

UN MANUAL DE REFERENCIA Y FORMACIÓN PARA EUROPA

Libertad de expresión, legislación sobre medios de comunicación y difamación

MLDI

Media Legal
Defence Initiative



International
Press
Institute

UN MANUAL DE REFERENCIA Y FORMACIÓN PARA EUROPA

Libertad de expresión, legislación sobre medios de comunicación y difamación



International
Press
Institute

Mayo de 2015

El doctor Richard Carver, de la Oxford Brookes University, ha elaborado este manual para una serie de cursos sobre la legislación sobre medios de comunicación para abogados y periodistas de Europa bajo el auspicio de la Media Legal Defence Initiative y el International Press Institute. La elaboración de este manual ha sido financiada con fondos de la Comisión Europea y la Open Society Foundation.

Este trabajo está publicado bajo una licencia Creative Commons No Comercial 4.0 Internacional. Esto quiere decir que puedes compartir y adaptar este trabajo siempre que se nombre al autor, se facilite un enlace a la licencia y se indique si se han hecho cambios. Si se comparte o adapta debe ser con una finalidad no comercial y debe estar disponible en los mismos términos que la licencia original. Se pueden encontrar los términos completos de la licencia en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/legalcode>.



This training manual was supported by co-funding from the European Commission, under its European Centre for Press and Media Freedom pilot programme, and by a grant from the Foundation Open Society Institute in cooperation with the Program on Independent Journalism of the Open Society Foundations.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN: CÓMO USAR ESTE MANUAL	5
<i>Algunas palabras sobre los conceptos</i>	6
1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: PRINCIPIOS Y FUENTES SUBYACIENTES	9
<i>¿Por qué es importante la libertad de expresión?</i>	10
<i>La libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación</i>	12
<i>Restricciones de la libertad de expresión</i>	13
2. DIFAMACIÓN	17
<i>¿Qué es la difamación?</i>	17
<i>Difamación penal</i>	18
<i>Difamación civil</i>	20
<i>¿Puede una declaración verdadera ser difamatoria?</i>	21
<i>Expresar opiniones</i>	22
<i>¿Existe el derecho a la reputación?</i>	23
<i>¿Cuál es la manera adecuada de enfrentarse a la difamación?</i>	24
3. DIFAMACIÓN Y DEBATE PÚBLICO	25
<i>Crítica de cargos públicos</i>	25
<i>Protección de la expresión política</i>	28
<i>Privilegios para miembros del parlamento y difusión de declaraciones hechas en el parlamento</i>	30
<i>La privacidad de las figuras públicas</i>	31
<i>Injurias a las instituciones</i>	31
<i>La prensa como guardián del interés público</i>	34
<i>Difamación de religiones</i>	36

4. TIPOS DE MATERIAL DIFAMATORIO	39
<i>Opiniones contra hechos</i>	39
<i>Humor</i>	40
<i>Declaraciones ajenas</i>	42
5. CASOS DE DIFAMACIÓN EN EL TRIBUNAL	45
<i>Defensas contra demandas por difamación</i>	45
<i>¿Sobre quién recae la carga de la prueba?</i>	46
<i>Protección de fuentes anónimas</i>	47
<i>Compensaciones y penas</i>	48
<i>¿Cómo se pueden aplicar las leyes sobre derechos humanos en los tribunales nacionales?</i>	51
<i>¿Y la jurisprudencia de otras jurisdicciones?</i>	54
6. CÓMO USAR ESTE MANUAL	55
<i>Pedagogía y aprendizaje de adultos</i>	56

INTRODUCCIÓN: CÓMO USAR ESTE MANUAL

Se ha elaborado este manual para su uso durante las sesiones sobre difamación para abogados y periodistas en el sur de Europa. Contiene recursos y materiales de referencia para ayudar a los formadores a prepararse y a los participantes a entender los temas que se tratan.

Los participantes serán tanto periodistas como personal de los medios de comunicación (para quienes el seminario será una oportunidad de aprender sobre los principios generales tras la legislación sobre difamación) y abogados, que también practicarán estrategias de litigación en el caso en que se interponga una demanda por difamación contra sus clientes.

Se asume que los participantes del ámbito jurídico son abogados cualificados, competentes y con experiencia en litigaciones, aunque no necesariamente en el ámbito de los medios de comunicación, de la libertad de expresión o de los derechos humanos.

El propósito de este manual es triple:

- Los formadores lo pueden usar para preparar las sesiones. El material que se recoge aquí debería proporcionar todo lo necesario para dirigir un curso de dos días en legislación europea sobre difamación, pero no contiene material específico para cada país. También se ha anexoado la planificación del curso, así como presentaciones en PowerPoint y la documentación que se distribuirá durante las sesiones.
- Los participantes lo pueden usar para prepararse las sesiones. La experiencia en la pedagogía orientada a adultos demuestra que el aprendizaje es más efectivo cuando se centra en desarrollar y poner en práctica habilidades en lugar de intentar transmitir conocimientos. Si los participantes se familiarizan con los principios generales que aquí se resumen, los ejercicios serán más efectivos.
- El manual estará a su disposición para utilizarlo como una guía de referencia después del curso, ya que contiene guías y referencias a casos que serán de utilidad para comprender los principios de la legislación sobre difamación y para preparar litigios en el futuro.

Algunas palabras sobre los conceptos

Este curso trata de la **difamación**, que es un término jurídico genérico que hace referencia al menoscabo injustificado de la reputación de una persona. En algunos sistemas legales, el término se divide en **libelo** y **agravios**. El primero se refiere a declaraciones difamatorias que se han publicado de forma escrita o a través de algún otro medio como, por ejemplo, en una retransmisión de radio o televisión. Los agravios, en contraste, designan la difamación de forma oral, privada y que no se ha preservado en ningún soporte permanente.

(Nota aclaratoria: Estos conceptos generales no se corresponden necesariamente con la nomenclatura jurídica con la que se describe los delitos de difamación en el Código Penal de España. Estos conceptos son: injuria y calumnia.)

Durante este curso utilizaremos el término genérico, difamación, a menos que haya una referencia específica a estatutos, sentencias o jurisdicciones en las que se emplee un término alternativo.

Un concepto más específico aparece en algunos códigos legales: **injuria** (o **desacato**, en su forma más conocida en español). Este término hace referencia a la difamación de altos cargos, como la monarquía; símbolos, como banderas e insignias; o instituciones, como el Estado o la asamblea legislativa. Aunque este tipo de difamación no está prevista dentro de la definición internacional de protección de la reputación, se tratará aquí ya que en muchos países se considera una especie de difamación.

Algunos sistemas legales modernos también contienen delitos derivados de dos conceptos del derecho romano: **iniuria** y **calumnia**, ambos hacen referencia a hacer declaraciones falsas sobre una persona.

También hay sistemas legales que contienen el concepto de **difamación de grupo**, en particular en relación con grupos religiosos. Aunque sostenemos que este enfoque, como el de la injuria, no es una acepción legítima de difamación ya que un grupo no puede tener el mismo derecho a la reputación que un individuo, igualmente lo abordaremos en este curso.

En el derecho penal, la difamación se tipifica bajo el delito de **difamación penal**. En estos casos, normalmente la fiscalía presenta cargos por una presunta difamación y el juicio se celebra por la vía penal, con lo que existe la posibilidad de que la condena incluya una pena de prisión. (En España, sin embargo, los delitos de calumnia e injuria se persiguen normalmente por la acción privada.)

La **difamación civil** describe un acto ilícito civil o **tort**, en los países del Common Law. En este caso, se determina si se ha difamado a un individuo a través

de una acción privada ante los tribunales civiles. Si se determina que ha habido difamación, se puede imponer el pago de una compensación monetaria o alguna otra solución jurídica, como la publicación de una corrección o disculpa. Incluso en los sistemas en los que se mantiene el delito de difamación, muchas veces también se ofrece la posibilidad de litigar por la vía civil.

EN RESUMEN:

Difamación: el menoscabo inmerecido de la reputación de una persona.

Libelo: difamación de forma escrita o permanente.

Agravios: difamación de forma oral o no permanente.

Difamación penal: difamación enjuiciada por los tribunales penales.

Difamación civil: acto que da lugar a acción privada para dar lugar a solución.

1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN: PRINCIPIOS Y FUENTES SUBYACIENTES

No es nueva la importancia de la libertad de expresión. En los inicios de la Europa moderna, pensadores como John Milton y John Locke remarcaron su oposición a la censura como apoyo al desarrollo del Gobierno democrático. La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la más famosa de todas ellas, dice así:

El Congreso no hará ley alguna por la que (...) coarte la libertad de palabra o de imprenta.

Sin embargo, no fue hasta la formación de las Naciones Unidas y la constitución de un régimen de derechos humanos basado en el derecho internacional que el derecho a la libertad de expresión no se aceptó universalmente.

El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 dice así:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.¹

Posteriormente, se consagró este derecho en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), un tratado legalmente vinculante.² Este artículo se hace eco de lo dispuesto en el DUDH, pero añade una base a partir de la cual se puede restringir este derecho.

Para los europeos, no obstante, la protección jurídica del derecho a la libertad de expresión apareció incluso antes. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (más conocido por Convenio Europeo de Derechos Humanos o CEDH) fue adoptado en 1950 y entró en vigor en 1953. El CEDH se desarrolló bajo los auspicios del Consejo de Europa. Todos menos tres Estados de la Europa continental son miembros del Convenio hoy en día, las excepciones son la Ciudad del Vaticano, Bielorrusia y Kazajistán.

El artículo 10 del CEDH protege la libertad de expresión en estos términos:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, AGNU, 1948.

² El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976), 999 UNTS 171.

comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa³

Como en el artículo 19 del PIDCP, el artículo 10 también establece varios casos en los que se puede restringir el derecho a la libertad de expresión.

¿Por qué es importante la libertad de expresión?

LLUVIA DE IDEAS

Haz una lista de los motivos por los que la libertad de expresión es un derecho humano importante

Tu lista seguramente empiece con la libertad de expresión como derecho *individual* y esté estrechamente vinculada con la libertad individual de conciencia y opinión (ver la redacción del artículo 19 tanto de la DUDH como del PIDCP, y el artículo 10 del CEDH), pero muy probablemente tu lista se puede ampliar para incluir aspectos en los que la libertad de expresión se considera como un beneficio social y general; este es un derecho que se considera crucial para el funcionamiento de la democracia en su conjunto. Es un medio para mantener el flujo libre de ideas y hacer que las autoridades tengan que rendir cuentas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha llamado la atención sobre este punto en repetidas ocasiones:

La libertad de expresión constituye uno de los pilares básicos de una sociedad democrática, una de las condiciones básicas para el desarrollo de toda persona. De acuerdo al artículo 10.2, esto no aplica solo a la «información» o a las «ideas» que se reciben con buena predisposición, que se consideran inofensivas o ante las que permanecemos indiferentes, sino que también aplica a las que ofenden, chocan o molestan al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las exigencias del pluralismo, de la tolerancia y de una mentalidad abierta sin las que no habría una «sociedad democrática».⁴

Estas palabras se encuentran en una sentencia sobre el artículo 10 relativamente reciente, pero se han repetido palabra por palabra en muchas decisiones posteriores.

³ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 213 UNTS 222.

⁴ *Handyside c. Reino Unido*, Sentencia del 7 de diciembre de 1976, serie A, número 24.

Sin embargo, los beneficios de la libertad de expresión no se encuentran solo en el ámbito de la política. El economista ganador de un premio Nobel Amartya Sen llegó incluso a decir que los países con libertad de prensa no sufren hambrunas. Independientemente de que la frase sea o no literalmente cierta, la idea general es que la libertad de expresión junto con la libertad en los medios de comunicación es una condición previa para disfrutar de otros derechos.

Incluso en la primera sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1946 se explicó esta idea de la siguiente manera:

La libertad de información es fundamental para los derechos humanos y (...) la piedra de toque para todas las libertades por las que velan las Naciones Unidas.⁵

Se entiende aquí la libertad de información como una parte inseparable de la libertad de expresión, similar a lo descrito en la oración «este derecho incluye (...) el de investigar y recibir informaciones y opiniones» del artículo 19 de la DUDH. La piedra de toque es una herramienta que se utiliza para determinar la pureza de metales preciosos. Por lo tanto, la metáfora significa que las libertades de expresión y de información son medios para determinar hasta qué punto se están respetando los derechos y libertades.

Una conclusión desde este punto de vista sería decir que la libertad de expresión tiene un estatus mayor que otros derechos ya que el disfrute de estos últimos depende de la primera. Éste es el punto de vista que se toma normalmente, como es bien sabido, en Estados Unidos, donde la Primera Enmienda de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han enfatizado repetidamente la primacía de la libertad de expresión. Aunque el TEDH en algunas ocasiones recurre a las sentencias del Tribunal Supremo de EE. UU., este no es el punto de vista que se toma en Europa (ni, de hecho, en los instrumentos de la ONU en cuanto a derechos humanos).

Como comentamos a continuación, la libertad de expresión es un derecho que se puede restringir en algunos casos, como cuando se quiere proteger la reputación de otros, y se puede suspender completamente en caso de emergencia nacional, lo que quiere decir que tiene un menor estatus que otros derechos, como la libertad de conciencia o el derecho a no ser torturado.

⁵ Resolución de la AG 59(I), 14 de diciembre de 1946.

La libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación

De lo que se ha dicho hasta ahora, se sigue que el rol de los medios de comunicación es de particular importancia. De nuevo, el TEDH ha recalcado la importancia del rol del «guardián del interés público»:

No solo [la prensa] tiene la función de difundir tal información e ideas: el público también tiene el derecho de recibirlas. De no ser así, la prensa sería incapaz de desempeñar su función vital de «guardián del interés público».⁶

Y:

La libertad de prensa permite que el público acceda a uno de los mejores medios de descubrir y formarse una opinión de las ideas y actitudes de sus líderes políticos. Particularmente, proporciona a los políticos la oportunidad de reflexionar y comentar las preocupaciones de la opinión pública; se permite así que todos participen en un debate político libre, que se sitúa en el verdadero núcleo del concepto de sociedad democrática.⁷

Lo que esto quiere decir (algo que han dicho tanto el TEDH como tribunales nacionales en Europa y otros lugares) es que el derecho a la libertad de prensa no pertenece únicamente a los periodistas individuales. El *Conseil constitutionnel* francés, por ejemplo, ha dicho que este derecho lo disfrutaban no solo los que escriben, editan y publican, sino también los que leen.⁸

En una famosa sentencia sobre libertad de prensa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo:

Cuando hay una violación de la libertad de expresión (...), no solo se ha violado el derecho del [periodista como] individuo, sino que también se ha violado el derecho del resto a «recibir» información e ideas.⁹

El artículo 10 del Convenio Europeo afirma explícitamente que el derecho a la libertad de expresión no excluye la posibilidad de que «los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa», aunque este régimen debería verse como un mecanismo para asegurar una distribución justa del acceso a los medios de comunicación.

⁶ *Thorgeirson c. Islandia*, Sentencia de 25 de junio de 1992, serie A, número 239.

⁷ *Castells c. España*, Sentencia de 23 de abril de 1992, serie A, número 236.

⁸ CC, 29 de julio de 1986, 110.

⁹ *Obligación de Pertenecer a una Asociación según Prescripción Legal para Ejercer el Periodismo*, Dictamen consultivo no vinculante OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, serie A, número 5, 7 *Human Rights Law Journal* 74 (1986), párrafo 30.

El TEDH ha rechazado la idea de que el Estado tenga cualquier rol relacionado con la moderación previa de los contenidos (o decir a las empresas lo que tienen que decir).

Restricciones de la libertad de expresión

La libertad de expresión no es un derecho absoluto. Que los derechos humanos no pueden ser ejercidos de forma que vulneren los derechos de otros es un principio general de la legislación sobre derechos humanos que se puede encontrar tanto en los instrumentos de la ONU como en el Convenio Europeo (artículo 17). Tanto en el artículo 19 del PIDCP como en el artículo 10 del CEDH se establecen varios casos en los que se puede restringir la libertad de expresión:

El ejercicio de los derechos descrito en el párrafo 2 de este artículo conlleva obligaciones y responsabilidades especiales. Puede verse sujeto, por lo tanto, a ciertas restricciones, pero éstas solo pueden ser las que disponga la ley y sean necesarias:

- (a) Por respeto a los derechos y reputación de otros;**
- (b) Por la protección de la seguridad nacional o del orden público o de la salud o moral públicas. (PIDCP)**

El ejercicio de estas libertades, dado que conllevan obligaciones y responsabilidades, puede estar sujeto a formalidades, condiciones, restricciones o penas prescritas por la ley y que son necesarias en una sociedad democrática para defender la seguridad nacional, la integridad del territorio o la seguridad pública; prevenir desórdenes o delitos; proteger la salud, la moral, la reputación o los derechos de otros; evitar la revelación de información obtenida bajo confidencialidad; o mantener la autoridad e imparcialidad del poder judicial. (CEDH)

Además, el artículo 17 del CEDH hace referencia al abuso de derecho. En él se estipula que nadie puede hacer uso de los derechos contenidos en el Convenio para suprimir o restringir los derechos que recoge. Aunque esto no se puede aplicar a los casos de difamación, sí que se ha aplicado en otros problemas relacionados con la libertad de expresión, como la negación del Holocausto.

EN RESUMEN:

En Europa, la libertad de expresión puede restringirse bajo alguna de las siguientes circunstancias:

- Proteger los derechos o la reputación de otros
- Mantener la seguridad nacional

- Preservar el orden público (que comprende no solo el orden público, sino también el bienestar público en general)
- Proteger la salud o moral pública
- Mantener la integridad territorial o la seguridad pública
- Mantener la confidencialidad de la información obtenida bajo secreto
- Proteger la autoridad e imparcialidad del poder judicial

Esta lista es larga y, quizás, desde la perspectiva de un periodista u otro defensor de la libertad de los medios de comunicación, asusta bastante.

No obstante, el proceso de restricción de la libertad de expresión (o de cualquier otro derecho humano) no es un cheque en blanco para dictadores. A un Gobierno no le basta con invocar la «seguridad nacional» u otra de las posibles circunstancias para empezar a vulnerar derechos humanos.

Hay un proceso establecido claramente para determinar si se puede restringir el derecho a la libertad de expresión (o cualquier otro derecho humano).

El proceso, tal y como lo sigue el TEDH, toma la forma de un *examen de tres partes*:

Parte 1: Cualquier restricción de un derecho tiene que estar prescrita por la ley.

Parte 2: La restricción debe obedecer a uno de los propósitos listados.

Parte 3: La restricción tiene que ser *necesaria* para alcanzar el propósito prescrito.

Desarrollémoslo más:

Parte 1: Prescrito por la ley

Esto es simplemente una declaración del *principio de legalidad*, que es la base del concepto del estado de derecho. La ley debe ser clara y no puede tener efectos retroactivos. Las leyes que se hayan establecido deberían determinar de forma inequívoca la posibilidad de restringir la libertad de expresión (por ejemplo, para salvaguardar los derechos y reputación de otros).

El TEDH ha dicho que para que la ley haya prescrito una restricción, ésta debe estar «lo suficientemente accesible» y «formulada con la suficiente precisión para permitir al ciudadano que regule su conducta.»¹⁰

El Comité de Derechos Humanos (el órgano convencional que vela por el cumplimiento del PIDCP) añade que cualquier ley que restrinja la libertad de expresión

¹⁰ *The Sunday Times c. Reino Unido*, Sentencia de 26 de abril de 1979, Serie A, número 30.

debe cumplir con los principios del Pacto en conjunto y no solo con los del artículo 19. Esto significa que las restricciones no deben ser discriminatorias y que las penas por incumplir la ley no deberían contravenir el PIDCP.¹¹

¿Qué es una ley?

Una ley que restringe el derecho a la libertad de expresión debe ser un código escrito. El Comité de Derechos Humanos dice que esto puede incluir leyes de privilegio parlamentario o leyes de desacato al tribunal. Dadas las graves implicaciones de restringir la libre expresión, no es compatible con el PIDCP que una restricción «quede consagrada en el derecho tradicional, religioso o consuetudinario.»¹²

Paso 2: Obedecer a un propósito prescrito

El listado de propósitos legítimos por los que se pueden restringir los derechos es exhaustivo. Por ejemplo, siete de estos propósitos están listados en el artículo 10 del CEDH. Éstos son los únicos que estipulan las bases posibles para restringir la libertad de expresión.

Restricciones legítimas del artículo 10.2 del CEDH

- Intereses relacionados con la seguridad nacional
- Mantener la integridad territorial o la seguridad pública
- Prevenir desórdenes o delitos
- Proteger la salud o la moral pública
- Proteger la reputación o los derechos de otros
- Mantener la confidencialidad de la información obtenida bajo secreto
- Mantener la autoridad e imparcialidad del poder judicial

Paso 3: Necesaria en una sociedad democrática

El PIDCP requiere que cualquier restricción que se proponga debe ser «necesaria», pero el CEDH une a este requisito una frase que se puede encontrar en la DUDH: «en una sociedad democrática.» Esto da énfasis a la presunción de que la restricción de un derecho es la última opción y que siempre debe ser proporcional al objetivo perseguido. «Necesaria» es un requisito más alto que simplemente «razonable» o «deseable», aunque la necesidad de restricción puede no ser «indispensable».¹³ La ley debe ser precisa y accesible al público: «Una ley no

¹¹ Comité de Derechos Humanos, Comentario general número 34, «Artículo 19: Libertades de Opinión y Expresión», CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, párrafo 26.

¹² *Ibid.*, párrafo 24.

¹³ *Handyside c. Reino Unido*, párrafos 48-50; *The Sunday Times c. Reino Unido*, párrafo 62.

debe ofrecer libre discrecionalidad a los encargados de su ejecución a la hora de restringir la libertad de expresión».¹⁴

A la hora de decidir si una restricción es «necesaria en una sociedad democrática», el TEDH valora el interés público en un caso. Si la información que se quiere restringir está relacionada con un asunto de interés público, sería necesario demostrar que se está «completamente seguro» de que su divulgación perjudicaría a ese legítimo propósito.

También es importante considerar la naturaleza de la restricción que se propone. El Tribunal Supremo de los EE. UU. ha afirmado que cualquier restricción de la libertad de expresión debe ser lo menos limitante posible:

Aunque el propósito del Gobierno sea legítimo y sustancial, no se puede perseguir a través de medios que repriman libertades personales fundamentales si se puede alcanzar el mismo objetivo con otros medios más precisos.¹⁵

En términos generales, este es el mismo punto de vista del TEDH. El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que las restricciones en la libertad de expresión «no pueden poner en peligro el propio derecho».¹⁶

A la hora de valorar la legitimidad de las restricciones, el TEDH concede al Estado un «margen de valoración», concede un grado de flexibilidad en la interpretación que toma relevancia especialmente si la restricción está relacionada con un tema en el que puede haber importantes diferencias entre los Estados europeos (por ejemplo, la protección de la moral). El margen de valoración será menor cuando el propósito de la restricción sea más objetivo por su naturaleza (como proteger la autoridad del poder judicial).¹⁷

¹⁴ *Ibid.*, párrafo 25.

¹⁵ *Shelton c. Tucker*, 364 US 479, 488 (1960).

¹⁶ Comité de Derechos Humanos, GC 34, párrafo 21.

¹⁷ *Handyside c. Reino Unido*, párrafo 48; *The Sunday Times c. Reino Unido*, párrafos 79-81.

2. DIFAMACIÓN

¿Qué es la difamación?

La legislación sobre difamación se remonta al Imperio Romano, cuando el delito *libellis famosus* se penaba a veces con la muerte. Aunque las penas y costes por difamación hoy en día no son tan severos, todavía pueden tener un importante «efecto disuasorio» pues las penas de prisión o las altas indemnizaciones todavía suponen un peligro para los periodistas en muchos países.

La difamación sigue siendo un delito del derecho penal en la mayoría de Estados, aunque en muchas instancias penales ha caído en desuso. La difamación como ilícito civil, o *tort* en derecho anglosajón, es la más extendida.

Dentro de la legislación moderna sobre derechos humanos, la difamación se puede entender como la protección contra «ataques ilegales» a la «honra y reputación» de una persona, tal como aparece en el artículo 17 de la PIDCP. En años recientes, el TEDH ha entendido que el derecho a una reputación aparece reflejado en el artículo 8 del Convenio Europeo (derecho al respeto a la vida privada y familiar).¹⁸ Tanto en el artículo 19 del PIDCP como en el artículo 10 del CEDH se utilizan términos idénticos «reputación y derechos ajenos» (aunque no en el mismo orden), como motivos legítimos para restringir el derecho a la libertad de expresión.

¿Quién puede demandar por daños y perjuicios a la reputación?

La legislación sobre difamación solo está orientada a proteger el derecho individual a la reputación. Se sigue, por lo tanto, que solo un individuo puede demandar para proteger ese derecho.

Entonces, ¿los que aparecen en este listado pueden interponer una demanda para proteger su reputación?

- Una bandera o una insignia.
- Un alto cargo (como el Rey o el Presidente).
- Una institución (como el ejército).
- Un grupo de personas (como una confesión religiosa).
- Un miembro de un grupo (como una confesión religiosa), si no se les ha difamado individualmente.
- Un representante (como el miembro de una familia) de una persona fallecida que ha sido difamada.

¹⁸ *Sipos c. Rumanía*, demanda número 26125/04, sentencia de mayo de 2011.

La respuesta en cada caso *debería* ser no. En ninguno de estos casos hay un ser humano en su individualidad cuya reputación se haya visto perjudicada; o bien el demandante potencial no es una persona; o bien no se ha difamado a la propia persona (el Rey o el miembro de la confesión religiosa); o bien no siguen vivos para demandar.

En el último ejemplo (las familias de personas fallecidas), el Tribunal Europeo no ha descartado la posibilidad de que puedan demandar. Esto es lo que ha dicho:

la reputación de un miembro fallecido de la familia de una persona puede, en algunas circunstancias, afectar a la vida privada e identidad de esa persona, pasando, de esta manera, a entrar en el ámbito del artículo 8 [el derecho a la vida privada y familiar].¹⁹

Sin embargo, el hecho de que la demanda no la interponga la misma persona difamada se toma como un factor relevante a la hora de valorar si la injerencia con el artículo 10 es proporcional.²⁰

Por supuesto, muchos países todavía tienen leyes que permiten a cada uno de los grupos listados arriba demandar por difamación (o injuria, o difamación religiosa, o algo parecido). La cuestión es, no obstante, que no son motivos legítimos para restringir la libertad de expresión *con el objetivo de proteger la reputación*.

Podría decirse que hay argumentos razonables para restringir los discursos que incitan al odio contra grupos religiosos, por ejemplo, pero esto no debería incluirse en la legislación sobre difamación.

Muchas leyes sobre legislación, intencionadamente o no, se utilizan para solventar problemas que deberían ser tratados por otras leyes (o por ninguna ley en absoluto). En particular, las leyes sobre difamación se utilizan muchas veces de forma incorrecta para castigar las críticas contra el Gobierno o altos cargos públicos.

Difamación penal

Muchas de las leyes sobre difamación tienen su origen en el derecho penal del Estado, lo que sugiere que hay cierto interés público en que el Estado incoe procesos penales contra periodistas u otros, cosa que sobrepasa el derecho del individuo a proteger su reputación. Esto está estrechamente vinculado con el concepto de sedición («*seditious libel*», en el Common Law), que penaliza los discursos y otras expresiones que sean críticos con el Gobierno o el Estado. A pesar de ello, la noción de difamación penal cada vez se ve más como algo anticuado y anacrónico.

¹⁹ *Putistin c. Ucrania*, demanda número 16882/03, sentencia de 21 de noviembre de 2013, párrafo 33.

