

XIX

ARTICLE 19

CAMPAÑA GLOBAL PARA LA LIBRE EXPRESIÓN

EL ABC DE LA DIFAMACIÓN

UNA INTRODUCCIÓN SENCILLA
A LOS CONCEPTOS CLAVES DE
LAS LEYES DE DIFAMACIÓN



NOVIEMBRE DE 2006

HERRAMIENTAS DE CAMPAÑA SOBRE DIFAMACIÓN

ARTICLE 19, 6-8 Amwell Street, London EC1R 1UQ, United Kingdom
Tel +44 20 7278 9292 · Fax +44 20 7278 7660 · info@article19.org · <http://www.article19.org>

El ABC de la difamación

Una introducción sencilla a los conceptos
claves de las leyes de difamación



ARTICLE 19

CAMPAÑA GLOBAL PARA LA LIBRE EXPRESIÓN

**HERRAMIENTAS DE CAMPAÑA SOBRE
DIFAMACIÓN**

Noviembre de 2006
© ARTICLE 19
ISBN 978-1-902598-92-5

AGRADECIMIENTOS

El ABC de la difamación fue escrito por Daniel Simons, Oficial Jurídico, y redactado por Toby Mendel, Director del Programa de Derecho de ARTÍCULO 19. Este documento se ha beneficiado para su elaboración de las numerosas publicaciones existentes de ARTÍCULO 19, tanto como de la experiencia extensiva resultada del trabajo con organizaciones asociadas en muchos países alrededor del mundo. La ilustración en la portada fue dibujada por Suzanne van den Akker y la traducción del inglés al español fue hecha por Anna Saroli.

ARTÍCULO 19 quisiera agradecer al Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth del Reino Unido (FCO), que proveyó financiación completa para el desarrollo y la publicación de la serie de Herramientas de campaña sobre difamación. La posición adoptada en este documento no refleja necesariamente las opiniones del FCO.

ARTICLE 19 acoge con agrado cualquier comentario, pregunta o sugerencia referente a *El ABC de la difamación*.

ARTICLE 19
6-8 Amwell Street
London EC1R 1UQ
United Kingdom
Tel: +44 20 7278 9292
Fax: +44 20 7278 7660
E-mail: law@article19.org

© ARTICLE 19, London.
ISBN 978-1-902598-92-5

Esta obra se proporciona bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento-NoCommercial-CompartirIgual 2.5. Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente esta obra y de hacer obras derivadas, con tal que usted: 1) reconozca ARTÍCULO 19; 2) no utilice esta obra para fines comerciales; 3) distribuya cualquier obra derivada de *El ABC de la difamación* bajo una licencia idéntica a ésta. Para acceder al texto legal completo de esta licencia, favor de visitar:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/es/legalcode.es>

ARTÍCULO 19 también pide que nos proporcione una copia de cualquier traducción u obras derivadas de *El ABC de la difamación*.

EL ABC DE LA DIFAMACIÓN

| | | |
|----|---|----|
| 1. | ¿QUÉ SON LEYES DE DIFAMACIÓN? | 1 |
| | Definiendo el término | 1 |
| | Distinguiendo la difamación de otros conceptos | 1 |
| 2. | PROBLEMAS CLAVES CON LAS LEYES DE DIFAMACIÓN | 3 |
| | Sofocando el debate sobre las instituciones públicas | 3 |
| | Protegiendo los sentimientos en lugar de las reputaciones | 3 |
| | Protegiendo el orden público en lugar de las reputaciones | 3 |
| | Defensas inadecuadas | 4 |
| 3. | TIPOS DE LEYES DE DIFAMACIÓN | 5 |
| | Difamación hablada y por escrito | 5 |
| | Reputaciones contra sentimientos | 5 |
| | Difamación civil contra difamación criminal | 6 |
| 4. | DIFAMACIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS | 7 |
| | Un conflicto entre dos derechos | 7 |
| | Los derechos humanos: principios generales | 7 |
| | El derecho a la libertad de expresión | 7 |
| | El derecho a una reputación | 8 |
| | Balanceando los dos derechos: la prueba tripartita | 9 |
| 5. | DIFAMACIÓN CRIMINAL | 12 |
| | Los riesgos de la difamación criminal | 12 |
| | El derecho internacional sobre la difamación criminal | 12 |
| | Medidas interinas hacia la despenalización | 14 |
| 6. | DIFAMACIÓN CIVIL | 15 |
| | Elementos claves de una buena ley | 15 |
| | Ámbito | 15 |
| | Entidades públicas | 15 |
| | El Estado, objetos y símbolos | 15 |
| | Funcionarios públicos y los políticos | 16 |
| | Defensas | 16 |
| | Defensa de la verdad | 16 |
| | Defensa de la opinión | 17 |
| | Defensa de ‘publicación razonable’ | 18 |
| | Privilegios absolutos y calificados | 18 |
| | Palabras de otros | 19 |
| | Publicación inocente | 19 |
| | Consentimiento | 19 |
| | Estatuto de limitaciones | 20 |

