso “Cocineros y Chamanes”, el cual se describirá con mayor detalle en el siguiente punto, pero que, en resumen, este consideró que, al haberse realizado una alusión indirecta, se debilitaría toda imputación de carácter denigratoria, privilegiando y justificando el uso del humor (2002, Res. N° 0811-2005, p. 2 - 9).

Asimismo, Martínez señala que para determinar si un acto es o no denigratorio, debe valorarse todos los elementos que se presenten en un determinado contexto, al igual que las circunstancias, y aspectos referidos a la razonabilidad de las manifestaciones, los usos considerados habituales, el contexto en el que se realizan las alusiones y como es que los consumidores recibirán las supuestas frases denigratorias de los otros competidores. En esa misma línea, todas las alusiones denigratorias deben estar referidas a la actividad comercial de uno o varios competidores, los establecimientos, los servicios, etc. Sin embargo, también podría estar referidos a características o cuestiones de carácter personal de aquellos que la integran (Citado en Eliseo Ocampo, 2014, p.p. 247 – 248).

2.8. *El Tribunal de INDECOPI y su intento por establecer el límite.*

Habiendo establecido en el acápite anterior cuales son los elementos que deberán tenerse en cuenta para determinar si estamos o no ante una publicidad denigratoria, en esta parte analizaremos los principales pronunciamientos del INDECOPI en materia de denigración.

Respecto a los casos considerados emblemáticos, en los cuales se ha discutido el límite entre el derecho a la libertad de expresión versus el derecho al honor y a la buena reputación, Gagliuffi señala que en lo concerniente a la “Guerra de las Kolas Amarillas”, esta se inicia en el año 2000 a raíz de una campaña publicitaria difundida por el grupo Rivera, dueños de la bebida Triple Kola, la cual se trataba de varios spots publicitarios cuyo personaje principal era un pintoresco “Gómez”, que de manera indirecta se podía intuir que se trataba de un trabajador de la empresa CIKSA (que comercializa la bebida Inca Kola) y que debido a su poca inteligencia, confundía los productos Inca Kola y Triple Kola dando a entender que el sabor entre una y otra bebida era igual. Es ahí donde CIKSA reacciona interponiendo una denuncia ante el INDECOPI al considerar que con dicha campaña se denigraba su marca de tal forma que se ridiculizaba a sus trabajadores dando a entender que aquellos eran incapaces de reconocer el producto que vendían, sin embargo, la Comisión declaró infundada la denuncia, ya que, aquella consideró que se trataba de personajes ficticios y que la denunciante no logró demostrar que se hubiese incurrido en denigración (2003, p. 311).

Posteriormente, CIKSA inicia una campaña de contrataque en contra del grupo Rivera, con la emisión de los anuncios publicitarios “Cocineros” y “Chamanes”, y que en atención al contexto en el que se desarrollaban los personajes en cada una de los referidos anuncios, Rivera denunció a CIKSA por actos de denigración que afectaban su reputación, siendo que tanto en la primera como en la segunda instancia, la Comisión declaró fundada la referida denuncia y ordenó que CIKSA cese los actos considerados denigratorios, sin embargo, finalmente, el Tribunal señaló que teniendo en cuenta el contexto en que se desarrollaron los anuncios, estos se refieren a situaciones donde se emplea el humor y la fantasía, en los cuales se caricaturizan a los competidores. Asimismo, dado que no se hace alusión de manera directa a un competidor en específico, el Tribunal llega a considerar que la referencia indirecta debilita todo posible acto discriminatorio considerando que lo que prevalece es la situación humorística (2002, Res. N° 0811-2002/TDC-INDECOPI p. 2 - 9). Sin embargo, el Tribunal no desarrolla con más detalle el argumento expuesto.

Es así que, RIVERA con la finalidad de repeler el ataque, lanza el spot publicitario denominado “Impulsadora”, que tiene como protagonista a una mujer rubia, guapa y nada inteligente (de acuerdo al estereotipo de mujer tonta) la cual podía ser identificada de manera directa como una vendedora de la marca Inka Kola, (ya que, incluso estaba vestida con un traje que indicaba la marca del producto) trataba de venderle la bebida en un centro comercial a una señora realizando una supuesta comparación sobre las “ventajas” de la bebida Inka Kola respecto a la competencia, ventajas que evidentemente eran desfavorables para la marca, pues, se señalaba que el envase era retornable por lo que debía llevar un envase si quería comprar otro; que tenía menos contenido que las otras y que incluso era más cara, pero que aun así debía animarse a llevar el producto, ya que, aquella preguntaba “¿qué es un poco de dinero en estos tiempos?”; por lo que la señora le contesta de manera irónica y en atención a su absurdo razonamiento “¿en qué mundo vives mamita?” (Gagliufi, 2003, p. 312).

Teniendo en cuenta el contenido de la referida publicidad, CIKSA denunció a RIVERA, puesto que que, consideró que se ridiculizaba y denigraba la imagen de sus trabajadores al hacer empleo de estereotipos que encasillaban a sus anfitrionas como bobas, sin embargo, en primera instancia la Comisión declaró que la denuncia era infundada, ya que, se había realizado una comparación de ventajas y desventajas mediante el uso del humor por lo que se descartaba el componente denigratorio. No obstante, a raíz de que algunos de los miembros de la Comisión no estaban de acuerdo con la decisión, pues estos si consideraban que al realizar una caricaturización del personaje principal se había denigrado la imagen de la marca al emplearse una referencia directa donde se identificaba plenamente a la marca; la Comisión revoca la decisión y declara fundada la denuncia. Siendo que, con dicha resolución y que, a diferencia de los otros casos anteriores, aquí se llegó a la conclusión que existía denigración y con ello se pone fin a la guerra entre dichas marcas (Gagliufi, 2003, p. 313).

Años más tarde, con la emisión de la Resolución N° 0146-2016/SDC-INDECOPI (luego de haberse emitido la ley vigente), el Tribunal de INDECOPI se pronunció respecto al tratamiento de las alusiones indirectas, señalando un camino totalmente opuesto a lo resuelto en el caso Cocineros y Chamanes. En esta resolución el Tribunal estableció que se incurrirá en actos de denigración cuando exista **una alusión inequívoca, directa o incluso indirecta** respecto a un competidor, por lo que no será un requisito *sine qua non* que se haga una referencia expresa al competidor, tan solo

basta que a partir de los elementos que se dan a conocer en la publicidad, los consumidores puedan identificar que se está haciendo referencia a otro competidor. **(Citada en la Resolución N° 001-2018-LIN-CCD/INDECOPI, 2018. p. 18)**

Un ejemplo de ello, es el caso de aquella empresa de lejías que de manera indirecta o por implicación se refirió a sus competidores que también comercializaban la lejía de nombre “Reluciente” en el departamento de Ucayali, señalando que estos comercializaban “lejías bamba o de dudoso proceder”, las cuales era una “imitación barata” de su marca y que incluso “malograrían la ropa”; dado que, los cojines de lejías que mostraban en la publicidad eran muy similares a los productos ofrecidos por las denunciadas. De esta manera, en la referida resolución se indicó que, con la finalidad de evidenciar un acto de denigración, bastaba que un agente se haya referido por implicación a un competidor o a su oferta, y que tanto el competidor como su oferta, puedan ser plenamente identificables de manera inequívoca por los propios consumidores en virtud de las circunstancias que se plantean en la publicidad. Teniendo en cuenta quiénes eran los otros competidores que comercializaban los productos con las mismas características que se mostraban en la publicidad, tanto la Comisión como la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, señalaron que la empresa denunciante realizó una alusión indirecta a las empresas denunciadas, dañando la reputación y prestigio de las marcas. (Resolución N° 0071-2018/SDC-INDECOPI, pp. 18 - 19)

2.9. Propuesta de integración de normas:

En un intento por tratar de corregir la evidente contradicción en la resolución de los casos que se discutieron en la Guerra de las Kolas Amarillas y con el objeto de salvaguardar la vigencia del principio de predictibilidad que también ha de tenerse en cuenta en sede administrativa, Gagliuffi, esbozó una propuesta de integración entre las normas vigentes en el contexto mencionado.

Según el referido autor, antes del año 2000 (año en el que se suscitó la guerra de las Kolas Amarillas) hasta el 2008 se venían aplicando dos cuerpos normativos para resolver los temas de competencia desleal en el INDECOPI, por un lado, se tenía la Ley de Publicidad la cual era considerada la norma especial y sectorial, y por el otro, la Ley de Competencia Desleal como norma general y de carácter supletorio, es así que, en ese contexto los pronunciamientos emitidos por el ente regulador carecían de una línea común (Gagliuffi, 2003, p. 304), ya que, el contenido de dichas normas era considerado contradictorio como ya se ha podido evidenciar anteriormente.

Teniendo en cuenta ello, el referido autor propuso que los problemas que se suscitaban como consecuencia de la publicidad desleal debían ser resueltos mediante una interpretación sistemática de ambas normas (Gagliufi, 2008, p. 305), por lo que incluso, se animó a señalar cuales deberían ser los pasos para considerar que una publicidad era o no denigratoria, es decir que, *i) primero debía evaluarse si la publicidad era o no comercial; ii) como segundo paso, se debía hacer un análisis del mensaje sobre la base de lo que entendería un consumidor razonable y por último; iii) se debía analizar si el mensajes era o no denigratorio*. Es propicio señalar que, en este último paso, el referido autor señalaba que no debía considerarse una situación de excepción el hecho que en el mensaje se hayan empleado consideraciones subjetivas (2003, pp. 308 – 309), contraponiendo su posición a lo señalado por Maguiña & Sosa, dado que, para estos autores el análisis de denigración solo puede darse en las alegaciones objetivas, puesto que, estas son susceptibles de comprobación (Maguiña & Sosa, 2018, p. 97).

Asimismo, Gagliufi esboza los pasos para el empleo de la *exceptio veritatis*, es decir que, luego de haberse determinado que el mensaje contenido en la publicidad es posiblemente denigratorio, se pasará a realizar un segundo análisis, el cual consiste en determinar si el mensaje es verdadero o falso, siendo que si es falso será considerado denigratorio por lo que el análisis concluirá en ese momento. Sin embargo, el análisis no solo se quedará en la referida prueba de la verdad, sino que solo en el caso que este haya sido considerado un mensaje verdadero, se pasará analizar si lo señalado es además es exacto y pertinente (2003, p. 310).

Cabe señalar que, tal y como se analizará más adelante, la referida propuesta fue acogida e incorporada en la norma vigente sobre competencia desleal (Decreto Legislativo 1044 “Ley de Represión de la Competencia Desleal”) y que se constituye como resultado de la integración de las normas vigentes en el momento en que el conflicto entre una y otra norma era mucho más evidente.

2.10. La diferencia de la aplicación de la exceptio veritatis en el Derecho Común y en la Competencia Desleal:

Como podemos evidenciar de lo señalado en el punto anterior, la norma vigente adoptó la propuesta de Gagliufi sobre la identificación de la publicidad denigratoria y el análisis de la *exceptio veritatis*, que consiste en justificar el contenido denigratorio del mensaje al que se refiere la publicidad, solo si se logra demostrar que el mismo es verdadero, exacto y pertinente, por lo

que, en esta parte será preciso referirnos a como se entiende y se viene aplicando el referido *test* de justificación en el derecho sustantivo a diferencia de la materia que nos compete.

En ese sentido, Cifuentes, señala que, aunque los actos en contra del honor sean o no intencionales, estos no podrían considerarse exceptuados de la respectiva sanción, aun cuando estos puedan ser ciertos o demostrados mediante el uso de la denominada prueba de la “*exceptio veritatis*”, a diferencia de lo que sucede en los casos de competencia desleal. Asimismo, señala que ni siquiera la injuria, la cual es considerada como el menor de los delitos en contra del honor, podría ser disculpada aun en el caso que se logrará probar que los insultos u ofensas impartidas hubiesen sido ciertos (Citado en Espinoza, 2008, p. 334).

En esa misma línea, Espinoza hace referencia a un caso en donde el derecho a la libertad de expresión (o en todo caso se estaría refiriendo a la libertad de información) entra en conflicto con el derecho a la intimidad (reportaje de investigación denominado “*Prostivedettes*”) señalando que en el referido caso es improcedente la aplicación de la *exceptio veritatis*. En ese sentido, el Código Civil señala que se exonerará de la pena correspondiente cuando: i) el ofendido sea un funcionario público y las imputaciones que se realicen se refieran al ejercicio de su cargo; ii) cuando la actuación se realice a consecuencia del interés en una causa pública o en defensa propia o cuando los hechos que se imputen se encuentren aun abiertos en un proceso penal. Teniendo en cuenta lo señalado, no puede considerarse que la *exceptio veritatis* pueda ser aplicado en aquellos casos donde se violente el derecho a la vida privada o la intimidad de la persona, donde la verdad del hecho que haya sido divulgado no podría considerarse como una exoneración de la aplicación de la sanción correspondiente (2008, p 338), pues no se trataba de funcionarios públicos o de asuntos que sean de interés o causa pública.