²⁰ *Ibid.*, párrafo 34.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión se encuentra entre los diversos instrumentos internacionales y regionales que han declarado que «se debería derogar las leyes contra la difamación penal y sustituirlas por leyes civiles ya que estas últimas pueden proporcionar una protección suficiente a la reputación (...)»

Las leyes penales contra la difamación son una gran amenaza potencial a la libertad de expresión a causa de las propias penas que acompañan a la declaración de culpabilidad. Recordamos que varios organismos internacionales han condenado la amenaza de penas de privación de libertad tanto por declaraciones difamatorias como por, en términos más generales, la expresión de un punto de vista de forma pacífica (...).

La jurisprudencia internacional apoya la creencia de que los Gobiernos y autoridades públicas no deberían poder emprender acciones legales por difamación o injurias. El Comité de Derechos Humanos ha llamado a la supresión del delito de difamación del Estado, por ejemplo. Aunque el TEDH no desestima completamente las acciones judiciales por difamación que toman los Gobiernos, parece que las ha limitado a situaciones en las que se amenaza el orden público, de lo que se desprende que no pueden emprenderlas solamente para proteger su honra. En varios tribunales nacionales (de, por ejemplo, India, Sudáfrica, el Reino Unido, los EE. UU. y Zimbabue) tampoco se permite que las autoridades elegidas democráticamente y otros tipos de autoridades puedan emprender acciones legales por difamación.²¹

El Comité de Derechos Humanos ha recomendado lo siguiente:

Los Estados deberían considerar la despenalización de la difamación y, en cualquier caso, la aplicación de la ley penal debería limitarse solo a los casos más graves, teniendo en cuenta que el encarcelamiento nunca es una pena adecuada. No se puede permitir que un Estado acuse a alguien por difamación pero que luego no se celebre el juicio con toda prontitud, esta práctica tiene un efecto disuasorio que restringe excesivamente el ejercicio de la libertad de expresión de la persona afectada y de otras.²²

Como ha señalado el Relator Especial, el TEDH no descarta completamente la posibilidad de acusar a alguien por difamación penal. Sin embargo, hay varias protecciones muy estrictas que deberían tenerse en cuenta cuando un código de leyes mantiene una ley penal por difamación:

²¹ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, el Sr. Abid Hussain, E/CN.4/2000/63, 18 de junio de 2000.

²² Comentario general 34.

- Si la difamación forma parte del derecho penal, el criterio probatorio debe quedar completamente satisfecho más allá de la duda razonable.
- Solo debe dictarse condena cuando las declaraciones presuntamente difamatorias sean falsas y cuando se haya determinado el elemento de intencionalidad. En otras palabras: cuando se sepa si las declaraciones son falsas o se han hecho con imprudencia al no saberse si son ciertas o falsas.
- Las penas no deberían incluir el encarcelamiento, ni tampoco otras suspensiones del derecho a la libertad de expresión o el derecho a ejercer el periodismo.
- No se debería recurrir al derecho penal cuando haya una alternativa en la vía civil.²³

Cada caso de encarcelamiento de un profesional de los medios es una traba inaceptable a la libertad de expresión e implica que, pese a que su trabajo es de interés público, los periodistas tienen una espada de Damocles pendiendo sobre su cabeza. Toda la sociedad sufre las consecuencias cuando se amordaza a un periodista con presiones de este tipo.

La Asamblea, en consecuencia, asume el punto de vista de que las penas de prisión por difamación deberían eliminarse sin más demora. Exhorta especialmente a Estados cuyas leyes todavía prevén penas de prisión, aunque realmente no se estén aplicando, a que las deroguen sin más demora de forma que no puedan servir como excusa a aquellos países que sí que continúan aplicándolas y corroyendo los derechos fundamentales.²⁴

El peligro de la difamación penal, y uno de los motivos por los que debería ser algo exclusivo del ámbito civil, es que la involucración del Estado a la hora de perseguir a presuntos difamadores hace que sea fácil confundir esto con el castigo de la disidencia política. Como mínimo, da una protección adicional y excesiva a cargos públicos y al Gobierno. Volveremos a tratar este tema más tarde.

Difamación civil

Hay un amplio acuerdo en que debe haber algún tipo de acción legal disponible para los que consideren que su reputación se ha visto menoscabada injustamente. Esta acción toma forma bajo la demanda civil de la persona atacada.

Pero incluso pese a este consenso, la verdadera práctica de la ley contra la difamación revela varios problemas potenciales.

²³ (Ver ejemplo en *Amorim Giestas y Jesus Costa Bordalo c. Portugal*, demanda número 37840/10, párrafo 36).

²⁴ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, resolución 1577 (2007), «Hacia la despenalización de la difamación».

¿Puede una declaración verdadera ser difamatoria?

Puesto así, la respuesta está clara. Por supuesto, cuando hablamos de proteger la reputación, nos referimos solo a las buenas reputaciones merecidas. Se sigue, por lo tanto, que si se declara algo que es verdad, entonces no puede ser difamatorio.

Un político a favor de la familia y religioso tiene una relación extramatrimonial. El político no debería tener éxito en las acciones legales que emprendiese por difamación ya que, aunque es cierto que la exposición de la relación dañaría su buena reputación, no se merecía esa reputación.

Por lo tanto, demostrar que una alegación es verdad debería equivaler siempre a una defensa completa ante un pleito por difamación.

El TEDH ha estimado invariablemente que una declaración verdadera no puede restringirse legítimamente para proteger la reputación de una persona. ¿Qué ¿Qué pasa si una declaración es falsa? Si daña la reputación de alguien, ¿significa automáticamente que es difamatoria?

¿Qué es la reputación?

El concepto de «reputación» no está claro, cosa que puede entrañar peligros, ya que puede utilizarse como fundamento para aplicar restricciones a derechos humanos. Por ejemplo, ¿qué tiene que ver con un perfil público o con alguien famoso? ¿Una figura pública tiene una mejor reputación que una persona normal del público? ¿La reputación tiene algo que ver con cuántas personas te conocen? Si la respuesta es sí, entonces presumiblemente el daño a la reputación de estas personas será mucho mayor. Esto abre la posibilidad de abuso de la legislación contra la difamación por parte de figuras públicas.

Quizás podemos adoptar un punto de vista más adecuado y asociar el concepto de «reputación» al de dignidad humana. La legislación sobre derechos humanos tiene como propósito proteger la dignidad humana; la misma para todos, independientemente de que sean celebridades o no, lo que quiere decir que la persona común, cuya primera aparición en los medios de comunicación ocurrió cuando se atacó a su reputación, tiene el mismo valor que la figura pública sobre cuyas actividades se informa cada día.

¿Y es la reputación un fenómeno objetivo?

Durante la última mitad de siglo se ha creado la tendencia de que no se debe castigar una *publicación razonable*, pese a que no sea completamente precisa.

Durante la última mitad de siglo se ha creado la tendencia de que no se debe castigar una *publicación razonable*, pese a que no sea completamente precisa. El término «publicación razonable» incluye la idea de que el autor siguió pasos razonables para confirmar la precisión del contenido de la publicación; y también que la publicación era sobre un tema de interés público.

El TEDH muchas veces indica que el interés público debe compararse con las restricciones en la libertad de expresión cuando se está considerando si una restricción es «necesaria en la sociedad democrática». Muchas veces enfatiza la importancia del rol de los medios de comunicación como «guardianes del interés público».²⁵

El argumento es que la libertad de los medios de comunicación se vería limitada, así como el rol de guardián del interés público, si los periodistas y editores tuvieran que verificar cada declaración que publicasen en base a un exigente criterio jurídico probatorio. Es suficiente con ejercer una buena práctica profesional, lo que quiere decir que se deberían hacer esfuerzos razonables para verificar la certeza de las publicaciones. Los errores involuntarios de los periodistas no se deberían penar de forma que se restrinja la libertad de los medios de comunicación.

Expresar opiniones:

Hasta ahora nos hemos centrado en declaraciones sobre hechos que pueden ser difamatorias. Pero, ¿qué pasa con las expresiones de opiniones?

El TEDH tiene un punto de vista muy definido sobre esto: no se puede limitar a nadie a la hora de expresar su opinión. Una opinión es justo eso: el punto de vista del periodista o del escritor, basado en su entendimiento de los hechos. No es lo mismo que los hechos en sí mismos.

Sin embargo, los países con leyes contra «injurias» pueden castigar estas expresiones de opinión. Un activista político dijo que el presidente francés era un «pobre gilipollas», y se le declaró culpable de injurias. El TEDH ha determinado que se ha violado su derecho a la libertad de expresión.²⁶

[A] debe hacerse una cuidadosa distinción entre los hechos y los juicios de valor. Los hechos se pueden demostrar, mientras que no se puede probar la certeza de los juicios de valor. (...) En lo referente a los juicios de valor, es imposible cumplir con este requerimiento [de probarlos] y se vulnera la propia libertad de opinión (...).²⁷

²⁵ Por ejemplo, *Sunday Times c. Reino Unido*; *Thorgeirson c. Islandia*.

²⁶ *Eon c. Francia*, demanda número 26118/10, sentencia de 13 de marzo de 2013.

²⁷ *Lingens c. Austria*, sentencia de 8 de julio de 1986, serie A, número 103.

¿Existe el derecho a la reputación?

El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 dice así:

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se hace eco del artículo de la DUDH con las mismas palabras exactas (y, por lo tanto, es vinculante para los Estados que forman parte del tratado).

Tanto en el artículo 19 del PIDCP como en el artículo 10 del CEDH se utilizan términos idénticos «reputación y derechos ajenos» (aunque no en el mismo orden), como motivos legítimos para restringir el derecho a la libertad de expresión.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, como hemos visto, también contiene una referencia a la «reputación y derechos» como motivos legítimos.

En los últimos años el Tribunal ha empezado a considerar la «honra y reputación» como un derecho sustantivo contenido en el artículo 8, como si la redacción de ese artículo fuese la misma que la del artículo 17 del PIDCP:

El Tribunal considera que la reputación de una persona, incluso si esta persona es criticada en un contexto de debate público, forma parte de su integridad personal y psicológica y por lo tanto también forma parte de la «vida privada». El artículo 8 es, por lo tanto, de aplicación.²⁸

Más recientemente, el Tribunal ha modificado ligeramente su punto de vista. En el caso *A c. Noruega*, reconoció que el artículo 8 no establecía «expresamente» el derecho a la reputación. En este caso se concluía que:

Para que el artículo 8 sea de aplicación, el ataque a la honra y la reputación personales debe alcanzar cierto nivel de gravedad y debe provocar un perjuicio del disfrute personal del derecho al respeto de la vida privada.²⁹

En *Karako c. Hungría*, el Tribunal lo enfatizó diciendo que la difamación debe constituir «una injerencia tan grave en su vida privada que menoscabe su integridad personal».³⁰

²⁸ *Pfeifer c. Austria*, demanda número 12556/03, sentencia de 15 de noviembre de 2007, párrafo 35.

²⁹ *A c. Noruega*, demanda número 28070/06, sentencia de 12 de noviembre de 2009, párrafo 64.

³⁰ *Karako c. Hungría*, demanda número 39311/05, sentencia de 28 de abril de 2009.

¿Cuál es la manera adecuada de enfrentarse a la difamación?

Cuando se difama a una persona, ésta está perfectamente autorizada a emprender acciones legales. El problema, y la razón por la que la legislación contra la difamación tiene tanta notoriedad entre los periodistas, es que estas acciones son muy a menudo excesivas y desproporcionadas.

Ya hemos visto que las sentencias con pena de cárcel por difamación penal se consideran desproporcionadas por su impacto en la libertad de expresión. De la misma manera, las elevadas indemnizaciones, ya sea en casos penales o civiles, tienen el objetivo de castigar al difamador más que de reparar el daño causado al difamado.

Las absurdas sumas que algunas jurisdicciones imponen como compensación por daños y perjuicios por difamación han llevado a la creación del fenómeno «turismo de libelo», en el que los demandantes se pasean buscando la jurisdicción más lucrativa en la que interponer su demanda.

Siempre que sea posible, la difamación no debería conllevar una sanción pecuniaria y en su lugar debería orientarse únicamente a reparar los daños y perjuicios ocasionados por la declaración. Como es obvio, esto se podría llevar a cabo publicando una disculpa o corrección.

Aplicar estas correcciones puede verse como parte de la consideración de «necesidad» de la prueba de tres partes previa a restringir la libertad de expresión. Una restricción proporcional, que puede ser justificada cuando se ha demostrado la difamación, es uno de los medios menos limitantes para reparar una reputación dañada.

La indemnización pecuniaria (la cantidad que se paga en concepto de daños y perjuicios), debería ser considerada, por lo tanto, cuando otros medios menores sean insuficientes para reparar el daño. La indemnización por daños (conocidos como daños pecuniarios) debería basarse en la evidencia de que el daño realmente se ha ocasionado.

3. DIFAMACIÓN Y DEBATE PÚBLICO

Crítica de cargos públicos

Históricamente, la legislación contra la difamación ha ofrecido una mayor protección a los cargos públicos. En parte, esto se ha llevado a cabo a través de la noción de «injuria». La crítica hacia un político u otra persona con cargo público se define como una «injuria» hacia el propio cargo y, en muchos países, esta protección adicional continúa hoy en día.

Los cargos públicos tienen otras ventajas: pueden tener acceso a las arcas estatales, es decir, al dinero de los contribuyentes, para emprender acciones legales; pueden establecerse penas más duras para los que difamen a cargos públicos.