| | |
|---|----|
| Recursos | 20 |
| Tipo y papel de recursos | 20 |
| Dando prioridad a recursos alternativos | 21 |
| Requerimientos judiciales..... | 21 |

1. ¿QUÉ SON LEYES DE DIFAMACIÓN?

Definiendo el término

- En términos generales, el término “ley de difamación” se usa para referirse a cualquier ley relativa a la protección de la reputación o los sentimientos de los individuos. Todos los países cuentan con leyes de difamación, aunque existe una variedad de términos para describirlas, incluyendo entre ellos el libelo, la calumnia, la difamación, el insulto o injuria y el desacato. La forma y el contenido de estas leyes difiere mucho de un país a otro. En algunos lugares, existe un “código de difamación” especializado, pero en la mayoría de los países se encuentran artículos tratando del tema entre las leyes más generales, tal como los códigos civil o criminal.
- Una **buena** ley de difamación – una que echa las bases de establecer un equilibrio apropiado entre la protección de la reputación de los individuos y la libertad de expresión – se podría definir tal como sigue: una ley de difamación es una ley cuyo propósito es el de *proteger a las personas contra las declaraciones de hechos falsas que causen daño a sus reputaciones*. Esta definición entraña cuatro elementos. Para ser difamatoria, una declaración debe:
 - ser *falsa* (ver la sección sobre la defensa de la verdad, a continuación);
 - ser de una naturaleza *basada en hechos* (ver la sección sobre la defensa de la opinión);
 - causar *daños*; y
 - estos daños deberán ser a la *reputación* de la persona correspondiente, lo cual en su turno quiere decir que la declaración en cuestión deberá haber sido leída, oída o vista por otros (ver la sección sobre “reputaciones contra sentimientos” a continuación).

Muchas leyes de difamación alrededor del mundo no cumplen con esta definición.

Distinguiendo la difamación de otros conceptos

- Muchos países cuentan con otros tipos de leyes que se pueden confundir con, pero que se deberán distinguir de, leyes de difamación, aun si ese término se entiende en términos generales. Éstas incluyen leyes sobre expresiones de odio, blasfemia y privacidad.
- Las leyes sobre expresiones de odio son leyes que prohíben declaraciones que inciten a la discriminación, la hostilidad o la violencia contra un grupo con una identidad compartida, tal como la nacionalidad, la raza o la religión. En algunos casos se usa el término “difamación de grupo” para aludir a tales leyes. Sin embargo, existen dos diferencias importantes con las leyes de difamación: primero, las leyes sobre expresiones de odio tienen la intención de proteger la seguridad y la igualdad social de los grupos vulnerables, antes que su reputación; y segundo, las leyes sobre expresiones de odio protegen a grupos de personas, identificados por ciertas características compartidas, antes que a individuos o personas jurídicas (como los negocios o las organizaciones sin fines de lucro).
- Las leyes sobre blasfemia son aquéllas que prohíben la negación o la mofa de la(s) religión(es). La diferencia con las leyes de difamación es otra vez que las leyes sobre

blasfemia no protegen específicamente a los individuos ni aun la reputación de la religión. Más bien, protegen las sensibilidades de los adherentes a esa religión.