Retomando el análisis de la materia que nos compete, es la Ley de Represión de la Competencia Desleal (D.L. 1044) vigente desde el 2008, la encargada de sancionar todas aquellas conductas consideradas desleales en atención al modelo económico recogido por nuestra Constitución (Aramayo et al. 2013, p. 18). En el artículo 11 de la referida norma se incorpora el test de la *exceptio veritatis*, señalándose que determinada publicidad será considerada denigratoria si es que en esta se realizan afirmaciones directas o indirectas referidas a otro agente económico con la finalidad de desacreditarlo, salvo que, las afirmaciones realizadas sean verdaderas, exactas y

pertinentes (Aramayo, et al. 2013, p. 71), siendo esta una diferencia fundamental con la regulación de este test en el derecho común. (el subrayado es nuestro)

No cabe duda de que, cuando nos referimos a afirmaciones verdaderas, se exceptuará todo componente denigratorio, si lo señalado por el agente económico respecto al o los otros agentes que concurren en el mercado, debe ser susceptible de ser acreditado por quien lo afirma, es decir que, solo puede tratarse de alegaciones objetivas y susceptibles de comprobación. En lo que respecta a la exactitud, de acuerdo a lo señalado en el literal *b*) del art. 11.2 de la norma vigente, las alegaciones o información propagada debe ser clara y actual, por lo que no esta comprendida cualquier tipo de información ambigua o que pueda interpretarse de diversas maneras.

En lo que se refiere al análisis de pertinencia, López señala que, la publicidad debe ser considerada impertinente cuando esta se refiera a la vida privada o características personales del empresario o de las personas que integran una persona jurídica, por lo que esta alusión es considerada como “inútilmente ofensiva”, pues se recurren a medios considerados innecesarios (2013, pp. 127 – 130), es decir, que no valen la pena ni siquiera referirlos.

En el derecho norteamericano, *Callman* que en caso se traten de afirmaciones verdaderas se realizará un *análisis de necesidad* (el cual no está presente en nuestro ordenamiento pero que podría ser equiparado de cierta manera con la pertinencia), es decir, **determinar si la referencia que podría hacerse al competidor es totalmente necesaria o existe otra razón considerada válida para animarse hacer la referencia.** Realizado el referido ejercicio, serán pocas o simplemente no existirá ninguna justificación en la que sea necesario recurrir a la denigración del competidor (Citado por Otamendi, 1998, p. 17).

Es así como, a diferencia de los que sucede en el derecho común, el test de la *exceptio veritatis* que incorpora la ley de represión de competencia desleal incorpora además un análisis de exactitud y pertinencia. Además, solo para estos casos, la verdad de las afirmaciones operará como un factor de exoneración de responsabilidad a diferencia de lo que sucede en aquellos otros casos donde el derecho a la libre expresión colisiona con otros derechos fundamentales.

2.11. Posición Personal:

Finalmente, y haciendo una síntesis de todo lo señalado en el presente capítulo y con el objetivo de definir mi posición, debo empezar por señalar que las personas jurídicas son titulares de

derechos debido al componente personalista que ostentan, puesto que, han sido creadas por individuos con la finalidad de ayudarlos a cumplir determinados objetivos que por sí solo no podrían realizar. Respecto a los derechos que se les reconoce estos dependerán de la naturaleza del derecho en específico, sin embargo, la libertad de expresión y el derecho al honor o a la buena reputación son derechos que les han sido reconocidos tanto en la doctrina como a nivel jurisprudencial (tal como se puede evidenciar de los fundamentos 6 y 7 del Exp. 0905-2001-AA/TC y en los fundamentos 13 y 14 del Exp. 04072-2009-PA/TC) ya que, de lo contrario se dejaría en una situación de indefensión a la persona jurídica respecto a los ataques en contra de su imagen. Asimismo, tal y como se demostró en la y ante la imposibilidad de establecer una jerarquía entre ambos derechos en atención a los valores que propugna nuestro sistema jurídico (todos los derechos se encuentran en un mismo rango), ambos demandarían una similar protección.

A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, la libertad de expresión en las Cortes Norteamericanas se ha constituido como un super derecho que estaría incluso por encima de otros derechos fundamentales, como por ejemplo, el derecho al honor, ya que, la justificación se debe a que en dicho ordenamiento se han acogido las teorías democrático – políticos y filosófico – económicas, en la que el sistema jurídico se constituye en un fin en sí mismo, puesto que, mediante aquel se asegura la circulación del “mercado de ideas”. No obstante, como lo veremos en el siguiente capítulo, advertiremos cuáles son las principales diferencias sobre el tratamiento de la libertad de expresión en los Estados Unidos y en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual será bastante enriquecedor para los efectos del presente trabajo, empero que, desde ya se advierte que todos los derechos fundamentales tienen el mismo peso y rango constitucional, por lo que en caso de colisión, de deberá realizar una ponderación de los derechos en conflicto (test de razonabilidad o proporcionalidad).

En lo que respecta a la posición del INDECOPI y teniendo en cuenta el desarrollo de los casos más emblemáticos donde el derecho a la libertad de expresión entra en conflicto con el derecho al honor, hemos evidenciado que las decisiones carecen de una línea común, a causa de la dificultad de analizar el componente humorístico y la existencia de dos normas aparentemente contradictorias, sin embargo, con la emisión de la norma actual se realiza una integración de una y otra. No obstante, y a pesar de la emisión de un nuevo cuerpo normativo, las decisiones emitidas por el INDECOPI en materia de competencia desleal siguen siendo contradictorias dada la

dificultad de discernir respecto a qué tipo de afirmaciones (subjetivas u objetivas) debe aplicarse la *exceptio veritatis*.



CAPITULO III: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN - ENFOQUE METODOLÓGICO

Habiendo descrito el marco teórico en el punto anterior, en este capítulo desarrollaremos las eventuales contradicciones de los casos considerados emblemáticos en la jurisprudencia nacional y también en la de otras legislaciones pero que tengan una mayor repercusión y hayan influido en nuestro sistema jurídico; para lo cual haremos uso de los enfoques metodológicos pertinentes que nos permitan dilucidar el problema que se nos presenta al tratar de establecer el límite entre el derecho al humor como manifestación de la libertad de expresión y el derecho al honor y a la buena reputación de la persona jurídica.

En vista que, el problema identificado parte del análisis del contexto de la “*Guerra de las Kolas Amarillas*”, utilizaremos el enfoque jurisprudencial analizando los casos peruanos más representativos que han sido dilucidados en sede administrativa emitidos por el INDECOPI en materia de competencia desleal (Caso “Gómez”, “Cocineros”, “Chamanes” e “Impulsadora”).

Por otro lado, el método comparado nos permitirá hacer referencia a la doctrina y jurisprudencia extranjera más representativa, por lo que en principio nos referiremos a dos sentencias norteamericanas: *Hustler Magazine v. Falwell* y a *New York Times v. Sullivan*, con la finalidad de analizar la argumentación utilizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos que, a pesar de tratarse de otro sistema jurídico, el análisis nos permitirá advertir como es entendida la libertad de expresión en las cortes estadounidenses, sin dejar de lado el análisis de la viabilidad sobre si las soluciones a las que arriba la referida Corte es susceptible de aplicarse en nuestro país, dado que, actualmente es una práctica muy extendida el importar teorías foráneas sin realizar un análisis de pertinencia. Posteriormente, analizaremos la práctica española dada la tradición jurídica que nos vincula y el hecho que esta se constituye en nuestro principal referente en diversas disciplinas jurídicas.

Finalmente, y en la medida que sea pertinente, utilizaremos el enfoque metodológico de la argumentación jurídica, ya que, nuestro marco teórico parte del análisis de las instituciones jurídicas con el objeto de definir los conceptos claves teniendo en cuenta los diversos campos o áreas del derecho que nos conciernen y dado que, se trata de un conflicto entre derechos fundamentales (libertad de expresión vs derecho al honor) será necesario remitirnos en principio al campo constitucional.

Teniendo en cuenta lo señalado, debemos reiterar que el problema principal consiste en que hasta el momento no ha quedado claro hasta qué punto se puede hacer uso del humor como una expresión del poder de libertad de expresión empresarial y cuando es que dicho recurso pueda tener como objetivo denigrar a la competencia afectando el honor y reputación de otra empresa.

3.1. Análisis de los casos peruanos

3.1.1. La Guerra de las Kolas Amarillas y las Resoluciones emitidas por el INDECOPI:

Habiendo señalado anteriormente que, el problema consiste en identificar cuando una publicidad comercial debe considerarse denigratoria, debemos partir del enfoque jurisprudencial mediante el análisis de los casos que se dieron en el contexto de la “Guerra de las Kolas Amarillas”, y de la posición contradictoria a la que se arribó en uno y otro caso por parte del INDECOPI en materia de competencia desleal; es por ello que realizaremos un análisis de cada caso en concreto.

El denominado primer ataque, parte de una serie de spots publicitarios lanzados al mercado por el Grupo Rivera propietarios de la bebida Triple Kola, en el que el protagonista en cada uno de los comerciales era un gracioso y despistado “Gómez”, que de manera indirecta podíamos entender que se trataba de un trabajador de la competencia y que a pesar de que aquel se jactaba de ser un experto en reconocer el producto con solo probarlo, terminaba confundándose con el sabor de las bebidas. En ese sentido, CIKSA interpuso la denuncia ante la Comisión de Competencia Desleal argumentando que con ello se realizaba una ridiculización de sus trabajadores por lo que evidentemente se incurría en denigración. Sin embargo, la Comisión señaló que, al haberse realizado la publicidad en un contexto humorístico, desde la perspectiva de un “consumidor razonable”, los personajes solo podían entenderse como ficticios, además, CIKSA no había logrado demostrar de qué manera se había denigrado la imagen de la marca y de sus trabajadores.

Teniendo en cuenta lo señalado, es evidente que la Comisión omitió desarrollar la justificación del *¿por qué al estar presente el humor y la fantasía se ha logrado disipar el componente denigratorio?* Asimismo, al solicitarle al denunciante que acredite cual es el daño suscitado sin siquiera haber dejado en claro cuál es el parámetro o referente que debía tener en cuenta el denunciante para sustentar su posición, en consecuencia, la decisión carecía de toda argumentación lógica y coherente. Asimismo, el Tribunal tampoco habría reparado en realizar al menos alguna referencia sobre lo que se debía entender en ese momento por “consumidor razonable”.

En respuesta a este ataque CIKSA emitió dos spots televisivos, siendo el primero el denominado spot “Chamanes”, siendo que la historia se desarrollaba en un contexto en que el que todos los chamanes que habían asistido a una congregación escupían la bebida, por lo que un reportero que se mostraba impresionado por dicha ceremonia le pregunta a uno de ellos ¿Qué opinaba de la ceremonia?, por lo que el referido contestaba que no se trataba de ninguna ceremonia sino que todos la escupían porque les habían cambiado la bebida por una más barata. En consecuencia, no cabe ninguna duda que el objetivo de dicha publicidad era denigrar la marca a pesar de que, esta se realizaba en un contexto de humor y fantasía.

La segunda publicidad, cuyo título ha sido estudiado como el caso “Cocineros”, se trataba de dos cocineros evidentemente desalineados, que eran los encargados de preparar lo que solicitaba el mozo, cambiando la orden original por insumos más baratos o que incluso podía advertirse que no eran aptos para el consumo humano (en vez de lomo fino utilizaban lomo de burro), siendo que cuando el mozo solicita una Inka Kola, uno de ellos sugiere darle una “imitación barata”, por lo que levanta una botella que de manera implícita hacía referencia a la competencia, a lo que el otro contesta *¡No te pases, somos malos pero no tanto!*

Es así como, si tenemos en cuenta cuál es el mensaje de ambas publicidades cuya conclusión se unificó en una sola resolución, ya que, ambos comerciales se emitieron en un mismo momento, éstas evidentemente tratarían de desprestigiar el producto de la competencia al darse a entender que aquel era tan malo y barato que debería escupirse o al insinuar que ni el ser más malo cambiaría el producto por algo de la peor calidad. Sin embargo, para el Tribunal de INDECOPI al emitir su decisión dispuso que cualquier alusión que se realizara de manera indirecta debilitaba el componente denigratorio o que el término “imitación barata” no podía considerarse como un término peyorativo si es que la otra parte logró demostrar que este era verdadero y teniendo en cuenta el contexto humorístico, la publicidad no podía considerarse denigratoria.

De esta manera, al igual que sucede con los spots publicitarios “Gómez”, el Tribunal vuelve a dejar pasar la oportunidad de desarrollar y justificar en qué medida el humor descartaría todo componente denigratorio, o como es que la alusión indirecta destruiría o debilitaría la imputación de denigración; adicionándole el hecho que en este caso también omitió fundamentar porque sustentaba su decisión sobre la base del artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (vigente en aquel entonces) que establecía que se encontraba prohibido el difundir noticias

que pudieran dañar a un tercero salvo que se traten de afirmaciones verdaderas, exactas y pertinentes; y no haber optado por elegir la Ley de Publicidad que en principio era la que se tomaba en cuenta para resolver los conflictos que se derivaban de una publicidad comercial.

En ese sentido, no queda claro por qué el Tribunal (en el caso Cocineros) solo se restringió a señalar que al ser la frase “*imitación barata*” y al ser esta verdadera se consideraba eliminado todo rastro de denigración, sin siquiera pasar a evaluar la exactitud o pertinencia, lo cual hubiese sido bastante práctico en la medida que decidió aplicar esta ley y no el artículo 7 de la referida Ley de Publicidad (vigente hasta el 2008 y que no contenía ningún análisis de verdad o pertinencia).