La jurisprudencia internacional, no obstante, se ha movido de forma clara en la dirección contraria. El TEDH ha argumentado durante más de un cuarto de siglo que hay varias buenas razones por las que los cargos públicos gozan de una *menor* protección ante las críticas ajenas:

La libertad de prensa permite que el público acceda a uno de los mejores medios de descubrir y formarse una opinión de las ideas y actitudes de sus líderes políticos. En términos más generales, la libertad de debate político se sitúa en el propio núcleo del concepto de sociedad democrática (...). Los límites de lo que consideramos una crítica aceptable son, en este sentido, más amplios cuando va dirigida a un político que cuando va dirigida a un ciudadano particular. A diferencia del último, el primero se pone inevitablemente bajo el examen continuo de cada una de sus palabras y acciones siendo consciente de ello (...) y debe mostrar, en consecuencia, un mayor grado de tolerancia.³¹

Este razonamiento, del caso *Lingens* en 1986, ha sido aceptado en varias sentencias porque:

- la libertad de debate político es uno de los pilares y tiene un papel indispensable en los valores democráticos;
- los límites de la crítica a un político deben, por lo tanto, ser más amplios que los que se hacen a un ciudadano particular;
- el político se sitúa deliberadamente en esa posición y por lo tanto debe ser más tolerante con la crítica.

³¹ *Lingens c. Austria*.

El político se pone inevitablemente, y siendo consciente de ello, bajo el examen continuo de cada una de sus palabras y acciones por parte tanto de periodistas como del público general, y debe mostrar un mayor grado de tolerancia, especialmente cuando hace declaraciones públicas que son susceptibles de críticas.³²

La doctrina de que se deben aplicar criterios más exigentes a los cargos públicos a la hora de demostrar si las declaraciones difamatorias son ciertas o no tiene su origen en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En el famoso caso *New York Times c. Sullivan*, concluyó:

los cargos públicos, para poder ejercer una acción por difamación, deben probar la falsedad de la declaración presuntamente difamatoria así como la «mala fe»; por ejemplo, el acusado publicó una falsedad con el conocimiento de que era falso u omitió de forma imprudente la confirmación de la certeza.

La sentencia criticaba la idea de que los acusados en casos de difamación deban ser compelidos a demostrar la certeza de sus declaraciones sobre cargos públicos:

Bajo este criterio, se disuadiría a cualquier persona que estuviese dispuesta a criticar la conducta funcional aunque ésta crea que su crítica es cierta, e incluso aunque realmente sea cierta, porque surgirían dudas sobre si se podría demostrar en un juicio o por miedo del coste que podría tener esa demostración. Solo tenderían a hacer afirmaciones que queden lejos de la zona de la ilegalidad. Este criterio enfría de esta manera el vigor del debate público, así como su variedad (...).³³

En este último caso, el Tribunal Supremo extendió el criterio *Sullivan* para que aplicase a todas las «figuras públicas» ya que éstas tienen acceso a los medios de comunicación para contrarrestar las declaraciones falsas.

DEBATE

¿Es cierto que todas las figuras públicas se han «expuesto voluntariamente» a falsedades difamatorias? Si has elegido ser actor, o un abogado destacado, ¿quiere decir que tienes que ser el blanco de las críticas? ¿Qué podemos argumentar a favor y en contra?

El criterio *Sullivan*, aunque obviamente solo sentó un precedente vinculante en Estados Unidos, ha influido en sentencias posteriores por casos de difamación, no solo en jurisdicciones del Common Law como Inglaterra, India y Sudáfrica, sino también en Filipinas y en Europa. El argumento en los tribunales de EE. UU.

³² *Oberschlick c. Austria*, sentencia de 23 de mayo de 1991, serie A, número 204.

³³ *New York Times c. Sullivan*, 376 US 254 (1964).

de que el demandante debe llevar la carga de la prueba *no* es de aceptación general, pero el argumento de que las críticas a las personas públicas tienen una mayor laxitud, sí.

Aunque el criterio para determinar si ha habido verdadera «mala fe» es ligeramente diferente, está vinculado estrechamente con el que se utiliza para determinar hasta qué punto una publicación ha sido razonable, que hemos comentado anteriormente.

La jurisprudencia de EE. UU. sobre la libertad de expresión ha influido en el TEDH, aunque raramente se sigue completamente su razonamiento. Donde sí que hay una base claramente compartida es en la laxitud adicional que se le da a la crítica no solo hacia los cargos públicos o hacia los políticos, sino hacia el Gobierno específicamente:

Los límites de la permisividad de una crítica son más amplios si va dirigida al Gobierno en lugar de a un ciudadano particular, o incluso a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del Gobierno deben estar sujetas a un examen continuo no solo por parte de las autoridades legislativas y judiciales, sino también por parte de la prensa y la opinión pública. Además, por la posición dominante que ocupa el Gobierno, tiene que mostrar precaución a la hora de recurrir a procesos penales, particularmente si hay otros medios disponibles con los que responder a los ataques y críticas injustificadas por parte de adversarios o medios de comunicación.

Aunque el TEDH no ha dado este paso, la posición razonable es que «el Gobierno» como entidad no debería poder recurrir a los tribunales por difamación. El Gobierno es una institución, no una persona, y por lo tanto no tiene derecho a una reputación. En *Romanenko c. Rusia* el Tribunal dijo que podría haber buenas razones que apoyaran esta idea por una cuestión de principios, aunque no se pronunció sobre este punto en su fallo.³⁴

En un caso que sentó precedente en el Reino Unido, la Cámara de los Lores determinó lo siguiente:

Es de gran importancia que un órgano de Gobierno elegido democráticamente, o cualquier otro órgano dentro del Gobierno, esté abierto a críticas con libertad. La amenaza de una acción civil por difamación tiene, inevitablemente, un efecto represor en la libertad de expresión (...). Lo que se ha descrito como «efecto disuasorio» inducido por la amenaza de acciones civiles por libelo es muy importante. Bastante a menudo, los hechos justifican una publicación difamatoria cuya certeza es conocida, pero no se dispone

³⁴ *Romanenko c. Rusia*, demanda número 11751/03, sentencia de 8 de octubre de 2009.

de pruebas admisibles capaces de demostrar estos hechos. Esto obstaculiza las publicaciones sobre asuntos que es deseable que se hagan públicos.

El TEDH ha admitido la posibilidad de que las personas jurídicas puedan emprender acciones legales por difamación. En el caso *Jerusalem*, dos asociaciones austríacas demandaron al consejero de un Gobierno local por difamación al referirse a ellas como «sectas». Sin embargo, el Tribunal determinó que había habido una violación de los derechos del concejal en base al artículo 10:

En el caso que nos ocupa el Tribunal observa que el IPM y el VPM fueron asociaciones activas en un campo de interés público, el de la lucha contra las drogas. Participaron en debates públicos sobre este tema y, como admitió el Gobierno, cooperaron con un partido político. Como las asociaciones tenían este tipo de actividad pública, deberían haber mostrado un mayor grado de tolerancia hacia las críticas cuando algún adversario valoró sus objetivos así como los medios que utilizaron en ese debate.³⁵

DEBATE:

En el famoso caso «McLibel», la compañía de comida rápida McDonald's demandó a dos activistas ambientales por libelo al haber hecho circular un panfleto en el que se criticaban las prácticas de la compañía a la hora de adquirir la carne que utilizaba. Los dos activistas no tuvieron representante legal durante la mayor parte del tiempo (ya que no se puede acceder a asistencia jurídica gratuita en casos de libelo) en un caso que se consideraba el más largo de la historia legal del Reino Unido.

Ganó McDonald's, y los activistas llevaron el caso al TEDH. El Tribunal dictaminó que hubo una violación del artículo 10 a causa de la desigualdad procesal y de la indemnización, que consideró demasiado elevada. No hubo «igualdad de armas» entre las partes.³⁶

La pregunta aquí podría ser si las empresas deben tener la posibilidad de emprender acciones legales en primer lugar por difamación. ¿McDonald's tiene «derecho a una reputación» de la misma manera que una persona individual? ¿Cuáles son los argumentos a favor y en contra?

Protección de la expresión política

El razonamiento en el caso *Jerusalem* se hace eco de una cuestión de mayor envergadura que se encuentra muchas veces en las sentencias del TEDH sobre el artículo 10: la importancia de la libertad de la expresión política. Recordemos lo comentado anteriormente sobre hasta qué punto es importante la libertad de

³⁵ *Jerusalem c. Austria*, demanda número 26958/95, sentencia de 27 de febrero de 2001.

³⁶ *Steel y Morris c. Reino Unido*, demanda número 68416/01, sentencia de 15 de febrero de 2005.

expresión no solo como derecho individual, sino también por los beneficios sociales de un flujo libre de información.

«La libertad de discusión política se sitúa en el mismo núcleo del concepto de sociedad democrática», concluyó el Tribunal en una de sus sentencias sobre el artículo 10 que sentaron precedente.³⁷ Como se dijo en una sentencia más reciente:

El Tribunal subraya que la promoción de un debate político libre es una característica muy importante de la sociedad democrática. Asocia la gran importancia de la libertad de expresión al contexto del debate político y considera que se necesitan razones muy sólidas para justificar restricciones del discurso político. Permitir restricciones amplias del discurso político en casos individuales afectaría, sin lugar a dudas, al respeto de la libertad de expresión en general en el Estado en cuestión.³⁸

Este es el principio que se considera tan fundamental que se puede encontrar en sentencias de los tribunales superiores de Europa y de otros lugares. El Tribunal Constitucional español subrayó la importancia de la libertad de expresión política:

El art. 20 de la Constitución [sobre libertad de expresión] (...) garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática (...) y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política.³⁹

La democracia verdadera solo puede prosperar en un centro de información en el que las diferentes ideologías y filosofías (políticas, económicas y sociales) compitan entre sí, y es aquí donde la prensa tiene un importante rol que desempeñar. El día en que ese centro de información se cierre, tocarán las campanas por la muerte de la democracia.⁴⁰

La libertad de palabra y de expresión consiste, en primera instancia, no solo en la libertad del ciudadano de decir y escribir lo que quiera, sino también en la libertad del público de escuchar y leer lo que necesite (...). La asunción básica en una forma de Gobierno democrática es que el Gobierno tenga su base en el consentimiento de los gobernados, que no solo debe ser libre, sino que también debe estar sustentado en información adecuada y en un debate acompañado por la más amplia difusión posible de la información de diferentes fuentes antagonistas (...).

³⁷ *Lingens c. Austria*.

³⁸ *Feldek c. Eslovaquia*, demanda número 29032/95, sentencia de 12 de julio de 2001.

³⁹ *Caso Voz de España*, STC de junio de 1981, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 2, 128, párrafo 3.

⁴⁰ Tribunal Superior de Bombay, *Binod Rao c. M R Masani* (1976) 78 Bom. LR 125.

(...) Las noticias y los puntos de vista de los partidos políticos que sean críticos con las acciones del Gobierno y muestren sus debilidades deben darse a conocer sin trabas. Debe evitarse que sea el Gobierno quien asuma el papel de guardia de la opinión pública.⁴¹

Privilegios para miembros del parlamento y difusión de declaraciones hechas en el parlamento

Casi todos los sistemas legales incluyen el concepto de privilegio parlamentario por declaraciones hechas en las cámaras, y muchas veces en otros organismos similares (como parlamentos regionales o consejos de Gobierno local). El propósito, claramente, es proteger la libertad de debate político.

Este privilegio se extiende hasta la difusión de lo que se dice en el parlamento (o en otros organismos cubiertos por el mismo privilegio) por lo que, como principio general, no solo no se podría acusar a un miembro del parlamento de haber hecho declaraciones difamatorias dentro del parlamento, sino que tampoco se podría acusar a un periodista por haber difundido esas declaraciones.

El TEDH ha sido, por lo general, muy firme a la hora de sostener el principio de privilegio parlamentario en los casos de difamación. En un caso en el Reino Unido, un miembro del parlamento repitió una serie de declaraciones que eran muy críticas con otro de los miembros. Esta persona facilitó el nombre y la dirección del otro, tras lo cual este último empezó a recibir cartas amenazantes, así como un seguimiento extremadamente crítico por parte de los medios de comunicación. El Tribunal rechazó que se vulnerasen los derechos recogidos en el artículo 6.1, el derecho a que su causa sea oída por un tribunal, ya que la protección del privilegio parlamentario era «necesario en una sociedad democrática».⁴²

A la luz de lo anteriormente indicado, el Tribunal considera que el criterio de la inmunidad parlamentaria, que refleja y es consistente con los demás criterios de los Estados firmantes, el Consejo de Europa y la Unión Europea, no puede verse, en principio, como una restricción desproporcionada del acceso a una tutela judicial tal como se especifica en el artículo 6, párrafo 1 (...).⁴³

En el caso *Jerusalem de Austria*, el Tribunal estimó que el demandante disfrutaba de dicho privilegio pese a que las declaraciones presuntamente difamatorias se hicieron en una reunión del Consejo Municipal de Viena y no en el parlamento. Se justificó de la siguiente manera:

⁴¹ *M Joseph Perera y Ors c. Fiscal General*, aplicaciones números 107-109/86, (SC) sentencia de 25 de mayo de 1987.

⁴² *A c. Reino Unido*, demanda número 35373/97, sentencia de 17 de diciembre de 2002.

⁴³ *Ibid.*, párrafo 83.

En este sentido, el Tribunal recuerda que, si bien la libertad de expresión es importante para todos, es especialmente importante para los representantes elegidos por el pueblo. Éstos representan a su electorado, llaman la atención sobre sus preocupaciones y defienden sus intereses. De esta manera, injerencias en la libertad de expresión por parte de un miembro opositor del parlamento, como el demandante, exigen un examen muy atento por parte del Tribunal (...).⁴⁴

La privacidad de las figuras públicas

La privacidad de las figuras públicas es un aspecto que se tiene en consideración algunas veces a la hora de poner límites a la cobertura de los medios de comunicación. Este concepto, por supuesto, es bastante diferente al de reputación, aunque en la práctica a veces se pueden entrecruzar.

La privacidad está protegida explícitamente bajo el artículo 8 del CEDH, concretamente bajo las palabras «derechos y reputación ajenos».