- Las leyes de privacidad son aquéllas que prohíben la intrusión no autorizada en o la publicación de los detalles de la vida privada de un(a) conciudadano(a). A diferencia de las leyes de difamación, las leyes de privacidad pueden ser usadas para prevenir la diseminación de hechos *verdaderos*, como por ejemplo fotos genuinas tomadas clandestinamente en un hogar privado. Además, el efecto que tienen estos hechos sobre la reputación de la persona correspondiente es inmaterial. El factor decisivo es si la parte acusadora ha probado intrusión ilegal en su privacidad. En algunas situaciones, las leyes de privacidad y las de difamación pueden coincidir en parte. Esto podría ser el caso, por ejemplo, si alguien llegara a falsas conclusiones al ver fotos clandestinas, como por ejemplo si es que la persona representada diera la impresión de estar en relaciones con alguien.

2. PROBLEMAS CLAVES CON LAS LEYES DE DIFAMACIÓN

Aunque desde luego las leyes de difamación podrán servir un propósito legítimo – el de la protección de las reputaciones – en la práctica ellas representan frecuentemente restricciones innecesaria e injustificablemente amplias a la libertad de expresión. Los problemas más comunes con las leyes de difamación son que éstas son demasiado amplias en su aplicación, que fallan en la provisión de disposiciones para defensas adecuadas – o sea, “excusas” legalmente reconocidas – y que las sanciones por incumplimiento son excesivas. En algunos casos, leyes que usan la terminología de difamación en realidad sirven propósitos inconexos con la protección de las reputaciones, de esta manera creando confusión entre los ciudadanos y ciudadanas y disuadiéndoles de expresar sus puntos de vista.

Sofocando el debate sobre las instituciones públicas

- Algunas leyes de difamación explícitamente procuran desalentar el debate sobre las instituciones públicas al prohibir críticas en general del Jefe o de la Jefa de Estado, de la bandera o de otros símbolos y entidades públicas, o al imponer sanciones mayores cuando una declaración difamatoria afecta a una de estas entidades. La mera existencia de leyes de este tipo puede fomentar la autocensura entre los medios de comunicación y ciudadanos individuales, aun si se aplican con moderación. En otros casos, funcionarios y otras figuras públicas podrán explotar leyes mal redactadas para silenciar a sus críticos y para prevenir el debate sobre asuntos de legítimo interés público.

Protegiendo los sentimientos en lugar de las reputaciones

- Otro defecto común que permite que una ley de difamación sea abusada es la protección de los sentimientos en lugar de las reputaciones. Se encuentran palabras como “insulto”, “afrenta” y “calumnia” en tales leyes. Dado que los sentimientos no se prestan a la definición sino que son más bien emociones subjetivas, estas leyes podrán ser interpretadas de una manera flexible para convenir las necesidades de las autoridades, incluso para prevenir las críticas. Además, la naturaleza subjetiva de lo que constituye un insulto supone que es muy difícil montar una defensa contra una acusación de este tipo (ver también la sección sobre “reputaciones contra sentimientos”, a continuación).

Protegiendo el orden público en lugar de las reputaciones

- Algunos Estados cuentan con leyes que usan la terminología de la difamación, pero cuyo propósito es en realidad el de proteger el orden público antes que la reputación de otros. Esta confusión entre las leyes de difamación y las del orden público es en parte histórica ya que en el pasado, un insulto podría llevar a disturbios del orden público, tal como un duelo o aun una guerra. El problema con este tipo de ley no es tanto el riesgo de abuso sino su potencial para crear confusión. ‘Las leyes de difamación’ que son en realidad leyes del orden público sufren de varios defectos:
 - Éstas tienden a duplicar otras leyes del orden público, lo que conlleva a incertidumbre sobre qué estándar es aplicable, al mismo tiempo que plantea la posibilidad de la aplicabilidad de diferentes reglas al mismo acto.
 - Su uso de la terminología de la difamación puede llevar a que los jueces las apliquen en contextos fuera del ámbito del orden público. Como resultado, los

jueces podrán aplicar sanciones que son excesivas dentro del contexto de la difamación, aunque sean apropiadas y proporcionadas en un contexto del orden público. La amenaza de la imposición de sanciones excesivas podrá a su vez llevar a que los individuos se censuren de sobremanera.