Finalmente, y como se esperaba, el Grupo Rivera en respuesta a los ataques de CIKSA, lanza el comercial “Anfitriona” mediante el cual una señorita a la que se le podía imputar que cumplía con el estereotipo de mujer tonta, y que de manera directa al vestir un traje con la marca, se evidenciaba que se trataba de una impulsadora cuyo trabajo era vender la bebida Inka Kola, y que al tratar de promocionar la bebida a una cliente en un almacén, realiza una comparación absurda y contradictoria (dada su evidente falta de inteligencia) sobre los supuestos beneficios del producto, que reflejaban lo absurdo que sería comprar algo más caro si podía llevar algo más barato, con más contenido y con la misma calidad. En respuesta a ello, la señora le pregunta de manera irónica ¿en qué mundo vives mamita?, dejándola desconcertada al no poder entender la reacción de la cliente.

En este caso la posición del tribunal dio un giro inesperado, ya que, si bien en primera instancia la Comisión señaló que RIVERA no habría incurrido en denigración porque al realizar una comparación de las ventajas y desventajas, acudiendo al humor, no podría considerarse como un caso de denigración; lo cual es coherente y va en la misma línea que en los anteriores casos; no obstante, por la presencia de los votos en discordia de tres miembros de la Comisión, dicha resolución es revocada declarándose fundada pues, solo en este caso, el Tribunal si consideró que se había denigrado la marca al ridiculizarla, ya que, se había hecho una referencia directa al grupo CIKSA, por lo que es evidente que aquí, la Comisión se inclinó por analizar el caso sobre el tamiz del artículo 7 de la Ley de Publicidad, la cual establecía que mediante un anuncio no se podía denigrar a un tercero ya sea directa o implícitamente.

El problema de la referida resolución consiste en que a pesar de que, en efecto si estamos de acuerdo con la decisión de que la referida publicidad era evidentemente denigratoria pues se

ridiculizaba a sus trabajadoras al encasillarlas como tontas, sin embargo, no podemos encontrar la justificación del por qué el Tribunal se anima a resolver el caso sobre la ley de publicidad (que sería considerada como la ley especial) (apartándose de la línea en la que vía resolviendo los anteriores casos) o cual era el peso que se le debía asignar al mensaje denigratorio cuando la referencia se realizaba de manera directa al competidor a diferencia de aquellas que realizaban una referencia implícita o indirecta.

En ese sentido y recurriendo al enfoque de la argumentación jurídica, para entender la posición de algunos doctrinarios que han escrito al respecto, el problema radica en poder determinar si la denigración solo puede estar presente en aquella publicidad cuya referencia a un tercero sea de manera directa o si esta incluso puede hacerse de manera implícita. Es así que, por un lado, algunos autores como Sosa, señalan que la denigración está incluida en la categoría de naturaleza alusiva, siendo indistinto que se trate de una alusión directa o indirecta (2017, p.167), por lo que no bastaría en señalar que al tratarse de una alusión indirecta en la que predomine el humor, se descarte el componente denigratorio, teniendo en cuenta que, solo con hacer una alusión en la que podamos percibir que se refiere a un competidor en específico, esta publicidad de por sí consistiría a *priori* en un descrédito para el competidor. Sin embargo, en la práctica, el Tribunal ha evidenciado que solo las alusiones directas podrían considerarse denigratorias.

Si bien podríamos señalar que el objetivo de las normas dirigidas a regular la competencia desleal (anteriores y la que se encuentra vigente) ha sido custodiar el proceso competitivo y no a los competidores, no obstante, también debería tenerse en cuenta que existe la obligatoriedad de que todos los competidores tengan en cuenta las buenas prácticas empresariales que se deriva del principio de buena fe presente en todas las disciplinas jurídicas y que en consecuencia, exige un clima de respeto a la imagen y reputación de los agentes económicos que se desenvuelven en el mercado.

Por otro lado, tanto la Comisión como el Tribunal de Competencia Desleal, no realizaron un análisis de si las expresiones que eran materia de denuncia consistían en alusiones objetivas o subjetivas, siendo que la referida distinción era fundamental en la medida que algunos autores como Maguiña y Sosa señalan que el contenido de una publicidad comercial puede ser carácter objetivo o subjetivo, y que solos las primeras son susceptibles de comprobarse por lo cual, solo a éstas se les podría aplicar el test de veracidad, en tanto que a las segundas no porque aquellas se

restringen a ser meras expresiones u opiniones que no podrían ser comprobadas. No obstante, y yendo más allá, el problema radicaría en ser capaz de distinguir cuando el mensaje es de carácter objetivo o subjetivo (2018, pp. 97 -98), dado que, suele pasar que por estar presente el componente humorístico o de la fantasía, el mensaje podría perder toda objetividad.

Esta necesidad de establecer dicha diferencia incluso ha sido abordada por el Tribunal Constitucional, el cual ha dejado en claro que, en sede constitucional, la libertad de expresión es distinta a la libertad de información pues se trata de derechos con connotaciones distintas, ya que, mientras la primera está referida a la libertad que tiene cualquier individuo de expresar su opinión o sentir, la segunda tiene que ver con garantizar el acceso y difusión de cierta información considerada verdadera; por lo que la diferencia entre una y otra, se centra en que la primera está referida al ámbito subjetivo, en tanto que, la segunda y con la intención de garantizar el acceso y distribución de la información, se trataría claramente de hechos objetivos (Tribunal Constitucional, Exp. 0905-2001, fundamento 9).

En ese sentido, en materia de competencia desleal no se ha partido por definir si la libertad de expresión de la que puede hacer el uso una persona jurídica también incluiría a la libertad de información, ya que, hasta donde podemos percibir en materia de competencia desleal ambos derechos son indistintos y son tomados como uno solo.

De esta manera, hasta este punto hemos podido observar que en todos los casos materia de análisis, el INDECOPI omitió desarrollar los límites que deberían tenerse en cuenta entre el humor y la denigración, desconociendo si dicha omisión era intencional, no obstante, hubiese sido muy adecuado que se esboce un criterio común dado la coexistencia de dos normas que evidentemente eran contrapuestas.

3.1.2. La Ley de Represión de Competencia Desleal:

En lo que respecta a este punto, analizaremos como el INDECOPI en un intento por esbozar un criterio común al integrar aquello que era pertinente de la Ley de Publicidad (Decreto Supremo 020-94-ITINCI), así como de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (Decreto Ley 26122), las cuales coexistían en el contexto descrito anteriormente; emitió un nuevo dispositivo legal en el año 2008, el cual como se podrá apreciar en este punto no ha quedado exento de

cuestionamientos dado que, hasta el momento no se resolvería el problema principal que nos interesa dilucidar.

Previamente en el año 2003 y retomando el enfoque de la interpretación jurídica, Gagliuffi proponía que tanto la Ley de Publicidad como la Ley sobre Represión de Competencia Desleal no eran excluyentes entre sí, por lo que, ambas eran pertinentes cuando se trataba de resolver el conflicto que acarreaba la publicidad denigratoria dado que, al decidirse por analizar una sola, el resultado sería un razonamiento sesgado e inútil (2003, pp. 304 - 305), en ese sentido, para arribar a una solución idónea se debía partir de la premisa que en la publicidad no se debía denigrar a la competencia (como se señalaba en la Ley de Publicidad) empero, si se lograba comprobar que el mensaje divulgado era verdadero, exacto y pertinente, la denigración simplemente no era tomada en cuenta.

Teniendo en cuenta el conflicto entre normas y aceptando la propuesta del referido autor, con la emisión de Decreto Legislativo 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal (2008), y en cuyo artículo 11 se establecen como actos denigratorios aquellos que tienen como finalidad menoscabar la imagen de otro agente económico; se logró incorporar el análisis de la *exceptio veritatis* como un factor que blindaría de licitud un acto denigratorio, si se lograba demostrar que este era verdadero, veraz y pertinente.

El problema que se podrá advertir en la redacción de la referida ley (específicamente en el numeral 11.1), es que esta considera como actos denigratorios aquellos que potencial o realmente y de manera directa o indirecta tengan como objeto mellar la imagen, fama o reputación de otro agente económico; no obstante, omite señalar si los actos que se consideran denigratorios pertenecen al ámbito subjetivo u objetivo, y que al no realizar tal diferencia señalando de manera general las posibles conductas, podríamos entender que se refiere tanto a actos objetivos como subjetivos. Sin embargo, a continuación el numeral 11.2, indica que uno de los elementos para que se considere un acto lícito, es que el mismo sea verdadero y verificable, es decir objetivo, por lo que, en ese sentido, con dicha precisión podremos señalar que para iniciar el análisis de la *exceptio veritatis*, debemos empezar por identificar que los actos sean objetivos, caso contrario, si se tratará de aseveraciones u actos subjetivos, las mismas deberían considerarse de por sí denigratorias si tienen como objeto menoscabar la imagen de los otros competidores, pues al parecer esa sería la interpretación adecuada.

Sin embargo, debemos reconocer que incluso en el caso que el legislador hubiese establecido literalmente que los actos subjetivos cuya única finalidad sea desacreditar a la contraparte, sean considerados denigratorios por su sola naturaleza subjetiva que no admite comprobación, el problema no hubiese quedado del todo solucionado pues, es evidente que hay cierto tipo de publicidad que no podría ser considerada netamente como objetiva u otra que solo sea subjetiva, sino que existen aquellas que combinan ambos elementos y que también dependerá de cómo estas puedan ser percibidas por los consumidores, siendo que el elemento del humor haría mucho más difícil de determinar cuando estamos frente a un tipo u otro.

Teniendo en cuenta lo señalado, podríamos traer a colación la clasificación realizada por (la Comisión Permanente de Ética del CONAR sobre los tipos de afirmaciones publicitarias: 1) Afirmaciones Objetivas, las cuales a su vez se pueden subdividirse en *i) Afirmaciones de tono excluyente y en ii) Afirmaciones objetivas per se*; y en 2) Afirmaciones Subjetivas, la cual se divide a su vez en: *i) Exageraciones publicitarias y, ii) Publicidad subjetiva per se* (CONAR, Resolución N°003-2011/CPE, p. 9).

Dicha clasificación es en suma muy pertinente por el hecho que los autores, han identificado que la publicidad no puede encasillarse en un solo tipo, sino que esta tiene a su vez sus variantes. En ese intento, han determinado (y para los fines que nos interesa en esta investigación) que, la utilización del humor junto con ciertos calificativos de tono excluyente determinaría que estamos ante la presencia de una **“exageración publicitaria”** la cual no podría ser tomada en serio por los consumidores, no obstante, posee un núcleo fáctico de verdad que pueda ser parcial o totalmente comprobado (Maguiña y Sosa, 2018, 104 – 109).

El problema con esta propuesta es que los autores no terminan por dejar en claro si respecto a este tipo de publicidad por ser de carácter subjetivo se le debe aplicar el test de veracidad o en todo caso, de ser factible, *¿en qué medida se aplicaría el test?* En atención a que, si solo nos debemos remitir a comprobar al núcleo fáctico o a toda la publicidad en sí y dado que, han hecho la salvedad que este tipo de publicidad no es tomada en serio por los consumidores no está de más formularse la siguiente pregunta *¿de que serviría realizar el referido test si ya se ha determinado a priori que no es tomada como cierta?*

Retomando los casos de la “Guerra de Kolas Amarillas” y partiendo de la premisa que todas estas se tratarían de Exageraciones Publicitarias tal y como lo señalan los autores señalados, ya

que, estaba presente el componente humorístico, el uso de adjetivos y la referencia a otros competidores, el INDECOPI hubiese determinado un resultado similar (en suma, nada innovador y fructífero), pues al ser una publicidad del tipo subjetiva y que no puede ser tomada en serio por los consumidores no se le aplicaría el test de veracidad dado que, este aún no está totalmente claro. En ese sentido, faltaría algo más que nos permita dilucidar de manera idónea el problema principal.

3.2. Análisis de los casos extranjeros:

3.2.1. Estados Unidos:

Partiendo de la premisa que las personas jurídicas son titulares de derechos por lo que se les reconoce los derechos de libertad de expresión e información, así como el derecho al honor y la buena reputación tan igual como a las personas naturales (como se pudo advertir del desarrollo del marco teórico) en este punto, utilizando el método comparado haremos referencia a los casos resueltos por las cortes norteamericanas donde los referidos derechos se encuentran en conflicto, advirtiendo si es problemático o no aplicar en sede nacional el mismo camino al que arribaron las referidas cortes, en atención a que nos encontramos frente a un sistema con una tradición jurídica distinta.

En primer lugar, empezaremos por analizar el caso *Hustler Magazine v. Falwell*, el cual se inició mediante la demanda incoada por libelo (que en nuestro sistema jurídico podría ser equiparado a la difamación) y el pago de daños psicológicos interpuesta por un ministro religioso en contra de la revista *Hustler*, ya que, dicha revista había publicado una parodia que recreaba una situación incestuosa entre el ministro y su madre. En un primer momento el Tribunal advierte que no resulta suficiente que el demandante haya señalado que las frases eran ofensivas para recortar la libertad de expresión que ha ejercido la revista, no obstante, argumentó que este derecho tiene límites (cuando se ejerza propagando actos o ideas vulgares o escandalosos). No obstante, posteriormente la Corte Suprema señaló que solo podían reclamar el pago por daños psicológicos aquellas autoridades o figuras públicas cuando los actos o manifestaciones realizadas tengan como objeto la intención dolosa de dañar a la otra parte y por el hecho que se trataba de una parodia no podía considerarse que lo manifestado debía tomarse como real.