Como hemos visto, el TEDH ha subrayado frecuentemente que las figuras públicas deben estar sujetas a una mayor laxitud a la hora de recibir críticas que el resto. También nos hemos preguntado qué convierte a alguien en una figura pública. En todo caso, se incluye a los políticos pero, ¿se incluiría también a las familias de los políticos? ¿Se incluiría también a aquellos que se relacionan con estos políticos en su vida privada (en relaciones extramatrimoniales, por ejemplo)?

El TEDH valoró el caso de un periódico austríaco al que se había penalizado por haber violado la privacidad de un político. El periódico publicó una fotografía suya para acompañar un artículo en el que afirmaba que había estado obteniendo dinero de forma ilegal. Los tribunales austríacos determinaron que, aunque se tratase de un miembro del parlamento, éste no era una figura conocida públicamente. El periódico violaba su privacidad al publicar una fotografía si tenemos en cuenta que en el artículo se *le estaba criticando*.

Como era de esperar a la vista de su jurisprudencia previa, el Tribunal determinó que se habían vulnerado los derechos del periódico establecidos en el artículo 10.⁴⁵

Injurias a las instituciones

El principio de que se debe proteger el discurso político está bien establecido, tanto a nivel europeo como en muchas jurisdicciones nacionales. Es curioso, pues, que siga conviviendo con la noción de que es posible difamar o insultar a la administración, a instituciones o incluso a símbolos.

⁴⁴ *Jerusalem c. Austria*, párrafo 36.

⁴⁵ *Krone Verlag GmbH & Co. Kg c. Austria*, demanda número 35373/97, sentencia de 26 de febrero de 2002.

¿Se considera que el presidente de Francia es un político (y por lo tanto se le puede exigir que tolere en mayor grado las críticas que una persona común)? ¿O es el símbolo nacional o una parte del Gobierno (y por lo tanto se merece una mayor protección)? La ley francesa de prensa de 1881 proporcionaba protección a la presidencia como símbolo.

En 2008, Hervé Eon, un granjero y activista político, portaba una pancarta mientras se le acercaba un grupo de personas, en el que se encontraba el presidente Nicolas Sarkozy. La pancarta decía así: «Casse-toi pauv' con» («Lárgate, pobre gilipollas»). Estas mismas palabras las había utilizado anteriormente Sarkozy en una feria de agricultura cuando un campesino se negó a darle la mano.

Se acusó a Eon en base a lo dispuesto en el artículo 26 de la ley de 1881. Bajo este cargo no hay posibilidad de demostrar si algo es verdad, a diferencia de un caso de difamación y, por otro lado, es necesario aclarar la intencionalidad del que cometió el delito, es decir, determinar si el acusado actuó con mala fe. Se declaró culpable a Eon y se le impuso una multa exenta de cumplimiento. Tras apelar sin éxito en los tribunales franceses, el caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El TEDH falló a favor de Eon. Concluyó que «no se puede decir que la repetición de una frase que ha utilizado anteriormente el Presidente haya afectado a su vida privada u honra, ni que equivalga simplemente a un ataque personal gratuito contra él (...). La intención del demandante era dirigir la crítica pública de naturaleza política al jefe de Estado.»⁴⁶

El Tribunal considera que es muy posible que las sanciones penales por conductas como las del demandante del caso que nos ocupa tengan un efecto disuasorio hacia las formas de expresión satíricas en relación a temas de actualidad. Estas formas de expresión pueden desempeñar un papel muy importante por sí mismas en debates abiertos sobre asuntos de interés público, una característica indispensable de la sociedad democrática (...).⁴⁷

Lamentablemente, el TEDH no fue tan lejos en el caso *Eon* como lo hizo en el caso previo francés de *Colombani*. Este último surgió por el insulto que lanzó la sección de prensa jurídica a un jefe de Estado en el que se le atribuían determinados crímenes. Un periodista del periódico *Le Monde* fue condenado por insultar al rey de Marruecos en un artículo en el que se hablaba del tráfico de drogas en ese país y que se sustentaba en un informe oficial.

Los tribunales franceses fueron muy críticos con el hecho de que el artículo de *Le Monde* reprodujera el contenido del informe oficial en el que se basaba sin antes

⁴⁶ *Eon c. Francia*, párrafos 57-58.

⁴⁷ *Ibid.*, párrafos 60-61.

haber intentado verificar si lo que se decía era cierto. El TEDH determinó que esto era poco razonable; la prensa puede considerar documentos oficiales como creíbles y no necesita verificar cada alegación.

El Tribunal determinó lo siguiente sobre el delito de injuria hacia líderes del extranjero:

(...) es conferir un estatus legal especial a los jefes de Estado, protegiéndolos de la crítica solo por su función o estatus, sin tener en cuenta si la crítica está justificada. A juicio del Tribunal, esto equivale a conferir un privilegio especial a los jefes de Estado del extranjero que no puede conciliarse con la práctica moderna y con las concepciones políticas. Cualquiera que sea el interés que cada Estado tenga en mantener buenas relaciones en base a la confianza en los líderes de otros Estados, este privilegio es excesivo para alcanzar ese objetivo.⁴⁸

En un voto particular de la sentencia del caso *Eon*, el juez Power-Forde de Irlanda argumentó que se debería haber aplicado un razonamiento parecido. El Tribunal no recurrió al razonamiento en *Colombani* porque en ese caso se trataba la libertad de prensa, mientras que en el caso *Eon* no era así. Pero el juez Power-Forde argumentaba que se habían aplicado principios idénticos en relación a una protección de los jefes de Estado anticuada e injustificada.⁴⁹

En otro caso sobre una injuria a un jefe de Estado, el TEDH se mostró muy firme al fallar que un Estado había vulnerado el artículo 10. El caso *Otegi Mondragón* empezó en España, donde el jefe de Estado, el Rey, no es un político sino que desempeña un papel neutral constitucionalmente.

En este caso, Otegi, un político nacionalista vasco, había sido acusado de insultar al rey Juan Carlos al identificarlo como el jefe de Estado que había torturado a nacionalistas vascos y había otorgado inmunidad a los torturadores. Aunque un tribunal vasco le había absuelto, un tribunal de mayor jerarquía lo condenó y sentenció a cinco años de cárcel, privándole del derecho a presentarse a las elecciones.

El TEDH, en una enérgica sentencia, mantuvo el razonamiento que había desarrollado en un caso turco anterior (*Pakdemirli*)⁵⁰ y falló a favor de Otegi:

(...) el hecho de que el Rey ocupe una posición neutral en el debate político y de que actúe como un árbitro y símbolo de la unidad del Estado no debería protegerle de cualquier tipo de crítica en el ejercicio de sus deberes oficiales o, como en el presente caso, respecto a su capacidad como representante del Estado que simboliza, en particular por parte de personas que desafían de

⁴⁸ *Colombani c. Francia*, demanda número 51279/99, sentencia de 25 de junio de 2002, párrafos 66-68.

⁴⁹ *Eon c. Francia*, voto particular del juez Power-Forde.

⁵⁰ *Pakdemirli c. Turquía*, demanda número 35839/97, sentencia de 22 de febrero de 2005.

forma legítima la estructura constitucional del Estado, incluyendo la monarquía (...), el hecho de que el Rey «no sea responsable» bajo la constitución española, especialmente en lo relativo al derecho penal, no debería ser motivo para prohibir cuestionar libremente una posible responsabilidad institucional o incluso simbólica por su parte como hombre al timón del Estado, cuya reputación personal debe respetarse.⁵¹

La prensa como guardián del interés público

En una sentencia de hace más de 20 años, el TEDH llevó la noción de protección del discurso político un paso más allá.

El caso afectaba a un escritor islandés llamado Thorgeir Thorgeirson, que había escrito artículos de prensa sobre un tema de brutalidad policial con sospechosos de crímenes. Fue condenado por los tribunales islandeses por difamar a miembros de la policía de Reikiavik. Cuando el caso llegó al TEDH, los abogados del Gobierno de Islandia argumentaron, entre otras cosas, que este caso era distinto de otros casos de los que se había ocupado el TEDH (como el caso *Lingens*) porque no involucraba la libertad de discurso político, que el Tribunal había protegido especialmente en otras sentencias.

Este argumento no convenció al Tribunal y utilizó su propia sentencia para desarrollar una nueva doctrina, a la que se ha referido en varios casos posteriores. Se hablaba de la importancia del rol de los medios de comunicación como «guardianes del interés público» en temas de importancia, no solo en política, sino también en temas que pueden suscitar inquietud pública, como los que se trataban en los artículos de Thorgeirson:

Mientras la prensa no sobrepase los límites que se han establecido, entre otras cosas, para la «protección de la reputación (...) ajena», le corresponde difundir información e ideas sobre temas de interés público. No solo tiene la función de difundir tal información e ideas: el público también tiene el derecho de recibirlas. De no ser así, la prensa sería incapaz de desempeñar su función vital de «guardián del interés público».⁵²

En otro caso, que se desarrolló casi al mismo tiempo que el caso *Thorgeirson*, el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre un conflicto en el que la prensa había revelado una presunta situación de crueldad animal durante la caza noruega de focas. El informe, publicado en el periódico *Bladet Tromsø*, se sustentaba en gran medida en un informe oficial que se había filtrado y que había sido escrito por el periodista Odd Lindberg. El periódico y su editor fueron demandados por

⁵¹ *Otegi Mondragon c. España*, demanda número 2034/07, sentencia de 15 de marzo de 2011, párrafo 56.

⁵² *Thorgeirson c. Islandia*, párrafo 63.

difamación por miembros de la tripulación de un velero cuyas prácticas se habían descrito en el informe de Lindberg. El Tribunal falló en un tono muy parecido al de la sentencia del caso *Thorgeirson*:

Considerando los varios factores que reducen las posibilidades de que se dañase la reputación individual de los cazadores de focas y considerando la situación tal como la vio *Bladet Tromso* en su momento, el Tribunal considera que el periódico podría confiar dentro de lo razonable en el informe de Lindberg, sin tener que llevar a cabo su propia investigación para determinar la fiabilidad de los hechos que se habían descrito. No ve razón alguna por la que se debería dudar de que el periódico actuase de buena fe en este sentido.⁵³

Sobre la publicación de alegaciones que se consideró que podrían haber dañado la reputación de algunos miembros de la tripulación, el Tribunal utilizó un razonamiento que giraba (como es habitual en estos casos) sobre si las restricciones de la libertad de expresión resultantes de los casos de difamación eran «necesarias en una sociedad democrática». A través de este razonamiento, el Tribunal tuvo en cuenta el enorme interés público que suscitaba el caso, aunque no se mostró necesariamente solidario con la línea editorial del *Bladet Tromso*:

El tribunal debe tener en cuenta el contexto en el que se emitieron las declaraciones. El contenido de los artículos impugnados no puede verse como algo aislado de la controversia que la caza de focas supuso en ese momento en Noruega y en Tromsø, el centro comercial de Noruega. Debemos recordar de nuevo que el artículo 10 es aplicable no solo a la información o a las ideas que se reciben con buena predisposición, que se consideran inofensivas o ante las que permanecemos indiferentes, sino que también aplica a las que ofenden, chocan o molestan al Estado o a cualquier sector de la población (...).⁵⁴

[P]arece que el motivo principal de los artículos no era acusar a determinados individuos de haber cometido delitos contra las regulaciones sobre la caza de focas o de haber sido crueles con animales (...). Los artículos formaban parte de un debate en desarrollo; que era evidente que inquietaba al público local, nacional e internacional; y que reflejaba una amplia variedad de puntos de vista.⁵⁵

En vista de los hechos de este caso, el Tribunal no puede determinar que el indudable interés de los miembros de la tripulación en proteger su reputación pueda tener un mayor peso que el

⁵³ *Bladet Tromso y Stensaas c. Noruega*, demanda número 21980/93, sentencia de 20 de mayo de 1999.

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 62.

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 63.

interés público en hacer que se desarrolle un debate con información sobre un tema de interés tanto local y nacional como internacional.⁵⁶

Uno de los puntos de interés de este caso particular, no obstante, es que unos pocos magistrados discreparon de la decisión. Los votos discrepantes concluían que la sentencia envió un mensaje equivocado a los medios de comunicación europeos, animándolos a ignorar principios éticos básicos de la profesión.

DEBATE

¿Qué es el interés público? ¿En qué se diferencia de lo que interesa al público? ¿Cómo construirías un argumento sobre el «interés público» si quisieras defender un artículo sobre, por ejemplo, los escándalos en la vida privada de un político?

Difamación de religiones

Muchos Estados europeos tienen leyes que prohíben la difamación de religiones, mientras que en el Common Law existe el delito de libelo blasfemo.

Debido a la doctrina del «margen de valoración», el TEDH se ha mostrado reacio a fallar contra los Estados en asuntos de blasfemia y difamación de religiones. Dado que estos asuntos se encuentran en el área de la «moralidad pública», el Tribunal normalmente declina interferir en las decisiones que se toman a nivel nacional:

La ausencia de un concepto uniforme a nivel europeo sobre qué requisitos tienen que cumplirse para proteger los derechos ajenos en relación a los ataques a las convicciones religiosas amplía el margen de valoración de los Estados a la hora de regular la libertad de expresión en todo lo relacionado con asuntos que pueden ofender las convicciones personales íntimas dentro de la esfera de la moral o la religión (...).⁵⁷

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sigue la doctrina del «margen de valoración». Esta doctrina hace referencia a la flexibilidad que pueden tener los Estados a la hora de aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El margen, en casos que tratan sobre el discurso político, por ejemplo, es muy pequeño porque se ve como un valor común de gran importancia. En cambio, es considerablemente mayor en casos que tratan de «moral pública» porque es un campo con mayores diferencias culturales entre los países europeos.

⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 83.

⁵⁷ *Giniewski c. Francia*, demanda número 64016/00, sentencia de 31 de enero de 2006, párrafo 44.