- La conexión entre la difamación y el orden público podrá llevar a que los jueces hagan responsable a individuos de la reacción desproporcionada de otros, en vez del contenido efectivo de sus propias declaraciones.

Por lo tanto, aunque proteger el orden público puede justificar restricciones a la libertad de expresión, esto se logra mejor a través de leyes que sean específicamente diseñadas para ese propósito antes que a través de leyes de difamación.

- Leyes que usan lenguaje de difamación son a veces dirigidas hacia otras metas, tal como el asegurar relaciones amigables con Estados extranjeros o el proteger la seguridad nacional. Las objeciones contra tal legislación son bastante similares a las contra las leyes “de difamación” del orden público.

Defensas inadecuadas

- Muchas leyes de difamación fallan al no dejar establecer las disposiciones para defensas adecuadas, como si la declaración contenciosa fuera una opinión y no una aseveración de hechos, o que haya sido razonable publicar la declaración. A menudo, las leyes de difamación permiten que los tribunales asuman que hechos que causan daño a la reputación sean falsos, en vez de insistir que esto se pruebe.
- Aun en países con una ley de difamación aparentemente bien redactada, la cual genuinamente procura proteger las reputaciones y que proporciona defensas adecuadas, el costo de defender contra acciones de difamación podrá tener todavía un fuerte impacto sobre la libertad de expresión. La imposición de agobiantes indemnizaciones por daños, especialmente las sanciones penales, podrá desalentar más aun la discusión abierta sobre asuntos de interés público.

3. TIPOS DE LEYES DE DIFAMACIÓN

Difamación hablada y por escrito

- En algunos países, la ley hace una distinción entre la difamación hablada (la calumnia) y la difamación por escrito (el libelo). Dado el mayor alcance de la palabra impresa, el libelo se considera generalmente la ofensa más grave de las dos. Por la misma razón, las declaraciones difamatorias comunicadas a través de tipos modernos de los medios de comunicación masivos, tal como la radio o la televisión, se categorizan usualmente como libelo, aun si consisten en palabras habladas.

Reputaciones contra sentimientos

- Dentro de la amplia gama de legislación a la que se refiere generalmente como ‘leyes de difamación’, se puede hacer una distinción importante entre aquellas leyes cuyo propósito es genuinamente el de proteger la *reputación*, definida como lo mucho o poco en que otros miembros de la sociedad estiman al individuo y aquellas que procuran más bien prevenir perjuicio a los *sentimientos* de alguien, sin reparar en si la posición social de ese individuo haya sido disminuida.
- La diferencia clave es que las leyes que protegen los sentimientos procuran proteger un valor completamente *subjetivo*. No es posible probar por ningún factor externo si o no un individuo haya sido en realidad perjudicado – la única evidencia disponible es la declaración de ese mismo individuo en cuanto a sus propios sentimientos. En contraste, la reputación es un concepto *objetivo*: es posible probar daño a la reputación de alguien por factores externos. Por ejemplo, una compañía podría probar que sus ganancias se precipitaron como resultado de la publicación de una acusación falsa contra ella, o un individuo podría demostrar la pérdida de amigos al producir cartas airadas de ellos.
- Leyes que protegen los sentimientos ponen a la parte acusadora en una posición muy fuerte – todo lo que necesita hacer es persuadir al tribunal que la declaración en cuestión haya causado ofensa y será casi imposible que la parte acusada ofrezca refutación alguna. Inevitablemente, leyes de este tipo son frecuentemente usadas por figuras poderosas para atacar a sus críticos. Para asegurar el debate abierto el cual es imprescindible para que la democracia se lleve a cabo, muchos países han estado alejándose de las leyes que protegen los sentimientos hacia genuinas leyes ‘de reputación’. Esto no quiere decir que ya no es posible que los individuos presenten demandas contra declaraciones injuriosas – sin embargo, para tener éxito las partes acusadoras tendrán que demostrar que la declaración haya reducido la estima en que otras personas las tienen.
- Si o no una ley protege las reputaciones o los sentimientos depende de un análisis del texto y de las implicaciones reales de una determinada ley. En muchos casos una interpretación cuidadosa de los términos de una ley facilitará una respuesta, si bien en otros será necesario estudiar la manera en que se aplique la ley en la práctica. La terminología usada en las leyes domésticas varía mucho en la práctica y puede que no sea siempre claro inmediatamente a qué categoría pertenezca una determinada ley.
- El término ‘honra’ se usa frecuentemente en las leyes domésticas en lugar de, o además de, ‘la reputación’ y ‘la injuria’. ‘Honra’ tiene a menudo un significado ambiguo: puede referirse tanto a los sentimientos internos de orgullo de alguien como a la percepción que