En esa misma línea, en el caso conocido como *New York Times v. Sullivan*, en el que la policía de Montgomery (Alabama – EE. UU.) interpone una demanda por libelo en contra de un prestigioso periódico, una editorial y otras personas, en virtud de haberse consignado una

publicidad a manera de comunicado que imputaba a la fuerza policial el haber tenido un comportamiento desproporcionado al repeler a un grupo de afroamericanos que realizaban una protesta pacífica. Es así como, en primera instancia la Corte acogió la posición del demandante dándole la razón, sin embargo, en vía de apelación, la Corte arribó a otra conclusión señalando que, sobre la base de la libertad de expresión, es totalmente válido que se realicen críticas a los funcionarios públicos pues con ello se promueve la libre discusión. En todo caso, el único filtro para tener en cuenta y poder otorgar un pago por concepto de indemnización por daños a los funcionarios públicos es que estas imputaciones se hayan realizado con la intención dolosa de dañar; es decir, cuando se trate de imputaciones falsas o desconociendo de manera temeraria que aquellas eran falsas.

Es evidente que, al analizar los referidos casos notemos que, en ambos existe una total preminencia de la libertad de expresión que se superponía al derecho al honor de las personas, ya que, incluso, ésta podía ejercerse empleando términos ofensivos, por lo que podríamos afirmar que incluso de manera implícita se determinó que existía un derecho a ofender. Es en ese sentido, surge la siguiente interrogante *¿el sobredimensionado ejercicio de la libertad de expresión es una práctica legítima en dicho ordenamiento?*

Partiendo del hecho que la respuesta es afirmativa, la justificación de esta concepción se sustentaría en el hecho que en los Estados Unidos actualmente predominan las teorías democrático – políticas que independientemente de sus diversas variantes, tienen como objeto sustentar la supremacía de la libertad de expresión, ya que, ésta se constituiría en un instrumento del sistema democrático, es decir, mediante la protección de esta libertad se puede garantizar el intercambio de ideas y la formación de la opinión pública (Marciani, 2005 p. 353).

El problema de acoger este tipo de teorías es que la defensa del sistema democrático se constituiría como un fin en sí mismo, antes que como un medio para poder lograr la consecución de otros valores considerados fundamentales. En nuestro ordenamiento legal el sistema democrático, es un instrumento para lograr la protección y desarrollo del individuo tal y como lo señala nuestra Constitución, por lo que, no podríamos recepcionar (sin haber realizado un análisis profundo y previo) cualquier práctica foránea si aquella no coincide con los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, en el ordenamiento peruano se parte del supuesto que todos los derechos fundamentales tienen el mismo peso y que cuando los mismos colisionan se debe realizar una ponderación de los intereses que tratan de resguardar cada derecho, por lo que ningún derecho podría ser considerado absoluto, sino que éstos admiten la imposición de límites (siempre y cuando estos sean razonables).

No obstante e independientemente de nuestra discrepancia sobre las decisiones a las que arribó la Corte Suprema, lo que podemos rescatar del análisis de los referidos casos, es que la figura de la intención dolosa (*actual malice* o también considerada como una variante de las *fighting words* en el caso *Chaplinsky v. New Hampshire*) fue incorporada con la finalidad de tratar de establecer un límite al ejercicio de la libertad de expresión, aunque dicha figura se haya constituido como una mera formalidad que no logró ningún resultado. Incluso podríamos afirmar que, mediante la aplicación del referido test, se evidenciaría la necesidad que tenían los jueces en aquel contexto de realizar una ponderación (o al menos un intento) entre los derechos en controversia. Sin embargo, otros autores señalan que no es posible realizar ninguna ponderación dado que, la libertad de expresión en los EE. UU. no tiene límites.

En ese sentido, teniendo en cuenta cual era el objetivo de analizar la intención dolosa, y a pesar que los tribunales tampoco repararon en señalar si las manifestaciones vertidas pertenecían al ámbito subjetivo u objetivo (ya que, en dicho ordenamiento la libertad de expresión subsumiría a la libertad de información), no suena descabellada la idea respecto a incorporar dicha figura en nuestro ordenamiento con la finalidad de lograr identificar cuando estaríamos ante la presencia de una situación denigrante; pues resulta ser todo lo contrario, ya que, el acogimiento de dicha figura se constituiría en una salida razonable, aunque ello será un tema que desarrollemos con mayor profundidad en el capítulo referido a la discusión. No obstante, hasta aquí se puede evidenciar que el análisis de los casos norteamericanos resulta en suma enriquecedor dada la similitud de los problemas que advertían las cortes al resolver el debate entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

3.2.2. *El Tribunal Constitucional Español:*

En esta parte será pertinente analizar sobre la base de la interpretación que han realizado otros autores nacionales y extranjeros, como es que se resuelven los conflictos referidos a la libertad de expresión en el ordenamiento español, con la finalidad de advertir si es problemático o no aplicar

las mismas fórmulas en nuestro ordenamiento, dado que, se trata de un país cuyo sistema jurídico ha influido mucho en el nuestro y que se constituye en nuestro principal referente normativo.

Teniendo en cuenta que lo que nos interesa es identificar cual el tratamiento que se le da al derecho al honor y a la libertad de expresión, empezaremos con señalar que respecto al derecho al honor, Rovira nos refiere que en España el Tribunal Constitucional ha establecido que las personas jurídicas pueden alegar que su derecho al honor ha sido dañado cuando hayan sido objeto de agravios o difamaciones y ello sería en atención al componente personalista intrínseco que las conforman por lo que, hasta el momento se puede apreciar que la concepción sobre los derechos que ostentan es similar al nuestro.

No obstante, en lo que respecta a la libertad de expresión, Marciani señala que en España ha sido acogida la teoría de la posición preferente de dicha libertad (propio del sistema norteamericano), empero con una particular aplicación, es decir, que se optará por preferir a la libertad de expresión siempre y cuando el mensaje que se ha divulgado sea de interés público y contribuya a formar una opinión, lo cual se convierte en la justificación del sistema democrático. Asimismo, se fijan los límites para su ejercicio, los cuales están referidos a que la información que se transmite debe ser verdadera y no realizarse mediante el empleo de frases peyorativas (2005, pp. 356, 367).

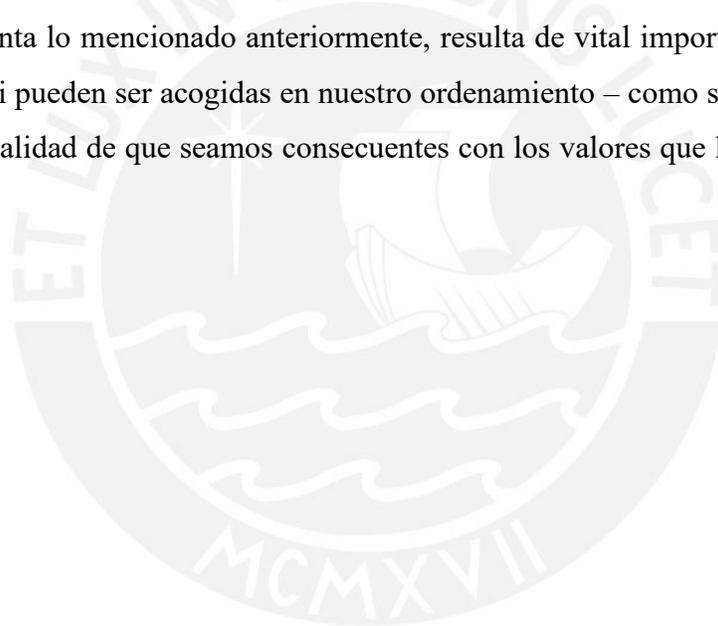
En ese sentido, podemos advertir que en la práctica española la libertad de expresión predomina por sobre otros derechos y solo en el caso que esta no cumpla con las condiciones para su adecuado ejercicio, se optará por la ponderación de derechos. En consecuencia, podemos decir que a pesar de que compartimos la misma tradición jurídica y que también se habla del ejercicio de la ponderación de derechos, el sistema español no realiza tal ponderación, ya que, desde el principio se ha optado por preferir a la libertad de expresión.

Esta particular práctica ha sido cuestionada por los propios autores españoles, como es el caso de García (aunque él se refiere específicamente a la prohibición del discurso de odio), cuando señala que la libertad de expresión no puede ser una justificación para amparar injurias dado que, existe la obligación de respetar normas consideradas básicas, como, por ejemplo, el respeto a los demás. (2015, pp. 2 – 3)

En consecuencia, nosotros no podríamos ser receptores de ninguna teoría preferente, ya que, si hablamos de teorías, podríamos decir que en el Perú nos hemos acogido a la teoría humanista en que el sistema coloca a la persona con un fin en sí misma sobre la base del respeto a su dignidad, por lo que no podríamos superponer a priori un derecho frente a otro, ya que, ninguno resulta ser absoluto.

En ese sentido como hemos podido observar a pesar de que, se trata de un país que al compartir la misma tradición jurídica se constituye en uno de nuestros principales referentes, en lo que respecta a este tipo de conflictos entre derechos, el mencionado ordenamiento se ha inclinado en recibir teorías extranjeras formando verdaderas quimeras que no armonizarían del todo con sus principales valores, por lo que no podemos acoger con los brazos abiertos tales prácticas.

Teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente, resulta de vital importancia identificar que teorías y prácticas si pueden ser acogidas en nuestro ordenamiento – como se verá en el siguiente capítulo - con la finalidad de que seamos consecuentes con los valores que le otorgan sustento al sistema jurídico.



CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN

Como se pudo evidenciar de desarrollo del capítulo anterior, aun con la emisión del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, que incorpora el análisis de veracidad que consiste en analizar: *la verdad, exactitud y pertinencia*, con el objeto de dotar de licitud aquellos actos que pudieron considerarse en un primer momento denigratorios; aún no se ha resuelto el conflicto que existe en tratar de establecer un límite entre el empleo del humor y los actos denigratorios que pudieran afectar la reputación de una empresa. Teniendo en cuenta ello, en este capítulo desarrollaremos la hipótesis propuesta inicialmente con la finalidad de esbozar una posible solución que sirva como referente a los operadores del derecho y a los agentes económicos sobre el uso correcto del humor en la publicidad comercial, sin que exista la necesidad de realizar un análisis previo para identificar si estamos ante la presencia de una publicidad subjetiva u objetiva (análisis cuya realización si resulta elemental con la actual norma).

Es así como, teniendo en cuenta el actual problema, la tesis esbozada consistiría en lo siguiente: ***Se debe incorporar los elementos de la exceptio veritatis (verdad y pertinencia) en los análisis de intención dolosa y de necesidad con la finalidad de determinar cuando estamos frente a actos denigratorios encubiertos mediante el recurso del humor.***

Para fines prácticos, mediante el siguiente cuadro se grafica en que consiste el análisis de intención dolosa y el de necesidad, al que se le incorporaran ciertos elementos que ya vienen siendo utilizados en el análisis de la *exceptio veritatis* (verdad y pertinencia) para determinar si la conducta es o no denigratoria y si resulta razonable que la autoridad administrativa (INDECOPI) opte por limitar la libertad de expresión de los agentes económicos.

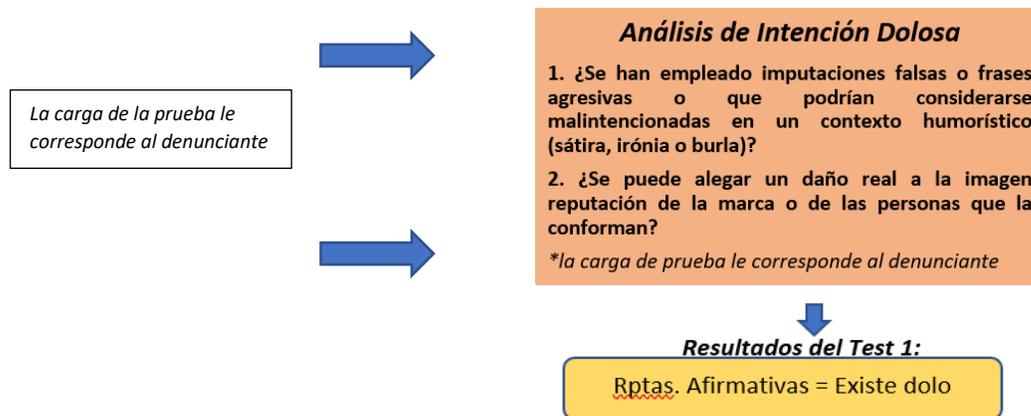


Figura 2. Análisis de Intención Dolosa

Es así que, en primer lugar, recaerá en el agente económico que considera haber sido objeto de denigración, demostrar ante la autoridad competente (Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI) que el mensaje contenido en la publicidad que se haya realizado en un contexto humorístico es de carácter falso, agresivo o malintencionado; por lo que bastará que se verifique una de tales condiciones para tratar de advertir la verdadera intención del denunciado. Cabe señalar que, en caso el denunciante logre probar que el mensaje era falso, bastará con ello para evidenciar la intención dolosa de desprestigiar a la contraparte, por lo que ya no será necesario analizar además si las frases tenían o no una connotación agresiva o malintencionada; la justificación de esta deducción parte de que al realizar imputaciones falsas se estaría contraviniendo la obligación que tienen los agentes económicos de comunicar información veraz y confiable en el mercado y que sobre la base de dicha información, los consumidores puedan definir sus propias preferencias.