En casos recientes, no obstante, el Tribunal se ha mostrado reacio a aceptar casos de difamación de religiones. En un caso francés en el que un escritor publicó un artículo en el que se examinaba críticamente la doctrina Católica Romana y se la relacionaba con el antisemitismo y el Holocausto, el Tribunal falló que un veredicto de difamación de la religión suponía una violación del artículo 10. Aunque invocaba la doctrina del margen de valoración, el Tribunal remarcaba la importancia de una aplicación liberal del artículo 10 en temas que susciten inquietud pública (y no cabe duda de que el Holocausto es uno de ellos):

Si consideramos los efectos perjudiciales de una doctrina particular, el artículo en cuestión contribuyó al debate sobre las posibles razones del exterminio de judíos en Europa, una cuestión de indudable interés público en una sociedad democrática. En asuntos como este, se deben interpretar de forma estricta las restricciones a la libertad de expresión. Aunque el tema de este caso hace referencia a una doctrina sostenida por la Iglesia Católica, y por lo tanto es un tema religioso, un análisis del artículo en cuestión revela que no contiene ataques a las propias creencias religiosas, sino que es un punto de vista que el recurrente desea expresar como periodista e historiador. En este sentido, el Tribunal considera que es esencial para una sociedad democrática que pueda existir un debate libre sobre las causas de acontecimientos de particular gravedad que equivalen a crímenes contra la humanidad (...).⁵⁸

En un caso de Eslovaquia, un escritor publicó un artículo en el que se criticaba al jefe de la Iglesia Católica Romana por haber solicitado la prohibición del cartel de una película, y más tarde de la propia película, alegando ofensas a la moral. Se le condenó por el delito de «difamación de la nación, la raza y las creencias», alegando que criticar al jefe de la Iglesia era equivalente a difamar la propia religión. El TEDH rechazó este razonamiento y sentenció una vulneración del artículo 10:

La enérgica y peyorativa opinión del recurrente hacía referencia exclusivamente a la persona que ocupa un alto cargo en la Iglesia Católica en Eslovaquia. Al contrario de lo que han determinado los tribunales eslovacos, este Tribunal no comparte el punto de vista de que con sus declaraciones el recurrente haya desacreditado y menospreciado a un sector de la población por su fe en la religión católica.

[...] El hecho de que algunos miembros de la Iglesia Católica se hayan sentido ofendidos por la criticidad del recurrente hacia el Arzobispo y por su afirmación de que no entendía por qué los católicos decentes no abandonaban la Iglesia por estar liderada por el arzobispo J. Sokol no puede afectar a este punto de vista.

⁵⁸ *Ibid.*, párrafo 51.

El Tribunal acepta el argumento del recurrente de que el artículo ni ha interferido con el derecho de los creyentes de ejercer su religión ni ha denigrado el contenido de su fe (...).⁵⁹

Estos casos recientes contrastan con otras decisiones anteriores del TEDH. En un caso austríaco, el Tribunal rechazó que la confiscación de una película que se consideraba que podía ofender a los católicos se pudiese considerar una vulneración del artículo 10. Al ejercer el derecho a la libertad de expresión, las personas tienen la

obligación de evitar, en la medida de lo posible, expresiones que sean ofensivas y gratuitas para otros y que puedan, por lo tanto, vulnerar sus derechos; estas expresiones, además, no contribuyen de ninguna manera en el debate público que puede ayudar a progresar en el ámbito de los derechos humanos. Siendo esto así, se puede tener como principio necesario en ciertas sociedades democráticas el castigar o incluso el impedir ataques inapropiados a objetos de veneración religiosa, teniendo siempre en cuenta que cualquier «formalidad», «condición», «restricción» o «sanción» que se imponga debe ser proporcionada con el fin que legítimamente se persiga.

El Tribunal sacó una conclusión similar en un caso británico sobre un corto con contenidos eróticos que se prohibió porque podía incurrir en el delito de libelo blasfemo.⁶⁰

⁵⁹ *Klein c. Eslovaquia*, demanda número 72208/01, sentencia de 31 de octubre de 2006, párrafos 51-52.

⁶⁰ *Wingrove c. Reino Unido*, demanda número 17419/90, sentencia de 25 de noviembre de 1996.

4. TIPOS DE MATERIAL DIFAMATORIO

Opiniones contra hechos

Ya hemos comentado que la defensa de la verdad es absolutamente central en casos de difamación. Es decir, si yo escribo que el Ministro es culpable de malversación, no puedo estar difamándolo si se puede demostrar que es verdad.

Pero, ¿qué pasa si mi afirmación presuntamente difamatoria no es un hecho que se pueda demostrar, sino una opinión? ¿Qué pasaría si dijese que el Ministro es un «pobre gilipollas» (por poner un ejemplo aleatorio)?

El caso que seguiría obviamente no iría sobre demostrar si el demandante es un «pobre gilipollas» o no. Él diría que le insulté gratuitamente. Si este caso llegara al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sería más que probable que se defendiese mi libertad de expresión, no su derecho a la reputación. (El Tribunal seguramente determinaría que, como político, debería estar preparado para tolerar insultos así. Si, además, como en el caso Sarkozy, fuese una frase que él mismo hubiese utilizado, los jueces, dentro de su moderación, podrían incluso decirle al Ministro que tuviera sentido del humor).

El TEDH tiene una doctrina establecida desde hace tiempo que distingue entre hechos y juicios de valor:

[A] debe hacerse una cuidadosa distinción entre los hechos y los juicios de valor. Los hechos se pueden demostrar, mientras que no se puede probar la verdad de los juicios de valor. (...) En lo referente a los juicios de valor, es imposible cumplir con este requerimiento [de probarlos] y se vulnera la propia libertad de opinión (...).⁶¹

Se siguió desarrollando esta doctrina en el caso *Thorgeirson*, que ya se ha mencionado. Thorgeirson, el periodista islandés que escribió sobre la brutalidad policial, no se había documentado él mismo los hechos, pero hizo sus comentarios en base a otros informes sobre violencia policial. Aunque algunas pruebas sobre las que Thorgeirson basó su argumento acabaron siendo falsas, parte del argumento sí que era cierta. El hecho de que fuera una cuestión de considerable interés público implicaba que la carga de establecer una conexión entre su juicio de valor y los hechos no era importante.

Por lo tanto, ¿sería difamatorio si llamase «corrupto» al Ministro? Una de las posibilidades que tendría sería, como es obvio, demostrar que los hechos son ciertos, demostrar que hubo malversación. Sin embargo, si hay otros informes

⁶¹ *Lingens c. Austria*, párrafo 46.

sobre malversación, podría argumentar que mi opinión de que es un corrupto es un juicio de valor basado en hechos (sin que yo tenga que demostrar que los informes son exactos).

Humor

Cuando Hervé Eon diseñó la pancarta que contenía el insulto, su intención no era insultar gratuitamente al presidente francés. Era una repetición de las palabras que había utilizado el propio Sarkozy. Como todo el mundo reconoció esas palabras, su repetición fue cómica. El presidente Sarkozy claramente no pilló la broma, ni tampoco los tribunales franceses. Pero el Tribunal Europeo, en esta ocasión, sí.

Es sorprendente la frecuencia con la que parece que las figuras públicas pierden el sentido del humor. En un artículo de un periódico austríaco se reflexionaba de forma satírica sobre la angustia nacional que rodeaba al campeón mundial de esquí, Hermann Maier, de origen austríaco, que se había roto la pierna en un accidente de tráfico. El único que no se sentía afligido, según decía el artículo, era su amigo y rival Stefan Eberharter, cuya reacción fue: «Perfecto, al fin podré ganar algo. Con un poco de suerte, el muy inútil se caerá con las muletas y se romperá la otra pierna».⁶²

Se desarrollaron a continuación varios acontecimientos increíbles:

- Eberharter fue el único en toda Austria en no darse cuenta de que la publicación del periódico era una broma.
- Fue a un abogado que no le dijo que se fuera a casa y que se buscara una vida.
- El abogado llevó el caso a los tribunales, donde Eberharter ganó un pleito contra el periódico por difamación.
- El Tribunal de Apelación de Viena defendió la condena.

La sentencia del TEDH es una de las más cortas. Se puede resumir su conclusión en «¡Era una broma!»:

El artículo, como es evidente por sus titulares y el comentario bajo la fotografía del Sr. Maier, se escribió en un tono irónico y satírico y se pretendía que fuese un comentario humorístico. No obstante, también se pretendía contribuir de forma crítica en un tema de interés general, concretamente, en la actitud de la sociedad hacia una estrella del deporte. El Tribunal no se deja convencer por el razonamiento de los tribunales y Gobierno austríacos de que el lector medio es incapaz de captar el carácter satírico del texto y, en particular, el elemento humorístico del

⁶² *Nikowitz c. Austria*, demanda número 5266/03, sentencia de 22 de febrero de 2007, párrafo 6.

fragmento impugnado sobre lo que el Sr. Eberharter podría haber dicho pero que realmente no dijo.⁶³

El Tribunal condenó al pago de lo reclamado en concepto de daños y perjuicios y costas procesales.

Esta no fue la primera ni la última vez que un demandante por difamación termina menoscabando su propia reputación.

El TEDH mantuvo una posición consistente a la hora de permitir una mayor laxitud en lo relativo a comentarios humorísticos y satíricos. En el caso *Klein*, que hemos comentado antes cuando hablábamos de difamación de religiones, el hecho de que el artículo en el que se criticaba al arzobispo católico se considerase como una elaborada broma intelectual jugó significativamente a favor del periodista.

Sin embargo, el mero hecho de que una presunta difamación se haya publicado en una revista satírica no es suficiente para recibir protección. En un caso rumano, un político llamado Petrina recurrió con éxito ante el TEDH, alegando que la falsa acusación de que había sido un antiguo miembro de la famosa policía secreta comunista, la *Securitate*, había vulnerado los derechos que se le reconocían en el artículo 8. El hecho de que se hubiese publicado esto en una revista satírica fue irrelevante. El mensaje del artículo era «claro y directo, vacío de cualquier elemento irónico o humorístico».⁶⁴

Esta laxitud general hacia el humor y la sátira aplica también a otros tipos de escritura creativa. En dos casos turcos, *Karatas* y *Alinak*, el Tribunal determinó que el material que en otras circunstancias podría haber dado lugar a una restricción de la libertad de expresión (en este caso, incitaba a la violencia), en este caso se podía aceptar a causa de su contexto artístico. En un caso sobre un presunto ataque a la reputación, el Tribunal se mostró dispuesto a ser más tolerante con la creación artística:

El Tribunal encuentra que un retrato así equivale a una caricatura de las personas a través de elementos satíricos. Señala que la sátira es una forma de expresión artística y de crítica social y, por sus características inherentes de exageración y distorsión de la realidad, pretende provocar y agitar. En este sentido, cualquier injerencia en el derecho del artista en expresiones de este tipo debe examinarse con un cuidado particular.

En cualquier caso, esta laxitud tiene límites. En el caso *Lindon, Otchakovsky-Laurens* y *July*, el Tribunal encontró que una novela cuyo protagonista era una

⁶³ *Ibid.*, párrafo 25.

⁶⁴ «[C]lair et direct, dépourvu de tout élément ironique ou humoristique.» *Petrina c. Rumanía*, demanda número 78060/01, sentencia de 14 de octubre de 2008, párrafo 44.

versión ficticia del líder de extrema derecha Jean-Marie Le Pen era difamatoria; sin embargo, en la sentencia de 2007 de la Gran Sala se reflejó un voto particular en el que, con poderosos argumentos, se acusaba a la mayoría de apartarse de la jurisprudencia previa del Tribunal.⁶⁵

Declaraciones ajenas

¿Hasta qué punto se puede hacer responsable a un periodista por las cosas (posiblemente difamatorias) que diga otra persona? La mayor parte de los periodistas invierte una buena parte de su tiempo en informar sobre las palabras de otros o, en el caso de la radio o de la televisión, en poner al alcance de otras personas una plataforma para comunicarse a través de entrevistas y debates.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha considerado varios casos en los que los tribunales de cada país han responsabilizado a los periodistas de las declaraciones de otros. Esto prueba que muchas jurisdicciones todavía tienden a considerar que los periodistas son responsables por informar de las palabras de otros. El razonamiento del TEDH, no obstante, da más lugar a la esperanza.

El caso más conocido de este tipo no es sobre difamación. Jersild era un periodista danés que hizo un documental para televisión sobre un grupo de jóvenes neonazis. Durante la grabación, los jóvenes hicieron una serie de declaraciones sumamente racistas. Tras las quejas del público, tanto Jersild como los jóvenes del documental fueron procesados y condenados por incitación al odio racial.

Mientras el TEDH consideraba el caso, hizo una observación, que repitió más tarde, sobre el hecho de que los tribunales no tienen ningún papel a la hora de determinar cómo los periodistas tienen que hacer su trabajo.

los métodos para transmitir información objetiva y equilibrada pueden variar considerablemente en función del medio de comunicación en cuestión, entre otras cosas. No le corresponde a este Tribunal, ni a ningún otro tribunal nacional, sustituir su punto de vista por el de la prensa en lo relativo a qué técnica deben adoptar los periodistas.⁶⁶

Los puntos de vista que se difundieron no fueron los del propio Jersild, sino que se exponían claramente como parte de una discusión pública seria sobre el problema del racismo:

Tomado como un conjunto, objetivamente el documental no podría haber tenido como propósito la propagación de puntos de

⁶⁵ *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July c. Francia*, aplicaciones números 21279/02 y 36448/02, sentencia de 22 de octubre de 2007.