Por otro lado, podría darse el caso que el mensaje de la publicidad sea real y comprobable, sin embargo, si el denunciante pudo advertir que las frases utilizadas tuvieron una connotación agresiva identificando el empleo de un lenguaje violento o grosero, insultos, apelativos o adjetivos denigrantes, discriminantes o malintencionadas acudiendo a un humor retorcido o inapropiado al haber utilizado la sátira, burla o mofa, capaces de herir de manera idónea ciertas susceptibilidades; entonces, no debería existir duda alguna que la intención real ha sido difamar, ridiculizar, humillar o discriminar al rival.

Si bien es cierto, para determinar la existencia de un acto de competencia desleal no se requiere demostrar la consciencia o voluntad en su realización (Art.7 del Decreto Legislativo 1044), es

decir que, en principio no sería necesaria demostrar la intención dolosa, ya que, en materia de competencia desleal y en atención al objetivo de la misma (reprimir y sancionar conductas desleales al proceso competitivo) la responsabilidad debería entenderse como objetiva, lo cual hace que el análisis se centre en las conductas o comportamientos exteriorizados de los individuos en atención a si estos se ciñen al estándar o modelo de como actuaría un “hombre razonable” antes que, en tratar de descifrar las reales motivaciones o esfera psicológica de cada persona (Trazegnies, pp. 49 – 50). Sin embargo, la propia ley no prescinde de realizar juicios estimativos o de valor que implican analizar el ámbito interno de cada individuo, como lo sería el hecho de tener en cuenta la buena fe empresarial que deben observar todos los agentes que intervengan en el mercado o tener en cuenta los criterios para graduar la sanción de los agentes (atenuantes o agravantes), los cuales son propios de un análisis subjetivo; por ende, dicha propuesta no resulta ser contradictoria con la ley vigente.

Si tal y como se mencionó anteriormente, el solo hecho de referirnos a la competencia ya sea de manera directa o indirecta, de por sí puede ser un recurso sumamente cuestionable, pues suponiendo que, aun haciéndolo, lo hagamos realizando aseveraciones falsas o empleando calificativos o formas conducentes a dañar la reputación de una marca o empresa. En ese sentido, el lograr identificar cuáles han sido los medios de los que se valió el agente económico para referirse a su competidor, será fundamental para determinar la real y auténtica intención del agravante, dado que, en un contexto humorístico dicha intención podría encontrarse oculta o disfrazada. En consecuencia, solo en el caso que hayamos podido identificar cual era la intención final del mensaje respondiendo dicha interrogante, podremos atribuir a determinado agente económico, la responsabilidad sobre la existencia de un daño, cuyo análisis se explicará a continuación.

Como segundo y último paso, el denunciante deberá demostrar que las frases o palabras (falsas, agresivas o malintencionadas) utilizadas en la publicidad le han causado un daño o incluso que el contenido divulgado representa un peligro idóneo capaz de concretarse y desplegar sus efectos negativos en cualquier momento, pues han logrado (o pueden) desprestigiar su marca, la reputación de la empresa o de las personas que la integran, o respecto de los productos o servicios que ésta ofrece.

Es evidente que, si bien por un lado se acepta y es tolerado el daño concurrencial que se genere entre los propios competidores como consecuencia de haber incurrido en mecanismos lícitos que los diferencien y erijan sobre los demás (mayor calidad, precios bajos, promociones, etc.); en estos casos el daño que sufre el otro competidor es únicamente por haber empleado estrategias y artimañas consideradas reprochables e innecesarias, pues tales prácticas no son consecuentes con una sana competencia y la buena fe con la que deben actuar los agentes económicos en el mercado.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, entenderemos que solo en el caso que las respuestas a ambas interrogantes sean afirmativas, se logrará probar la intención dolosa del denunciado, caso contrario, si las respuestas son negativas, no se logrará acreditar la intención dolosa y el caso concluirá declarando infundada la imputación sobre denigración, sin siquiera realizar el análisis de necesidad que tiene como objeto operar como una suerte de justificación respecto a alegaciones vejatorias, discriminatorias o que tengan como objetivo ridiculizar a la competencia, el cual a continuación se explicará.

4.2. *Análisis de Necesidad:*

Luego que se haya realizado el primer análisis señalado en líneas anteriores, y solo en el supuesto que las respuestas a ambas preguntas hayan sido afirmativas (pues solo ahí se podrá advertir la intención dolosa) se procederá a realizar el **Análisis de Necesidad**. Este segundo test consiste en que el denunciado tenga que acreditar que *existía una justificación válida que le haya permitido dirigirse a su competidor ya sea de manera directa o indirecta*, de tal forma que, aun habiendo identificado una intención dolosa, aquella pueda ser justificada en caso de que el denunciado logre probar la necesidad de haber divulgado el mensaje.



Figura 3. Análisis de Necesidad

Cabe resaltar que si bien el referido análisis de necesidad que se propone, parte del aporte de las cortes norteamericanas, esta necesidad también ha sido mencionada en la legislación española y que en nuestro país podría ser equiparable en cierta medida con el análisis de pertinencia que se encuentra actualmente comprendido en el test de *exceptio veritatis*, (pertinencia de fondo y forma,) ya que, en ello consiste la propuesta de la presente investigación; el incorporar ciertos elementos del test que actualmente se estipula en la norma, cuando aquellos sean necesarios y permitan reforzar aún más el test propuesto. No obstante, la principal diferencia entre la pertinencia y la necesidad es que mientras la primera, se refiere a que es lo que se dice y la forma en la que nos referiremos a la competencia, en la segunda lo que se trata es de hallar una necesidad que permita justificar que se haya hecho tenido que hacer referencia a la competencia.

En ese sentido, analizaremos la necesidad de haber realizado imputaciones agresivas o cargadas de un componente malintencionado que hayan causado un daño o que el peligro que se concrete sea idóneo. Asimismo, tal y como sucede con el test anterior, aquí tampoco podríamos analizar si las imputaciones falsas eran o no necesarias, ya que, los agentes económicos tienen la obligación de propagar información veraz y auténtica, por lo que, estas imputaciones ya son ilícitas por el solo hecho de ser falsas.

Para ahondar mucho más en la explicación del referido test, es necesario traer a colación lo que señala Otamendi, cuando refiere que el objeto de la denigración es atacar y destruir al competidor por lo que, dicha destrucción se producirá por el solo hecho de haber realizado afirmaciones que no tuvieron como objeto dar a conocer una situación real y verdadera sobre el comportamiento de otros agentes, pues si bien, se encuentra totalmente permitida la publicidad comparativa, ésta solo podrá realizarse en la medida que se divulgue información objetiva y verificable (1998, p.17). Es por ello que, podemos señalar que respecto a estas afirmaciones en las que puede advertirse un componente agresivo, discriminador o malintencionado, de ninguna manera se contribuiría a propagar información objetiva o veraz tendiente a aportar a la construcción de la opinión pública.

En ese sentido, también será necesario señalar lo que el estadounidense Rudolf Callman propone como algunos ejemplos de afirmaciones consideradas innecesarias o impertinentes: *i) la referencia a crímenes que haya cometido el autor en el pasado*, por el hecho de que no existe una relación entre estos hechos pasados y los servicios o productos que se ofrecen en la actualidad; *ii) afirmaciones referidas a actividades que no están relacionadas con la actividad comercial* (por

ejemplo, señalar que el competidor evade el pago de impuestos); *iii) hechos referidos a la continuidad del negocio*, dado que este tipo de información solo sería de conocimiento de la propia empresa afectada; ya que, si bien todas estas afirmaciones podrían sustentarse en hechos verdaderos, las mismas no eran necesarias si la intención era solo desviar las preferencias de los consumidores mediante el empleo de estrategias cuestionables, por lo que es evidente el empleo de la denigración. Por consiguiente, no existiría o serían muy excepcionales las situaciones en las que se encuentre justificado el denigrar o descalificar a la competencia. En todo caso, el competidor deberá limitarse a vender sus productos o servicios recurriendo a la publicidad, por lo que podrá referirse a la competencia, pero nunca denigrarla (Citado en Jorge Otamendi, 1999, p.18).

En el caso español, al tratar de justificar la preminencia del derecho a la libertad de expresión por encima del derecho al honor o a la reputación, se ha señalado que esta preminencia se encuentra justificada cuando el objeto sea de *1) interés público* (en atención a la materia o a los sujetos que intervengan) es decir que, cuando lo difundido debe ser necesariamente de conocimiento e interés general con la finalidad de formar la opinión pública y siempre y cuando se haya realizado *2) una “necesaria constatación” de sus límites internos: i) la veracidad sobre lo que se dice y ii) la ausencia de expresiones vejatorias o innecesarias* (Marciani, 2005, Pp. 366 – 367).

Como podemos apreciar, el análisis de necesidad a la que se refiere tanto el ordenamiento norteamericano como el español y cuyo aporte es objeto del presente trabajo, también comprenderá determinar la pertinencia de fondo (evitar incurrir en hacer referencias a circunstancias personales) y de forma (evitar el empleo de la sátira, ironía o burla injustificada) que ya han sido incorporadas en la excepción de veracidad del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1044; no obstante, además de evidenciar la posible pertinencia o no, lo que se pretende finalmente es justificar la denigración en sí.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, deberíamos preguntarnos *¿existe la necesidad de referirnos a la competencia?* Es así que, para responder dicha interrogante y teniendo en cuenta los aportes de las legislaciones comparadas, alegaremos que solo deben considerarse como necesaria aquella información que sea de interés público y que la misma sea de interés actual (por lo que no podría ser de interés público una infracción administrativa anterior y por el que ya hubo una respectiva sanción por parte de la autoridad competente); que sean verdaderas (referencias

objetivas y verificables) y que no incurran en vejaciones innecesarias respecto al fondo y de forma (pertinencia).

Un caso hipotético sobre la necesidad de hacer alusión a la competencia, sería el caso en que en un contexto o situación de emergencia (como la que se vive actualmente por la propagación del COVID-19) una pequeña farmacia al pretender dejar en claro que no tiene ningún vínculo con otras empresas farmacéuticas que han concertado entre sí en elevar los precios de los medicamentos, lanza una publicidad en la que señala no haber aumentado los precios de sus productos a diferencia de la competencia y que en un gesto de solidaridad ha decidido mantener o incluso bajar los precios de los medicamentos considerados esenciales para tratar la infección del Sars-CoV-2 con la finalidad de tratar de dejar en claro que a diferencia de las grandes cadenas farmacéuticas, esta no ha incurrido en la especulación de precios. Es así que, en el presente caso el que se haya dejado en claro que este comerciante no es parte del grupo de especuladores, es una información de interés público que le interesa tanto a los consumidores y a las autoridades que sancionan este tipo de prácticas, ya que, se trata de prácticas que son consideradas reprochables en la actual coyuntura y que para transmitir dicho mensaje se ha referido de manera implícita a las otras cadenas farmacéuticas sin embargo, no ha tenido que recurrir a frases peyorativas, falsas o malintencionadas.

4.3. *Análisis de Razonabilidad de la medida restrictiva:*

Luego de haber realizado tanto el análisis de intención dolosa y el de necesidad y al arribar a la conclusión que la publicidad ha sido denigrante, la autoridad administrativa deberá sustentar finalmente que la restricción a la libertad de expresión es razonable y, en consecuencia, proporcional, necesaria e idónea; la cual permitirá proteger un interés considerado mayor. Si bien es cierto, este análisis es independiente y vas más allá de la finalidad que tienen los test propuestos; con el mismo podremos evidenciar la legitimidad de la restricción a la libertad de expresión en los casos que se determine que hubo una intención dolosa de denigrar y que la misma no era necesaria, lo cual es consecuente con el objetivo del presente trabajo.

subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad. Respecto al principio de proporcionalidad este resulta tener una fundamental relevancia en la actuación de la administración pública debido al margen de discrecionalidad con el que actúan las autoridades y la capacidad de tomar decisiones que conjuguen el interés público con otros principios relevantes como lo son los derechos fundamentales y la dignidad de las personas (Tribunal Constitucional, Exp. 2192-2004, fundamentos 16 y 17).

En resumidas cuentas, el principio de razonabilidad consiste en que al momento en que la administración decida optar por la aplicación de una restricción, evalúe que la medida a emplear sea proporcional a la finalidad pública que desea proteger, a fin de que solo se realice lo considerado estrictamente necesario, por lo que será elemental realizar una ponderación de intereses (Lucchetti, p. 488), en la cual se deberá tener en cuenta que mientras más sea el grado de afectación del principio a limitar, mucho mayor deberá ser la importancia que se le otorgue al principio a salvaguardar (Alexy, 2006, p. 42).

En virtud de lo señalado, debemos entender que la restricción que realice la administración pública sobre un determinado derecho deberá reportar un mayor beneficio para la sociedad en su conjunto, de tal manera que, al limitar ciertos aspectos y formas en las que se manifiesta la libertad de expresión, se consiga proteger el honor y la reputación de los otros competidores que no tienen por qué ser objeto de denigración más aún, si tenemos en cuenta la buena fe y el respeto con la que deben desarrollarse los agentes económicos en el mercado. En consecuencia, lo que se pretende mediante el análisis de razonabilidad y de los subprincipios que de ésta se desprenden, es tratar de evidenciar la legitimidad de la restricción impuesta por la autoridad administrativa.

Es así que, habiendo explicado en qué consisten los test de intención dolosa y de necesidad que se proponen, así como el análisis de razonabilidad de la limitación a la libertad de expresión cuando corresponda, debemos reiterar que, la solución propuesta no necesita que previamente se haya identificado si nos encontramos ante la presencia de una publicidad subjetiva u objetiva (cuya identificación podría resultar nada fácil en atención a las circunstancias o características en la que se realiza) sino que cualquier tipo de actos o alegaciones en las que se hayan empleado alusiones directas o indirectas y se haya utilizado el recurso del humor, pasarán por el referido análisis, a diferencia de lo que sucede con la prueba de veracidad que comprende la ley vigente que si necesita que ello sea definido a *priori*. Por otro lado, si bien el análisis está dirigido a aplicarse cuando se

haya originado un eventual conflicto, nada impide que aquel también pueda ser utilizado *ex ante* por los agentes económicos, con el propósito de analizar el contenido de una publicidad que aún no haya sido lanzada al público pero que teniendo en cuenta los elementos que se pretenden utilizar en el comercial, se tengan ciertas dudas respecto a la licitud de los mismos al referirse a la competencia.

En ese sentido y con la finalidad de resumir lo señalado en líneas anteriores, para la aplicación de los test propuestos se deberá tener en cuenta los siguientes 7 puntos claves.

- 1. El análisis no requiere que la publicidad sea catalogada previamente como subjetiva u objetiva, análisis que si es necesario realizar para aplicar la exceptio veritatis.*
- 2. Se realizará la aplicación de ambos test (independientemente de que se trate de frase objetivas o subjetivas) cuando se advierta el componente humorístico y se haga alusión directa o indirecta a otro agente económico.*
- 3. El denunciante deberá probar la intención dolosa y el daño mientras que el denunciado deberá probar la necesidad de la alusión directa o indirecta y justificar la referencia a otro agente económico.*
- 4. La intención dolosa puede ser advertida en primer lugar si es que el mensaje se basa en aseveraciones falsas, así como en colocar al rival de tal manera que sea objeto de burla.*
- 5. Los daños que podrían ocasionarse a otros agentes económicos y que son los únicos tolerados son aquellos que provengan de aquellas estrategias lícitas y por cuestiones de eficiencia. (mejor calidad a menor precio, promociones, etc.)*
- 6. Podrá considerarse que existía una necesidad de referirnos a la competencia cuando se comunique una información que sea de interés público y cuando esta sea utilizada de forma pertinente (de fondo y forma). El objetivo final será justificar la denigración.*
- 7. La libertad de expresión solo podrá limitarse en la medida que este límite resulte ser razonable en atención al bien jurídico que se trata de proteger y que en sede administrativa el referido límite no pasa de ser una restricción pecuniaria.*

Figura 5. Puntos claves

4.4. Aplicación de los test en los Casos Emblemáticos:

Asimismo, y con la finalidad de probar la efectividad de la propuesta, vamos a corroborar como al realizar los dos análisis de manera conjunta y finalmente analizar el criterio de razonabilidad de la autoridad administrativa al emplear dicha medida, hubiésemos podido arribar a soluciones más convincentes y congruentes en los casos que se desarrollaron en el contexto de la “Guerra de las Kolas Amarillas”, específicamente en los spots publicitarios “Gómez” y en los comerciales “Cocineros y Chamanes”. Cabe señalar que, no nos referiremos al caso “Anfitriona”, dado que, a diferencia de los anteriores, el INDECOPI cambia la línea argumentativa señalando que, si hubo denigración, poniendo fin de esta manera a la referida guerra.

4.4.1. Gómez:

En este caso, respecto a los spots publicitarios “Gómez”, la comisión llegó a la conclusión que al haberse desarrollado todos éstos dentro de un contexto humorístico y teniendo en cuenta la percepción de un “consumidor razonable”, los personajes no podían entenderse como reales por lo que no existiría ridiculización de los trabajadores de CIKSA y dado que, que el supuesto agraviado no habría logrado evidenciar el resultado gravoso en contra de la marca y de sus trabajadores, la denuncia fue declarada infundada.

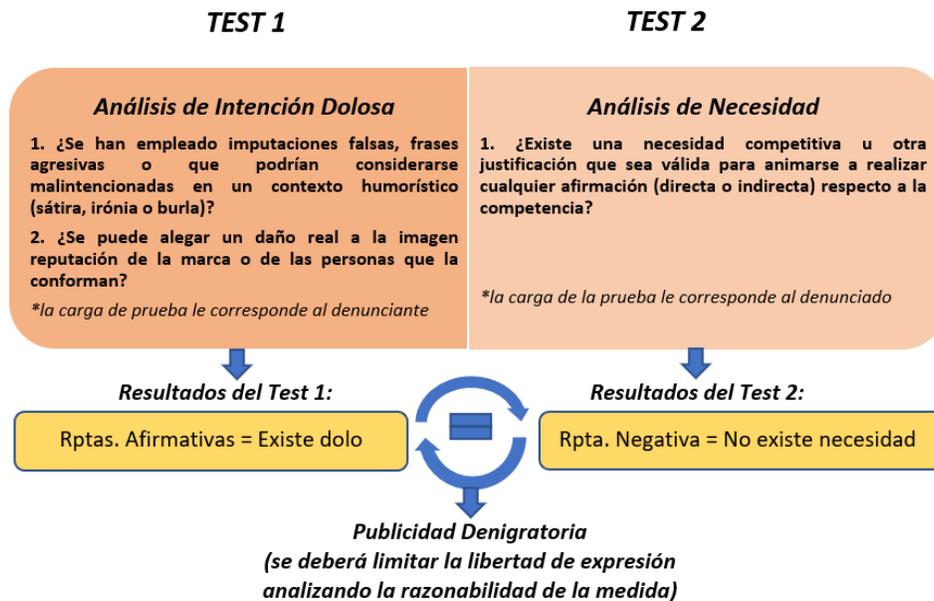


Figura 1. Hipótesis

4.4.1.1. *Análisis de Intención Dolosa:*

Es así como, teniendo en cuenta el análisis de la intención dolosa que proponemos y responder la primera interrogante del test 1 - *¿si se han empleado frases falsas, agresivas o que podrían considerarse malintencionadas en un contexto humorístico?* - podríamos haber identificado que no obstante de tratarse de un mensaje que posiblemente podría ser considerado verdadero (ya que, lo que RIVERA quería señalar de alguna manera era que para ciertos consumidores el sabor de la bebida podría resultar similar al producto de CIKSA, sin embargo, esto corresponde a un ámbito subjetivo) y aunque no se emplearon frases agresivas, el denunciante podría haber acreditado que el mensaje era evidentemente malintencionado pues se incurría en la ridiculización atribuyendo cierta incompetencia a los trabajadores de CIKSA, pues se daba a entender que aquellos no eran capaces de diferenciar el producto que comercializaban y que incluso éstos eran algo tontos, siendo que el contexto humorístico en el que se desarrollaban los personajes se trataba de encubrir la real intención de RIVERA, la cual era desprestigiar a la competencia y desviar de manera desleal las preferencias hacia su producto.

En lo referido a la segunda interrogante – *¿se puede alegar un daño real a la imagen o reputación de la marca o de las personas que la conforman?* – y en atención a que es el propio denunciante quien debe probar la existencia del daño o incluso, tan solo probar que existía un peligro potencial e idóneo que sea susceptible de concretarse; si CIKSA hubiese podido acreditar (mediante una prueba objetiva como podrían ser la realización de encuestas, estudios de mercado, etc.) que desde la emisión del primer spot publicitario hasta la emisión del último, en dicho periodo las ventas de la bebida Inca Kola hubieran bajado drásticamente teniendo como única causa atribuible el impacto negativo que se originó por la ridiculización de los trabajadores y de la marca en sí; ésta hubiese podido alegar que el referido daño el cual solo podía ser atribuible directamente a la denigración sufrida, pues al emitirse tal publicidad el posible cambio de las preferencias en los consumidores no se suscitaba a raíz de la utilización de algún mecanismo honesto.

En consecuencia, al haber aplicado el referido test y llegar a la conclusión que el daño a generarse podría ser real o incluso capaz de generarse de manera idónea (podría no haberse generado con la emisión del primer o segundo comercial pero como fueron varios, los consumidores al verse bombardeados constantemente y apelando a su subconsciente cambiaron

sus preferencias) y que este debía ser directamente atribuible al hecho denigrante, el denunciante podría haber tenido la posibilidad de probar el referido resultado gravoso que le exigía la Comisión.

4.4.1.2. Análisis de Necesidad:

Con la finalidad de buscar una justificación que eximiera de responsabilidad a Rivera por haber ridiculizado a los trabajadores de CIKSA y a la marca en sí, mediante el empleo del segundo test, el denunciado tendría que haber acreditado que el hecho de referirse a la competencia era totalmente necesario para promocionar sus productos, por lo que deberíamos analizar si RIVERA tenía la posibilidad de hacer uso de otros recursos para dar a conocer y promocionar su bebida Triple Kola.

En ese sentido, y como ya lo hemos señalado en líneas anteriores, es totalmente válido que podamos hacer referencia a la competencia siempre y cuando lo hagamos utilizando información objetiva y veraz (publicidad comparativa) por ejemplo, dar a conocer los resultados de encuestas sobre preferencias que se basen en información verdadera y sin necesidad de incurrir en alusiones peyorativas o denigrantes. Asimismo, Rivera también podría haber acudido al humor y a la fantasía recreando personajes ficticios, pero sin que ningún agente económico se sienta aludido y ridiculizado, por lo que tenía la posibilidad de recrear personajes que tengan como objeto elogiar o bromear sobre ciertos aspectos de su propia marca, como ejemplo de ello, sería que el pintoresco Gómez haya sido un trabajador de Rivera y no de CIKSA.

Asimismo, podremos advertir que en el referido contexto no existía ninguna necesidad real que nos haga considerar que Rivera tuviera que hacer referencia a su competidor directo, si el objetivo era resaltar la calidad y sabor de la bebida, pues creemos sin lugar a duda que ello se hubiese conseguido sin siquiera referirse a la competencia o en todo caso utilizando la publicidad comparativa la cual solo debe basarse en evidencias reales. Una excusa que podría haber resultado válida hubiese sido que Rivera haya alegado un estado de necesidad, como por ejemplo, haber acudido a la figura de la legítima defensa para repeler los ataques de la competencia; sin embargo, ni siquiera este recurso hubiese podido ser válido si tenemos en cuenta que esta guerra comenzó por el lanzamiento de estos spots publicitarios cuya autoría es imputable al propio grupo Rivera, por lo que incluso, ni siquiera en el caso de que CIKSA pudiera haber contraatacado (como así sucedió) podría haber alegado un daño como consecuencia de sus propios actos.

Por consiguiente, mediante el empleo de este análisis no existiría ninguna justificación que haya posibilitado que Rivera deba de referirse a CIKSA ridiculizando a sus trabajadores y tratando de dañar la imagen Inca Kola.

4.4.1.3. Análisis de Razonabilidad sobre la medida impuesta:

Finalmente, mediante la aplicación de los test propuestos y habiendo arribado a la conclusión que si hubo denigración y por ende, se suscitó un daño o al menos existía la probabilidad que se genere un daño idóneo para CIKSA y que el mismo no era necesario, la Comisión debió haber declarado fundada la denuncia interpuesta por CIKSA y limitar la libertad de expresión de Rivera (ordenando el cese de la conducta y aplicando la imposición de una multa pecuniaria) dado que, esta limitación no era una medida injustificada que de manera arbitraria recortara la libertad de empresa, pues el objetivo razonable más allá de salvaguardar la imagen de CIKSA, era sentar un precedente que incentive a los demás competidores a tener en cuenta que en su intento por promocionar sus productos y servicios y atención a la buena fe que debe existir en el mercado, no ataquen de manera intencional y solapada a la competencia.

En consecuencia, la limitación a la libertad de expresión que impondría el INDECOPI resulta ser: i) razonable, ya que, la misma se encuentra justificada en atención a las facultades atribuidas a la administración y teniendo en cuenta que el objetivo es la protección de un interés legítimo (protección del honor y reputación de los agentes económicos); por lo que la medida resulta ii) idónea, dado que dicha restricción es adecuada para la consecución de la protección de otro derecho o principio relevante como lo es la imagen y reputación de una empresa competidora; iii) necesaria, pues entendemos que no existiría otra medida menos gravosa que la señalada, teniendo en cuenta que la sanción a imponer es de carácter administrativo; y finalmente, iv) proporcional, ya que, se evidencia una correcta ponderación de medios y fines entre la limitación del derecho afectado (libertad de expresión) y la protección del derecho que se pretende salvaguardar (honor y reputación de CIKSA).

4.4.2. Cocineros y Chamanes:

Teniendo en cuenta que ambos comerciales fueron difundidos en el mismo momento y que los mismos se emitieron como una respuesta de CIKSA frente a los ataques de Rivera, la decisión del Tribunal fue integrar ambos casos y emitir un solo pronunciamiento, disponiendo que al haberse

En lo que se refiere a la segunda interrogante del referido test - sobre si se evidencia o no un daño - podemos decir que, mediante la denigración del producto se trataba de causar un daño a la imagen y reputación de Rivera, más aún si tenemos en cuenta que, dicho comercial fue lanzado como un contrataque directo a raíz de la emisión de los spots publicitarios “Gómez”. En ese sentido, lo que Rivera debería haber probado mediante la aplicación del referido test es que, tras la emisión de ambos comerciales se había ocasionado de manera directa una baja en las ventas de la bebida Triple Kola, cuyas razones no podían ser imputables sino únicamente a la estrategia utilizada por CIKSA, la cual era desacreditar el producto señalando que este era de una calidad cuestionable.