⁶⁶ *Jersild c. Dinamarca*, demanda número 15890/89, sentencia de 23 de septiembre de 1994, párrafo 31.

vista e ideas racistas. Al contrario, buscaba claramente a través de una entrevista exponer, analizar y hablar de este grupo particular de jóvenes, limitado y frustrado por su situación social, con antecedentes penales y actitudes violentas, tratando así los aspectos específicos de un tema que ya entonces suscitaba una gran inquietud pública.⁶⁷

Por lo tanto:

La sanción de un periodista por ayudar en la difusión de declaraciones hechas por otra persona en una entrevista obstaculizaría seriamente la contribución de la prensa a la discusión de temas de interés público, cosa que no deberíamos concebir a no ser que haya buenas razones para ello.⁶⁸

En un caso más reciente, el presentador griego Nikitas Lionarakis fue condenado por difamación y sentenciado a pagar una indemnización por daños y perjuicios a una persona que fue insultada por un invitado en una entrevista de radio. El Tribunal Europeo encontró diversos motivos para determinar que se habían vulnerado los derechos que se le reconocían a Lionarakis en el artículo 10, enfatizando particularmente la ausencia de responsabilidad del presentador por las observaciones de un entrevistado en directo. También reiteró un aspecto que encontramos en varias de sus sentencias relacionadas con medios de comunicación:

requerir que los periodistas se distancien sistemática y formalmente de una declaración que pueda difamar o herir a un tercero no es compatible con el rol de la prensa de facilitar información sobre temas de actualidad, opiniones e ideas.⁶⁹

En otras palabras, debería darse por sentado que un periodista no se vincula automáticamente con las opiniones vertidas por otras personas, aunque repita el mensaje, siempre que no lo apoye personalmente.⁷⁰

⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 33.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 35.

⁶⁹ *Lionarakis c. Grecia*, demanda número 1131/05, sentencia de 5 de julio de 2008.

⁷⁰ Ver también *Filatenko c. Rusia*, demanda número 73219/01, sentencia de 6 de diciembre de 2007.

5. CASOS DE DIFAMACIÓN EN EL TRIBUNAL

Defensas contra demandas por difamación

Después de lo que hemos dicho, está claro que hay varias defensas posibles ante una demanda por difamación:

Verdad: El TEDH ha sostenido que demostrar que algo es verdad es una defensa completa ante una demanda por difamación. Es decir, si algo es cierto, no puede ser difamatorio.

Publicación razonable: La jurisprudencia del Tribunal Europeo ha desarrollado la idea de que puede justificarse una publicación *razonable* incluso si no es completamente verdadera. Hay algunos elementos que definen hasta qué punto algo es razonable:

- El periodista hizo un esfuerzo de buena fe por demostrar que la declaración era verdadera y creía que lo era.
- Las declaraciones difamatorias aparecían en un informe oficial, por lo que no se requiere que el periodista verifique la certeza de las afirmaciones del informe.
- El tema era de interés público y suscitaba inquietud en la sociedad.

Expresiones de opinión: La declaración por la que se ha entablado la demanda no es la expresión de un hecho, sino la expresión de una opinión. Se puede esperar que haya una base fáctica razonable, pero no es esencial demostrarla.

Sátira: No se pretendía que la declaración se tomase en serio y ninguna persona razonable lo haría.

Protección absoluta: Si se ha extraído la declaración difamatoria de un parlamento o de un proceso judicial, por lo general habrá protección absoluta. Es decir, ni el autor ni el medio de comunicación podrán ser condenados por difamación. Este criterio puede aplicarse también a otros organismos legislativos e instituciones cuasi-judiciales, como las investigaciones en temas de derechos humanos.

Privilegio cualificado: El TEDH también ha determinado que los medios de comunicación que informan sobre otros tipos de declaraciones también gozan de un grado de protección, incluso si no disfrutan del mismo privilegio que el parlamento o los tribunales. Esto aplica a, por ejemplo, reuniones públicas, documentos y otros materiales de dominio público.

Declaraciones ajenas: No se puede culpar a los periodistas por las declaraciones de otros, siempre que ellos mismos no las hayan apoyado. Esto aplica, por ejemplo, en el caso de una entrevista en directo.

¿Sobre quién recae la carga de la prueba?

Si te demando y quiero ganar, tendré que aportar pruebas, ¿no?

Pues no. En el caso de la difamación, este principio normalmente es erróneo. En muchos (pero no todos) sistemas legales, la carga de la prueba no recae en el demandante (la persona que dice que la han difamado), sino en el demandado. En cualquier otra acción civil en la que se solicita una compensación por una presunta lesión jurídica, la persona cuyo derecho se ha visto vulnerado debería, automáticamente, demostrar que:

- El demandado ha llevado a cabo la acción (ha dicho algo presuntamente difamatorio).
- Que esto ha lesionado los derechos del demandante (que ha dañado su reputación).

Sin embargo, en los casos de difamación el sistema es al revés. Si el demandante puede demostrar que el demandado hizo la declaración, normalmente de forma bastante sincera, entonces la cuestión es que el *demandado* demuestre que la declaración era verdadera y, por lo tanto, no era difamatoria.

La excepción más sorprendente a esta norma es Estados Unidos. En el conocido caso *New York Times c. Sullivan*, que ya hemos comentado aquí, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos corrigió esta anomalía en la carga de la prueba en demandas interpuestas por cargos públicos. En un caso posterior se extendió este criterio a todas las figuras públicas.

Por supuesto, este nuevo criterio no elimina la responsabilidad de los periodistas de informar rigurosamente, aunque esto se puede seguir discutiendo en los tribunales, sino que les permite ser más valientes a la hora de hablar de temas de interés público.

La diferencia entre la legislación de Estados Unidos y de Europa sobre este punto es sorprendente. Mientras las jurisdicciones europeas basadas en el Common Law (Reino Unido, Irlanda, Malta y Chipre) siguen la anómala tradición del derecho inglés, las jurisdicciones basadas en el derecho continental basan su enfoque en el derecho romano, cuyo punto de vista es ligeramente diferente, aunque con efecto similar. El principio del derecho romano es que la carga de la prueba debe recaer en la parte que puede demostrar que el hecho ha ocurrido, lo que deriva de la supuesta dificultad que entraña demostrar que algo no ha ocurrido. En el caso de las actuaciones por difamación, esto querría decir, claro está, que la carga de demostrar que una declaración es verdadera recaerá sobre el demandado.

¿A ti qué te parece? ¿La carga de la prueba debería recaer sobre la otra parte en los casos de difamación?

Los argumentos para cambiar quién debe llevar la carga de la prueba no han convencido al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Otros cambios en la jurisprudencia de EE. UU. relativos a la difamación sí que han influido en el TEDH, como se ha comentado antes, pero el tribunal se ha opuesto explícitamente a este cambio originado en el caso *New York Times c. Sullivan* y aplicado en siguientes.

En el caso *McVicar*, se pidió al Tribunal que aplicase el criterio Sullivan dentro de la demanda que interpuso un periodista británico al considerar que no se le debería haber requerido que demostrase la certeza en sus declaraciones sobre si un conocido atleta tomaba drogas o no. Falló así:

el Tribunal considera que requerir que el recurrente demuestre que las declaraciones que vertió en el artículo eran sustancialmente verdaderas con el mayor grado de probabilidad constituye una restricción justificada de su libertad de expresión bajo el artículo 10.2 del Convenio (...).⁷¹

Protección de fuentes anónimas

Es interesante como esto nos lleva a otro tema sobre el que la jurisprudencia del TEDGH ha sido mucho más progresista. Uno de los problemas con los que se encontró McVicar a la hora de demostrar la certeza de sus declaraciones fue la reticencia de sus informantes de declarar en su nombre. En muchas instancias, claro, las declaraciones presuntamente delictivas publicadas en los medios de comunicación tienen su origen en personas cuyo anonimato se ha garantizado. La protección de las fuentes anónimas se considera un principio dentro de la ética periodística.

En el caso *Goodwin*, que sentó precedente, un periodista británico rechazó cumplir con un mandamiento judicial que le pedía que revelase sus fuentes. Esto es lo que observó el Tribunal:

La protección de las fuentes periodísticas es una de las condiciones básicas de la libertad de prensa, como queda reflejado en la legislación y en los códigos profesionales de conducta en varios de los Estados Parte y se reafirma en varios instrumentos internacionales sobre libertades periodísticas (...). Sin una protección así, se podría disuadir a las fuentes de ayudar a la prensa a la hora de informar a la sociedad sobre temas de interés público. Como resultado, se podría estar dañando el papel de guardián del interés público de la prensa y se estaría afectando negativamente su habilidad de proporcionar información rigurosa y fiable. Teniendo en consideración la importancia de la protección

⁷¹ *McVicar c. Reino Unido*, demanda número 46311/99, sentencia de 7 de mayo de 2002, párrafo 87.

de las fuentes periodísticas para la libertad de prensa en una sociedad democrática y el efecto potencialmente desalentador que una revelación pública puede tener en el ejercicio de esa libertad, una medida así es incompatible con el artículo 10 del Convenio a no ser que haya una razón imperiosa que la justifique.

Se falló a favor de Goodwin, igual que lo haría en varios casos parecidos subsiguientes.

Sin embargo, el requisito de que un periodista demuestre si una declaración difamatoria es verdadera puede suscitar un dilema ético que el periodista solo puede resolver al renunciar a facilitar las pruebas necesarias. Por supuesto, no se puede *obligar* al periodista a revelar su fuente, pero el precio que se podría acabar pagando por no hacerlo podría ser perder el pleito.

El Relator Especial sobre la libertad en los medios de comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) ha hecho recomendaciones sobre cómo los tribunales pueden tratar las situaciones en las que se pide a un periodista que declare durante el proceso:

No se debería pedir a los periodistas que testifiquen en juicios civiles o penales o que faciliten información a no ser que la necesidad sea completamente imperiosa, no se pueda disponer de ella por otros medios y no haya posibilidad de que, por facilitar la información, se ponga en peligro la salud o el bienestar del periodista o se restrinja su habilidad o la de otros de obtener información de fuentes similares en el futuro.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa recomendó:

Durante los procesos legales contra un periodista por una presunta vulneración de la honra o la reputación de una persona, las autoridades deben valorar todas las pruebas de las que puedan disponer a través del derecho procesal nacional y no deben requerir a un periodista que facilite ninguna información que pueda revelar su fuente para determinar si la declaración es verdadera o no.⁷²

Compensaciones y penas

Una de las razones por las que se teme tanto a los pleitos por difamación, ya sean por lo penal o por lo civil, es el impacto de las penas o compensaciones que se les impone a los medios de comunicación en este tipo de casos. Muchas veces se ha hecho referencia al «efecto disuasorio» de las penas severas o de las

⁷² Comité de Ministros del Consejo de Europa, recomendación número R (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=342907&Site=CM>.

Una de las razones por las que se teme tanto a los pleitos por difamación, ya sean por lo penal o por lo civil, es el impacto de las penas o compensaciones que se les impone a los medios de comunicación en este tipo de casos. Muchas veces se ha hecho referencia al «efecto disuasorio» de las penas severas o de las elevadas multas por difamación. Como se puede ver, lo preocupante no es solo el perjuicio que supone para el periodista involucrado en un caso particular, sino también el impacto que puede tener la legislación contra la difamación en un periodismo vigoroso e inquisitivo.

Como ya hemos comentado, los organismos internacionales han puesto en su punto de mira la difamación penal y el peligro que supone que se pueda encarcelar a un periodista por ejercer su profesión y su libertad de expresión.

El Tribunal Europeo ha valorado varios casos sobre difamación penal y, aunque, como ya hemos indicado, no desestima este tipo de casos por principio, ha hecho algunos comentarios sobre las penas impuestas, como en este caso rumano:

Las circunstancias de este caso, un caso clásico de difamación de una persona particular en el contexto de un debate sobre un tema de legítimo interés público, no presentan ninguna característica que pueda justificar en absoluto la condena a una pena de prisión. Una pena así, por su propia naturaleza tendría un efecto disuasorio inevitable y el hecho de que los recurrentes no hayan cumplido con su pena de prisión no altera esta conclusión ya que sus indultos individuales son medidas sujetas al poder discrecional del Presidente de Rumanía. Además, aunque tal acto de clemencia haya hecho que los condenados no tengan que cumplir con la sentencia, no se les está exculpando (...).⁷³

En este caso el Tribunal se mostró también muy crítico con la sanción impuesta a los periodistas como parte de la sentencia, en la que se les imponía la inhabilitación de ejercer como periodistas durante un año:

[E]l Tribunal reitera que esas restricciones de las actividades de los periodistas requieren del examen más cuidadoso por su parte y solo están justificadas en circunstancias excepcionales (...). El Tribunal considera que (...) eran especialmente severas y en ningún caso se pueden justificar con el mero riesgo de la reincidencia de los recurrentes.

(...) El Tribunal considera que prohibiendo de forma preventiva a los recurrentes que puedan volver a trabajar como periodistas,

⁷³ *Cumpana y Mazare c. Rumanía*, demanda número 33348/96, sentencia de 17 de diciembre de 2004, párrafo 116.

aunque la prohibición esté sujeta a un límite de tiempo, los tribunales nacionales han contravenido el principio de que la prensa debe poder desempeñar el rol de guardián público en una sociedad democrática.⁷⁴

En los casos de difamación civil, la causa principal del «efecto disuasorio» es la elevada cantidad con la que se obliga a los medios de comunicación a compensar a los que alegan haber sido difamados. En un pleito por lo civil, el propósito de la indemnización no es castigar al demandado (el que difama), sino compensar al demandante (la persona que ha sido difamada) por cualquier pérdida o daño causado por la difamación. Se sigue por lo tanto que el demandante debe demostrar que ha habido una pérdida o daño real y, si no se puede demostrar, no queda claro por qué debería haber alguna indemnización. Muchas veces se puede rectificar una declaración difamatoria con una corrección o una disculpa.

El problema aparece a menudo en el área de los daños no pecuniarios, cuando se solicitan indemnizaciones monetarias para compensar pérdidas que no se pueden calcular de forma precisa en términos monetarios, como los daños en la reputación. Los tribunales deberían tener en cuenta no solo el daño a la reputación, sino también el impacto que puede tener en el demandado el pago de una indemnización elevada, así como, en mayor grado, el impacto que puede tener en la libertad de expresión y en los medios de comunicación.