4.4.2.2. *Análisis de Necesidad:*

En lo que respecta a este punto y teniendo en cuenta lo señalado en líneas anteriores, si bien podríamos señalar que en este caso CIKSA si se encontraba facultada para referirse a la competencia, pues su objetivo era repeler los ataques que inicialmente recibió por parte de Rivera y que en atención a nuestra propuesta consideramos que éstos tenían como objetivo denigrar a CIKSA, sin embargo, si nos atreviéramos a señalar que un contrataque cargado de un componente malintencionado como ha sido advertido en el punto anterior, pudiera considerarse lícito al subsumirse dentro de lo que sería considerado un estado de necesidad; lo que haríamos es optar por una solución sumamente peligrosa, dado que, con ello se estaría habilitando a todo aquel agente económico que es víctima de denigración a actuar en defensa de su honor recurriendo a mecanismos tan reprochables como los que trataba de repeler.

Es así como, aun pudiendo evidenciar que el agente se encontraba incitado a responder, es en virtud de las reglas de la buena fe empresarial y las normas básicas de convivencia que no podríamos justificar la actuación de CIKSA, ya que, ello promovería una guerra sin fin, tal y como así sucedió. En ese sentido, afirmaremos que a CIKSA solo le correspondía denunciar ante el INDECOPI la denigración de la que fue objeto mas no actuar de la misma manera que Rivera, ya que, si el INDECOPI hubiera advertido en ese momento que la conducta de CIKSA era denigrante y que tal conducta no se encontraba justificada hubiese puesto fin a la guerra de las Kolas Amarillas en dicha oportunidad y concluir con ese enfrentamiento considerado totalmente innecesario.

4.4.2.3. *Análisis de Razonabilidad de la Medida:*

Luego de haber evidenciado que los comerciales a cargo de CIKSA eran denigrantes y que en los mismos no existía ninguna necesidad para hacer referencia directa a Rivera, por lo que no podía justificarse el medio utilizado; lo que corresponde en este punto es analizar si la limitación a la libertad de expresión que la autoridad administrativa hubiese impuesto mediante la aplicación del test propuesto era o no razonable.

En ese sentido, y habiendo previamente advertido que aun en el caso que CIKSA pudiera alegar que ambos spots publicitarios se emitieron con el objeto de repeler los ataques iniciados por Rivera, el referido argumento no puede considerarse suficiente como para permitir y tolerar que esta última también incurriera en actos denigrantes.

En consecuencia, la medida por la cual se restringe la libertad de expresión es: i) razonable, pues nace de la facultad que tiene la autoridad administrativa para aplicar determinadas medidas que le permitan salvaguardar la reputación e imagen de Rivera; por lo que la medida resulta ii) idónea, dado que la referida restricción es considerada adecuada para la consecución de la protección del honor y considerada la única vía para desincentivar incurrir en actos denigratorios; iii) necesaria, pues no existe otra medida menos gravosa si tenemos en cuenta que la medida administrativa es pecuniaria y no comprende la restricción de otras libertades; y finalmente, iv) proporcional, teniendo en cuenta que se evidencia una correcta ponderación entre el derecho que se pretende limitar (libertad de expresión) y el derecho que se pretende salvaguardar (el honor y la reputación de Rivera) teniendo en cuenta que en el contexto mencionado ésta debía prevalecer dado que, era la única forma en la que se podía parar el conflicto y desincentivar conductas que se aparten del principio de buena fe.

Es así que, habiendo desarrollado los análisis propuestos en los casos más representativos en materia de competencia desleal, queremos resaltar el hecho que lo que se propone es la realización de un análisis conjunto donde participen los posibles agraviados y agraviantes o incluso que, este análisis integral pueda ser realizado por cualquier empresa incluso antes de suscitarse una discrepancia, haciendo un uso válido y sin cuestionamientos del empleo del humor como una manifestación del derecho a la libertad de expresión.

Finalmente, debemos reiterar que es totalmente válido y lícito que las empresas utilicen la creatividad y el humor con la finalidad de que sus productos y servicios se diferencien de los demás, no obstante, es cuestionable que este ingenio siga siendo utilizado con el objetivo de disfrazar las reales y solapadas intenciones que tratan de encubrirse con el empleo del humor, por lo que no se puede rebasar los límites del respeto y la tolerancia que deben procurarse los agentes económicos.

Debemos tener muy en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos comparados a los cuales hemos hecho referencia (Estados Unidos y España) la libertad de expresión en nuestro ordenamiento no es un derecho considerado absoluto por lo que este admite la posibilidad de que se le impongan ciertos límites siempre y cuando los mismos sean razonables y que tengan como única justificación salvaguardar otros intereses o principios considerados tan importantes como aquel (el honor y dignidad de los demás agentes económicos). Los límites que se le impongan a este derecho en sede administrativa tendrán como único objeto forjar una respetuosa convivencia e interacción entre los agentes económicos, mediante un ejercicio razonable y honesto de este derecho.

Teniendo en cuenta lo mencionado y mediante la aplicación de los análisis propuestos, hemos podido establecer el límite entre el humor como manifestación de la libertad de expresión y aquellos atentados en contra del honor y la reputación de las empresas, pues hemos demostrado que, si en el mensaje de la publicidad se llega a advertir la intención dolosa y maliciosa de generar un daño y que el mismo no puede considerarse ni necesario ni justificado, pues será razonable que la autoridad competente pueda limitar el ejercicio de la libertad de expresión con la finalidad de salvaguardar el honor, la reputación y la imagen del agraviado. En ese sentido, el límite consistiría sencillamente en que es posible utilizar el humor mientras este no tenga como objetivo denigrar y dañar sin ninguna necesidad o justificación a los otros agentes económicos que no pidieron verse involucrados en determinada publicidad.

4.5. Análisis de un caso actual sobre denigración por la utilización del componente humorístico.

En la actualidad, al parecer son pocos los casos en donde se discuta si hubo o no denigración y que la misma se encuentre encubierta a consecuencia de la presencia del componente humorístico, sin embargo, esto no obsta para que la propuesta planteada no pueda ser tomada en cuenta por los

operadores jurídicos y evaluar la licitud de su conducta, ya que, las formas en la publicidad a razón del avance de la tecnología se van constantemente modificando por lo que, no está de más en detenernos a pensar si con nuestros actos podríamos estar desacreditando a otro u otros agentes que concurren en el mercado.

En ese sentido, traemos a colación aquel caso resuelto por la Sala Especializada en Competencia en el año 2013, en donde la empresa América Móvil denunció a Direct Tv entre otras imputaciones, por haber iniciado una campaña considerada denigrante, denominada “A mí también me ha pasado” en la que a través de la creación de una plataforma digital y redes sociales animaba a los usuarios a contar sus malas experiencias respecto a los servicios de teléfono, cable e internet que eran ofrecidos por sus competidores, por lo que América Móvil consideró que dicha práctica se realizaba con el objetivo de desprestigiarla. Posteriormente, Direct Tv hace otra promoción en la que continua invitando a los usuarios a contratar su servicio de cable, a través de una publicidad en la que utilizando el humor, representaba a una mujer que se encontraba atada con tres mariachis que cantaban y vociferaban, los cuales estarían representando a los tres servicios que se ofrecían “amarrados” y que al ser estos personajes identificados como de nacionalidad mexicana, América Movil (empresa de nacionalidad mexicana) consideró que se denigraba su imagen ya que, se empleaba la burla, la ironía y la sátira para indicar que esta última empresa se aprovecharía de sus clientes a través de la prestación de un servicio absurdo que amarraba a los clientes.

En ese sentido en primera instancia, la Comisión declaró infundada la denuncia sobre actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, ya que, consideró que la publicidad no aludía a los servicios de la empresa denunciante y que, en todo caso, lo que se quería hacer era caricaturizar el contexto en el que los usuarios manifiestan su disconformidad haciendo un legítimo uso de humor que pone en evidencia la competencia comercial. Sin embargo, en segunda instancia, la Sala del Tribunal consideró que teniendo en cuenta la estructura del mercado y la referencia a la nacionalidad del agente económico, se realizaba una alusión de manera indirecta pero que podía identificarse que se refería a América Móvil, por lo que se habría incurrido en denigración en la medida que, se ha suscitado una situación de burla sin ninguna justificación que la respalde por lo que ni siquiera corresponde realizar un examen de veracidad. (Resolución 0397-2013/SDC-INDECOPI)

4.5.2. *Análisis de Necesidad:*

En este punto Direct Tv, al tratar de justificar la necesidad de haberse referido a la competencia no hubiese podido acreditar su proceder en la medida que, no era necesario que se cree toda una plataforma o se interactúe todo el tiempo con los usuarios de otras empresas con la finalidad de desacreditarlos, pues si la idea era captar clientes lo hubiese realizado sin la necesidad de hacer alusión a la competencia, y mucho menos referirse a la nacionalidad de la empresa, pues es esta impertinencia lo que finalmente desacredita totalmente la referida campaña.

En ese sentido, resulta casi imposible que Direct Tv hubiese podido acreditar que su alusión se encontraba justificada, en la medida que hubiese podido captar a los usuarios únicamente a través de promociones o descuentos por el servicio a ofrecer sin tener que desprestigiar a su competidor inmediato. En consecuencia, la publicidad es denigratoria y la misma no se encontraría justificada.

4.5.3. *Análisis de Razonabilidad:*

Teniendo en cuenta que, la autoridad administrativa hubiese determinado desde un inicio que la campaña era denigrante, hubiese podido solicitar el cese de tales actos e imponer una multa adecuada con el objeto de disuadir la comisión de tales infracciones.

Es así que, la medida impuesta por la autoridad resultaría siendo i) razonable, ya que, la misma se justifica en atención a la finalidad que busca alcanzar; ii) idónea, por el hecho que no existe otra vía más adecuada para contrarrestar la denigración; iii) necesaria, pues la medida pecuniaria cumplirá la función de desincentivar la realización de tales actos; y iv) proporcional, dado que, se realizar una correcta ponderación de lo que se restringe y lo que se pretende conseguir.

Teniendo en cuenta lo esbozado anteriormente, mediante la aplicación de dicha propuesta podremos lograr determinar la real intención de los agentes económicos que concurren en el mercado, con la finalidad de determinar si estos han realizado actos considerados mal intencionados susceptibles de generar un daño, sin que sea necesario determinar previamente si los actos realizados son objetivos o subjetivos como actualmente se debe realizar con la ley vigente, y cuya determinación resulta ser difícil en la medida de que no existen actos de por sí objetivos u objetivos sino que, los mismos tienen ciertos componentes o características que los hacen muchas veces indistinguibles. Asimismo, una vez que hayamos logrado evidenciar un posible acto denigratorio, podremos evaluar si el mismo resulta justificable o no en razón al interés

común que se pretende alcanzar mediante su realización y a la pertinencia o adecuación respecto al fondo o forma en la que se propagan tales actos. Por lo que este último análisis, resulta ser un análisis más completo que la sola evaluación de fondo y forma que comprende actualmente la *exceptio veritatis* vigente.

Finalmente, el análisis de razonabilidad que complementa los *test* propuestos, nos permite evidenciar la legitimidad de la actuación de la autoridad, con la finalidad de cumplir con los principios de legalidad y discrecionalidad que parametrizan la actuación administrativa.

Conclusiones

A continuación, se señalan las principales conclusiones de la presente investigación.

1. Sobre los casos considerados emblemáticos en materia de denigración (Guerra de las Kolas Amarillas), los pronunciamientos del INDECOPI fueron contradictorios, ya que, por un lado se señalaba que si bien una alusión indirecta en la que se hayan utilizado términos peyorativos debilitaría todo componente denigratorio si dicha referencia se ha realizado en un contexto humorístico (Caso Chamanes y Cocineros); por otro lado, se señalaba que se ha incurrido en denigración al hacer un mal empleo del humor recurriendo a medios denigrantes que no eran considerados pertinentes (Caso Impulsadora). No obstante, la contradicción de dichos pronunciamientos se debe a que en dicho contexto coexistían dos normas cuyas disposiciones aparentemente eran imposibles de integrar.

2. Los *test* que se proponen también incorporan ciertos elementos del *test* de la *exceptio veritatis* (verdad y pertinencia) vigente, lo cual tiene como finalidad reforzar los análisis de intención dolosa y de necesidad, no obstante, para la aplicación de los *test* propuestos no será necesario determinar previamente si la publicidad es de naturaleza objetiva o subjetiva, lo cual si sería necesario realizar con el *test* vigente, ya que, existen posiciones contradictorias que señalan por un lado que la *exceptio veritatis* solo podría ser susceptible de aplicarse respecto aquellas afirmaciones objetivas es decir, que sean susceptibles de verificarse, sin embargo; por otro lado, ciertos autores, señalan que este *test* podría ser aplicado incluso en las alegaciones de carácter subjetivo en donde la presencia del componente humorístico es un factor predominante.

3. El derecho a la libertad de expresión en nuestro ordenamiento no puede ser considerado como un derecho absoluto sino que, al igual que cualquier otro derecho admite

la posibilidad de que se le impongan ciertos límites siempre y cuando, los mismos sean considerados razonables y tengan como finalidad salvaguardar otro interés considerado valioso sobre la base de una ponderación de intereses, la cual es susceptible de realizarse en sede administrativa en atención al margen de discrecionalidad que se le ha concedido a la autoridad administrativa.

4. En aquellas legislaciones que hayan acogido las teorías democrático – políticas y económicas en donde la consagración del sistema democrático es el fin en sí mismo dado que, a partir de aquel se garantiza el libre intercambio de ideas, la libertad de expresión se erige por encima de cualquier otro derecho, como lo sería el derecho al honor o a la dignidad de las personas pues, incluso se habla de un derecho a ofender el cual se constituiría en la vertiente negativa de la libertad de expresión.

5. Los daños que se ocasionen a los otros agentes económicos y que únicamente pueden ser tolerados son aquellos que se hayan ocasionado en razón de una mayor eficiencia, es decir cuando la competencia haya utilizado estrategias lícitas (mejores precios, mejor calidad, promociones, etc.) que los diferencie de la competencia pues la protección que otorga un sistema de competencia desleal es propiamente al sistema competitivo y no a los agentes económicos, aunque indirectamente si se garantiza lo primero sobre la base del respeto y la buena fe que debe estar presente en todo proceso competitivo, pues también se protegerá los intereses legítimos de todos los participantes.

6. El recurso humorístico como una manifestación de la libertad de expresión debe ser utilizado en la medida que se tenga en cuenta el respeto que se debe guardar a los demás agentes económicos, pues su ejercicio no ha de considerarse honesto si aquel tiene como objetivo denigrar y dañar a terceros, y más aun, cuando no exista ninguna situación que justifique tal denigración. En ese sentido, será totalmente razonable limitar en sede administrativa la libertad de expresión, dado que la sanción de carácter pecuniaria servirá para desincentivar el incurrir en este tipo de prácticas deshonestas.

Recomendaciones

Teniendo en cuenta la tesis propuesta, en la aplicación de los test de Intención Dolosa y Necesidad el operador jurídico deberá tener en cuenta los siguientes parámetros a seguir:

1. *El análisis no requiere que la publicidad sea catalogada previamente como subjetiva u objetiva, análisis que si es necesario realizar para aplicar la exceptio veritatis.*
2. *Se realizará la aplicación de ambos test (independientemente de que se trate de frase objetivas o subjetivas) cuando se advierta el componente humorístico y se haga alusión directa o indirecta a otro agente económico.*
3. *El denunciante deberá probar la intención dolosa y el daño mientras que el denunciado deberá probar la necesidad de la alusión directa o indirecta y justificar la referencia a otro agente económico.*
4. *La intención dolosa puede ser advertida en primer lugar si es que el mensaje se basa en aseveraciones falsas, así como en colocar al rival de tal manera que sea objeto de burla.*
5. *Los daños que podrían ocasionarse a otros agentes económicos y que son los únicos tolerados son aquellos que provengan de aquellas estrategias lícitas y por cuestiones de eficiencia. (mejor calidad a menor precio, promociones, etc.)*
6. *Podrá considerarse que existía una necesidad de referirnos a la competencia cuando se comunique una información que sea de interés público y cuando esta sea utilizada de forma pertinente (de fondo y forma). El objetivo final será justificar la denigración.*
7. *La libertad de expresión solo podrá limitarse en la medida que este límite resulte ser razonable en atención al bien jurídico que se trata de proteger y que en sede administrativa el referido límite no pasa de ser una restricción pecuniaria.*

Figura 5. Puntos claves

Referencias

- Alexy, R. (2006). Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. *Revista Foro Jurídico* 9. P. 42. Recuperado de: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/40371>
- Aramayo, A. & Gagliufi, I. & Maguiña, R. & Rodas, C. & Sosa, A. & Stucchi, P. (2013). Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima. p.p. 18, 29, 71, 107. Recuperado de: http://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5559/competencia_desleal.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Botero, C. (2013). Jurisprudencia Nacional sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión – Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA. P.p. 2 – 5. Recuperado de: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/JURISPRUDENCE_CD/JURISPRUDENCIA%20DOMESTICA%20SOBRE%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20Y%200AI.pdf
- Campos, F. (2018). ¿Existe un derecho a blasfemar? Sobre la Libertad de Expresión y el Discurso del Odio. *Universidad de Costa Rica*. P.p 285 y 291. Recuperado de: https://www.academia.edu/34646317/_Existe_un_derecho_a_blasfemar_Sobre_libertad_de_expresi%C3%B3n_y_discurso_del_odio?email_work_card=thumbnail
- Castillo, L. (2007). La Persona Jurídica como Titular de Derecho Fundamentales. *Repositorio Institucional Pirhua*. Área Departamental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. P. 5, 10, 12, 13. Recuperado de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2073/Persona_juridica_como_titular_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1
- Castro, J. (2017). Libertad de Expresión y Límites Democráticos. *Revista de Derecho Ius Humani*. Vol. 6. Ecuador. P. 14. Recuperado de: https://www.academia.edu/30985562/Libertad_de_expresi%C3%B3n_y_l%C3%ADmites_democr%C3%A1ticos?email_work_card=title
- Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal. (2018) Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. Resolución N° 001-2018-LIN-CCD/INDECOPI. P.p. 22

- 23. Presidente Javier Pazos Hayashida. Recuperado de:
https://issuu.com/indecopi/docs/lineamientos_2018_ccd
- Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria, Comisión Permanente de Ética. (2011). Resolución N°003-2011/CPE, p. 9. Recuperado de:
http://www.conarperu.org/resoluciones/Exp_04-2011_Unilever_vs_Reckitt--1-RESOLUCION-FINAL.pdf
- Espinoza, J. (2008). Derecho de las Personas. 5ta ed. Lima: Editorial Rodhas. P.p. 324, 325, 333, 334, 338.
- Gagliuffi, I. (2003). La publicidad denigratoria en el Perú: Memorias sobre la guerra de las kolas amarillas (Historia de Gómez, Los Chamanes, Los Cocineros y La Impulsadora). Revista de Derecho Themis Nro. 46. (pp. 303, 304, 308, 309, 310, 311, 312, 313) Recuperado de:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10043>
- García, R. (2015). La libertad de expresión ejercida desde los derechos de reunión y manifestación en colisión con la libertad religiosa. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado N°. 37. Universidad Autónoma de Madrid. P.p. 2 – 3. Recuperado de:
https://www.academia.edu/22449389/LA_LIBERTAD_DE_EXPRESI%C3%93N_EJERCIDA_DESDE_LOS_DERECHOS_DE?email_work_card=title
- Gascón, A. (2013). La primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista. Anales de la Catedra Francisco Suárez N° 47. P.p. 164, 169 – 170, 174 – 175, 180. Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4728797>
- Guzmán, C. (2009). Los principios generales del Derecho Administrativo. Ius Et Veritas 19, (38). P. 239. Recuperado de:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12203/12768>
- López, D. (2013). La Publicidad Desleal en la Competencia en el Ámbito Digital: Publicidad Denigratoria, Confusionista y Comparativa. Revista boliviana de derecho N° 15. España. P. 126, 127, 130. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539913006>
- Lucchetti, A. (2009). Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas. Círculo de Derecho Administrativo. P. 488. Recuperado de:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14044/14666>

- Maguiña, R. Sosa, A. (2018) “El mejor del Perú”: ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja usted. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual Nro. 10. (pp. 96, 99 - 110). Recuperado de: <file:///C:/Users/HP/AppData/Local/Temp/78-Texto%20del%20articulo-192-1-10-20180614-1.pdf>
- Marciani, B. (2004). El Derecho a la Libertad de Expresión y la Tesis de los Derechos Preferentes. (p. 280). Lima: Palestra.
- Marciani, B. (2005). La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos. Revista Constitucional Año XI N° 11. P.p. 352 – 353, 366 – 367. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7688>
- Marciani, B. (2018). El lenguaje del odio y los límites a la libertad de expresión en el Estado Constitucional de Derecho. En Repensar los Derechos Humanos. 1ra ed. Lima: Palestra Editores. P.p. 223 – 224, 230. Recuperado de: https://www.academia.edu/37902906/El_lenguaje_del_odio_y_los_l%C3%ADmites_a_la_libertad_de_expresi%C3%B3n_en_el_Estado_constitucional_de_Derecho
- Miranda, M. Constitucionalización del Derecho Civil a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. P.p. 100 – 105. Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/57dae10042efe6d98727b7d49215945d/3.+Constitucionalizaci%C3%B3n+del+Derecho+Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=57dae10042efe6d98727b7d49215945d>
- Ocampo, E. (2014). Los Actos Denigratorios en la Legislación Española. Tesis Doctoral. Universidad de Oviedo. España. P.p. 247 – 248. Recuperado de: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/29124/1/TD_EliseoOcampo.pdf
- Otamendi, J. (1998). La Competencia desleal. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. (p. 17). Recuperado de: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica01.pdf
- Poder Ejecutivo. (22/01/2019). Decreto Supremo N° 004-2019-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General y sus modificatorias. Recuperado de: http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

- Poder Ejecutivo. (26/06/2008). Decreto Legislativo N° 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal y sus modificatorias. Recuperado de: http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp
- Poder Judicial, Décimo Séptimo Juzgado Penal de Lima. (2019). Exp. 6774-2019. Juez Ángel Romaní Vivanco. Instituto de Defensa Legal. (2019). IDL presentará cargos por difamación contra Javier Villa Stein. Fundamento 12. Recuperado de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/Resolucion-de-No-Ha-Lugar-abrir-de-instruccion-contr-Javier-Villa-Stein-por-delito-de-difamacion-agravada-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR3Tzg9JN5qxTxRswXEapF3D34eTxPx7mHFVVUxvDGieJdBrA1FJM-23uFo
- Poder Judicial, Primer Juzgado Mixto de Wanchaq. (2018). Exp 000798-2014-0-1001-JM.CI-01. Jueza Yanet Paredes Salas. Fundamento 3.11. Recuperado de: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Expediente-00798-2014-0-1001-JM-CI-01-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR0vI4SuggMwTX1FoO514CMfCTXB3LWEb-0eZIG4nqsTJy6uCsWWjgkuUs8
- Rovira, M. (1998). El Honor de la Persona Jurídica. Una Cuestión de Hermenéutica. Constitucional. p. 480. Recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/61893687.pdf>.
- Sánchez, S. (1992). Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón. Revista de Administración Pública N°. 127. P. 56, 59, 61 - 62. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es>
- Sosa, A. (2017). Como NO se debe interpretar la publicidad comercial. Portal Jurídico Interdisciplinario. Recuperado de: <http://polemos.pe/no-se-interpretar-la-publicidad-comercial/>
- Sosa, A. (2017). Guerra Publicitaria en el “Mundo Telecom” (Casos Prácticos). Revista Derecho & Sociedad Nro. 49. (p. 167) Recuperado de: <file:///C:/Users/HP/AppData/Local/Temp/19886-Texto%20de%20artículo-79073-1-10-20180420.pdf>
- Stucchi, P. (2007). “La Denigración o el Descrédito sobre la Imagen Comercial Ajena como Acto de Competencia Desleal y como Acto Contrario a la Regulación Publicitaria”. Revista Derecho & Sociedad Nro. 28. (p. 168) Recuperado de: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&ei=q7LJX7vXLU6->

5OUPncaP6AQ&q=alusion+indirecta+es+denigracion+peru&oq=alusion+indirecta+es+d
enigracion+peru&gs_lcp=CgZwc3ktYWIQAzoECAAQR1De-
gZY96MHYK_KB2gAcAJ4AIAB8AGIAekZkgEGNS4yNC4xmAEAoAEBqgEHZ3dzL
XdpsgBCMABAQ&scient=psy-
ab&ved=0ahUKEwj72LXUtrPtAhVuH7kGHR3jA00Q4dUDCAw&uact=5

- Torres, M. (2018). Caso “la paisana Jacinta”: por que un juez no puede cancelar un programa de televisión. La Ley. Recuperado de: <https://laley.pe/art/6661/caso-la-paisana-jacinta-por-que-un-juez-no-puede-cancelar-un-programa-de-television>
- Trazegnies, F. (2001). La responsabilidad extracontractual. (pp. 49 – 50) 7ª ed. Lima: Pontifica Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 2001.
- Tribunal Constitucional. (2002). Exp. 0905-2001-AA/TC. Fundamentos 6, 7, 9. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2001-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2004). Exp. 2192-2004-AA/TC Fundamentos 16 y 17. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2010). Exp. 04072-2009-PA/TC Fundamentos 13 y 14. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04072-2009-AA.pdf>
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Especializa en Defensa de la Competencia. (2002). Resolución N° 0811-2002/TDC-INDECOPI. Presidente Juan Francisco Rojas Leo. P.p. 2 – 9. Recuperado de: https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2013) Resolución 0397-2013/SDC-INDECOPI. Vicepresidente Silvia Lorena Hooker Ortega. Recuperado de https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2017) Resolución N° 453-2017/SDC-INDECOPI. Presidente José Luis Bonifaz Fernández. https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala Especializada en Defensa de la Competencia. (2018) Resolución N° 0071-2018/SDC-INDECOPI.

Presidente Juan Luis Avendaño Valdez. pp. 18 - 19 Recuperado de:
https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam
Universidad de Palermo. (1988). Corte Suprema de los Estados Unidos. Hustler Magazine v. Falwell 485 US. 46. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. P. 7. Recuperado de: <https://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf-eeuu/HUSTLER-MAGAZINE-v-FALWELL,485-U.S.pdf>