El Tribunal Europeo se ha mostrado crítico ante las indemnizaciones monetarias por daños no pecuniarios, llegando incluso a encontrar en ellas una vulneración del artículo 10. Un caso que sentó precedente fue el de *Tolstoy Miloslavsky*, autor de un panfleto difamatorio que fue condenado por un jurado británico a pagar una indemnización por daños y perjuicios de 1,5 millones de libras esterlinas tras considerarlo responsable de haber cometido libelo. El Tribunal determinó que la indemnización era extremadamente desproporcionada y que se había violado el derecho a la libertad de expresión de Tolstoy Miloslavsky, incluso aunque no se estuviese discutiendo si era responsable de cometer libelo.

En el caso *Steel y Morris c. Reino Unido* (el caso McLibel), el Tribunal falló que al establecer el importe de la indemnización por daños y perjuicios se debía tener en cuenta los recursos de los que disponían los demandados. Aunque la cantidad que impuso el tribunal británico no era muy elevada «según los estándares actuales», era «considerable si se compara con los ingresos y recursos de los (...) recurrentes (...).»⁷⁵

En el caso *Filipovic c. Serbia*, el Tribunal recordó las conclusiones a las que llegó en *Tolstoy Miloslavsky y Steel y Morris*: que la indemnización debería ser

⁷⁴ *Ibid.*, párrafos 118-119.

⁷⁵ *Steel y Morris c. Reino Unido*, párrafo 96.

proporcional al daño moral sufrido y adecuada a los medios del demandado. En este caso, aunque el demandado había acusado incorrectamente al demandante de malversación de fondos, sí que era cierto que estaba siendo investigado por delitos fiscales, por lo que el daño moral no era grande. El importe de la indemnización que se había impuesto equivalía a seis meses de salario, un importe que el TEDH declaró excesivo y una vulneración del artículo 10.⁷⁶

También se debe observar que el propio Tribunal Europeo muy pocas veces impone una indemnización por daños no pecuniarios. Normalmente concluye con que la determinación de la vulneración de un derecho es suficiente, un principio que se recomienda que sigan los tribunales nacionales en la medida de lo posible.

¿Cómo se pueden aplicar las leyes sobre derechos humanos en los tribunales nacionales?

La mayor parte de los comentarios de este curso se centra en las pautas para proteger la libertad de expresión que se establecen en las leyes internacionales sobre derechos humanos. Pero, ¿se pueden seguir estas pautas a nivel nacional? ¿Se limitaría un tribunal de lo civil o de lo penal a ignorar cualquier argumento basado en ellas?

Todos los Estados europeos, solo con un par de excepciones, forman parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que significa que están sujetos al artículo 10, a las protecciones que establece y a los estrictos criterios que deben seguirse para aplicar restricciones.

Un número incluso mayor de Estados europeos es miembro del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles que, de la misma manera, obliga a los Estados a cumplir con las obligaciones que genera.

El organismo que controla que los Estados sigan lo establecido en el PIDCP es el Comité de Derechos Humanos, un organismo independiente de expertos que proporciona una guía sobre cómo éste debe implementarse. Además, revisa periódicamente el progreso de cada Estado a la hora de implementar las obligaciones del PIDCP y, si el Estado también ha ratificado el Primer Protocolo Facultativo, puede valorar quejas de individuos que alegan que se ha vulnerado sus derechos, siempre que hayan agotado todas las vías a nivel nacional.

El PIDCP requiere lo siguiente:

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del pre-

⁷⁶ *Filipovic c. Serbia*, demanda número 27935/05, sentencia de 20 de noviembre de 2007.

sente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

No obstante, la vía exacta a través de la que cada Estado implementa sus obligaciones varía sustancialmente.

En teoría, los Estados entran en una de estas dos categorías: *monista* y *dualista*.

Los *Estados monistas* son aquellos en los que la legislación internacional se integra automáticamente en su sistema legal, lo que quiere decir que es posible invocar las obligaciones del Estado contraídas con el pacto a través de la litigación doméstica, como en un caso de difamación.

Los *Estados dualistas* son aquellos en los que las obligaciones surgidas de un pacto internacional solo se integran en la legislación nacional una vez que las aprueba la asamblea legislativa. Hasta que no se aprueban, los tribunales no pueden seguir las en un caso dentro de la jurisdicción nacional.

Los Estados con sistemas legales basados en el Common Law, como el Reino Unido, la República de Irlanda, Chipre y Malta son invariablemente dualistas, así como los Estados socialistas. Es más probable que los Estados con sistemas basados en el derecho continental sean monistas, aunque muchos no lo son, como los Estados escandinavos. Todos los Estados de Europa Central y Oriental que tras el comunismo eran dualistas, ahora son monistas.

Esa es la teoría. En la práctica, es más complicado.

En los Estados monistas, aunque los tratados ratificados se integran automáticamente en el sistema legal nacional, su estatus exacto varía de un Estado a otro. ¿Están por encima de la Constitución? ¿Tienen el mismo estatus? ¿Están por encima de las leyes nacionales? ¿O tienen el mismo estatus? La respuesta varía de un país a otro.

En los Estados dualistas, algunas partes de la legislación internacional se pueden empezar a aplicar automáticamente. En Estados como el Reino Unido y los Estados Unidos se puede invocar directamente a la legislación internacional consuetudinaria, siempre que no haya un conflicto con una ley nacional. La Constitución de los Estados Unidos también dice que «todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país». En la práctica, sin embargo, el Tribunal Supremo ha determinado que muchos tratados, incluidos los que tratan de derechos humanos, no son de aplicación directa, lo que quiere decir que primero tienen que ser aprobados por el Congreso.

No obstante, incluso aunque los tratados no se hayan incorporado en los Estados dualistas, es probable que los tribunales los tengan en cuenta como una guía a la hora de dictar sentencia.

Es muy difícil, por lo tanto, establecer una línea general sobre hasta qué punto los tribunales nacionales admitirán argumentos basados en pautas internacionales. Corresponderá a los profesionales de cada país determinarlo.

Sin embargo, hay un problema común que puede trascender en diferentes sistemas legales: puede que el juez no conozca de qué manera el tratado vincula al Estado, o su contenido, o cómo se debe interpretar y aplicar. Seguramente no sea una buena estrategia decirle al juez cómo debe aplicar un tratado en un litigio. Un mejor enfoque en la mayor parte de casos es invocar la legislación internacional *como medio de interpretación de la legislación nacional*.

La situación en relación al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos es un poco diferente.

Bajo el Protocolo número 11 del CEDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene jurisdicción en los Estados que forman parte del Convenio, lo que quiere decir que una persona que no pueda resarcir una vulneración de los derechos protegidos por el Convenio puede presentar una demanda individual ante el Tribunal.

Las sentencias del TEDH solo son vinculantes en el Estado en el que se ha presentado la demanda. No obstante, las decisiones y razonamientos del Tribunal *pueden* ser persuasivos en casos parecidos de otras jurisdicciones nacionales. En algunos Estados como España y Bélgica, los tribunales tienen que seguir la interpretación del TEDH en casos relevantes, siempre que no se esté dejando fuera algún aspecto del caso en cuestión.

La jurisprudencia del TEDH en lo relativo a la difamación, injurias, privacidad y cuestiones afines es extremadamente extensa y forma la base de la mayor parte del contenido de este curso. Los tribunales pueden ignorar las sentencias del TEDH pero es muy recomendable que las tengan en cuenta como interpretaciones autoritativas y convincentes de las obligaciones de los Estados recogidas en el artículo 10.⁷⁷

⁷⁷ Muchos de los contenidos de este manual están basados en la jurisprudencia del TEDH porque es el tribunal más progresista en Europa en lo relativo a la libertad de expresión y porque se puede utilizar para persuadir a los tribunales nacionales.

- No obstante, tiene algunos puntos débiles:
- No ha sido lo suficientemente duro a la hora de condenar la difamación penal;
- Ha exagerado la importancia del derecho a una buena reputación, que no existe ni en el CEDH;
- Ha confundido la protección de la reputación con otras causas para restringir la libertad de expresión, incluyendo el orden público y la privacidad.

¿Y la jurisprudencia de otras jurisdicciones?

En este manual a veces nos referimos a casos de tribunales nacionales que sientan jurisprudencia. Por supuesto, la decisión de un tribunal de un país no vincula a un tribunal de otro país, incluso aunque tengan leyes y sistemas legales parecidos e incluso aunque, como sucede en los países del Common Law, operen bajo la doctrina del precedente.

La importancia de consultar casos de otros países radica simplemente en conocer cuáles son las decisiones más avanzadas y los razonamientos más convincentes en los casos sobre libertad de expresión. Si se utilizan estos argumentos en los tribunales nacionales, debe hacerse con cuidado y diplomacia, de forma que no nos convierta en enemigos del juez. Es importante, no obstante, que los jueces que traten con casos sobre difamación conozcan la jurisprudencia de otros países.

6. CÓMO USAR ESTE MANUAL

En la Introducción hemos presentado los tres objetivos de este manual:

- Como recurso para los participantes que quieren prepararse para el curso sobre difamación
- Como libro de referencia para los participantes (normalmente abogados) que estén preparando un litigio
- Como libro de consulta para los formadores que se preparan para el curso.

Los dos primeros casos no necesitan explicaciones.

Los formadores que se están preparando para usar este manual como una ayuda durante la formación disponen de recursos adicionales: la planificación para cada sesión del curso con material suplementario, lo que incluye presentaciones en Powerpoint, casos prácticos y una simulación de juicio.

Tanto el manual como el material suplementario se prepararon con el objetivo inicial de llevar a cabo una serie de cursos para abogados y periodistas durante dos días. La planificación es la siguiente:

CURSO SOBRE LEGISLACIÓN SOBRE DIFAMACIÓN: PLANIFICACIÓN

Día 1 (abogados y periodistas)

- Sesión 1: Principios y fuentes subyacentes
Restricciones a la libertad de expresión (90 minutos en total)
- Sesión 2: Introducción a la difamación (60 minutos)
- Sesión 3: Legislación nacional sobre difamación (y temas relacionados) (90 minutos)
- Sesión 4: Revisión de casos sobre difamación (90 minutos)

Día 2 (solo abogados)

- Sesión 5: Jurisprudencia sobre difamación del TEDH (90 minutos)
- Sesión 6: Casos de difamación en los tribunales (90 minutos)
- Sesión 7: Simulación de juicio: razonar en casos hipotéticos o ficticios sobre difamación
Comentarios finales: aprendizaje de la simulación de juicio, análisis de las diferencias entre la legislación nacional y la jurisprudencia del TEDH

Seminario editorial (solo periodistas)

Mejores prácticas a la hora de mantener el equilibrio entre el derecho del público a conocer qué ha ocurrido y los límites legales relacionados con la protección de la reputación.

Como se ha comentado anteriormente, se sugiere que la formación legal se complemente con un seminario editorial para periodistas en el que se traten las mejores prácticas en la redacción para mantener el equilibrio entre el derecho del público a saber qué ha ocurrido y la necesidad de respetar los límites éticos y legales relacionados con la protección de la reputación. Idealmente, esta sesión la debería dirigir un editor con experiencia con la posibilidad de contar con la colaboración de un abogado que pueda aclarar cuestiones prácticas a los periodistas.

Si se lleva a cabo un curso solo para abogados, se podría comprimir la planificación porque las sesiones 5 y 6 comprenden temas similares a los que se tratan en las sesiones 2 y 4, pero con mayor detalle legal. Se podría incluso comprimir toda la formación e impartirla en un solo día omitiendo el debate sobre los principios y fuentes subyacentes de la libertad de expresión y combinando las sesiones 2 y 4 con las 5 y 6 y acortando también la simulación de juicio.

Pedagogía y aprendizaje de adultos

Los abogados están más acostumbrados que el resto de personas a leer constantemente para desarrollar sus conocimientos y nivel de comprensión, es un requerimiento profesional. Con todo y con eso, no debe apartárselos del principio de la pedagogía de adultos que dice que es mucho más probable que alguien aprenda algo y desarrolle su nivel de comprensión si dice y hace cosas durante un ejercicio que si simplemente lo leyese o escuchase.

A lo largo del manual y complementando las planificaciones formativas hay varias lluvias de ideas y debates, que pretenden señalar las oportunidades del formador de generar debates entre los participantes. Los primeros van orientados a generar conversaciones rápidas y con final abierto, normalmente cuando un tema se acaba de introducir. Los segundos dan lugar a debates más razonados y sustantivos. Por supuesto, un buen formador probablemente también querrá abrir debates en muchos otros puntos.

Los casos prácticos de la sesión 4 y la simulación de juicio de la sesión 7 son partes particularmente importantes del proceso de aprendizaje. Su objetivo es consolidar las partes más teóricas del ejercicio animando a los participantes a valorar los diferentes escenarios y a defender diferentes posiciones. El formador puede encontrar especialmente útil modificar aspectos clave de estos escenarios durante el debate (dado que todos son ficticios) para subrayar determinados puntos importantes.

IPI: Defending Press Freedom for 65 Years

The International Press Institute (IPI), the oldest global press freedom advocacy organisation, is a worldwide network of editors, media executives and leading journalists dedicated to furthering and safeguarding press freedom, promoting the free flow of news and information, and improving the practices of journalism. Based in Vienna, IPI is a politically neutral organisation and holds consultative status before a number of inter-governmental bodies.



International Press Institute

Spiegelgasse 2/29
1010 Vienna, Austria
www.freemedia.at
+43 1 512 90 11
ipi@freemedia.at

The Media Legal Defence Initiative

is a non-governmental organisation which helps journalists, bloggers and independent media outlets around the world defend their rights.

We help journalists who publish via print, broadcast or the internet, by making sure they have good lawyers to defend them. If necessary we pay legal fees and we work alongside lawyers to make sure the best possible legal defence is provided. We work directly with individual lawyers around the world, and we also have partnerships with national organisations who provide legal aid to journalists. Our long-term goal is to strengthen media legal defence capacity around the world by supporting initiatives that enhance the legal knowledge, skills and effectiveness of those working in the field.

MLDI

The Foundry
17 Oval Way
London
SE11 5RR
United Kingdom
www.mediadefence.org
+44 (0) 203 752 5550
info@mediadefence.org