tiene la comunidad de ese individuo. En todos los casos, como fue notado, el carácter verdadero de una ley depende de la manera en que se interprete y aplique en la práctica.

Ejemplo

El Artículo 267 del Código Penal de Dinamarca prohíbe la violación de “la honra personal de otro/a por medio de palabras o conductas ofensivas o por hacer o propagar acusaciones de un acto que bien pudiera denigrar a otro/a en la estima de sus conciudadanos.”

Tomada sola, la segunda mitad de esta disposición sería una genuina ley de difamación que protege las reputaciones, dado que procura proteger la posición social de los individuos dentro de su comunidad. Sin embargo, la primera mitad parece ir más lejos al prohibir actos que dañan los sentimientos subjetivos de otros/a – o sea palabras o conductas *ofensivas*.

Difamación civil contra difamación criminal

- En muchos países, la difamación es igualmente una maldad civil y un delito penal. La distinción entre las leyes de difamación civil y criminal refleja la división más amplia entre la ley civil y criminal que existe en todos los sistemas legales avanzados.
- La ley criminal trata por lo general con actos que se considera que dañan el interés público general, tal como los atentados o el robo. Aunque tales actos podrán llevarse a cabo entre dos individuos, se cree que representan un riesgo a todos los miembros de la sociedad, ya que todos corren el riesgo de ser atacados o robados si no se sancionaran tales actos. Las autoridades normalmente procesan el caso de parte del público, usando fondos públicos. Si el/la sospechoso/a es declarado/a culpable, se le podrá exigir que haga reparaciones a la comunidad al pagar una multa al Estado, que sea sancionado/a con una condena o que se le imponga alguna otra sanción.
- Por otro lado, la ley civil se ocupa de disputas privadas entre individuos u organizaciones. Ésta cubre tales asuntos como los contratos, la posesión de bienes, las relaciones laborales y las disputas familiares, todos los cuales se consideran como asuntos que interesan sólo a los individuos implicados. Aquéllos implicados en una disputa de la ley civil podrán presentar una demanda, pero tendrán que hacerlo a costa propia. El propósito de la ley civil no es el de castigar de parte de la sociedad, sino el de restaurar a la parte injuriada a su situación legítima. Los tribunales civiles pueden adjudicar indemnizaciones, pero no pueden imponer multas ni condenas.
- La ley civil y la ley criminal no son categorías mutuamente exclusivas; algo que se prohíbe bajo la ley criminal también puede ser ilegal bajo la ley civil, y vice versa. Un atentado es normalmente una ofensa criminal pero muchos sistemas legales permiten demandas para recobrar pérdidas privadas resultantes de un atentado, tal como los gastos médicos o la pérdida de trabajo.
- Las leyes de difamación criminal se consideran cada vez más una limitación injustificable sobre la libertad de expresión (ver la Sección 5 a continuación) y, como resultado, hoy en día se aplican raramente o no se aplican nunca en la mayoría de las democracias. En años recientes, algunos países han decidido formalmente derogar sus estatutos de difamación criminal.

4. DIFAMACION Y LOS DERECHOS HUMANOS

Un conflicto entre dos derechos

- Las leyes de difamación son por definición una limitación a un derecho humano protegido por el derecho internacional – el derecho a la libertad de expresión – a favor de otro interés importante, la protección de la reputación. No existe una jerarquía automática entre los dos pero el establecimiento del equilibrio deberá llevarse a cabo de acuerdo con un conjunto de reglas claramente definidas, elaboradas a continuación.

Los derechos humanos: principios generales

- Los derechos humanos son aquellos derechos considerados tan inherentes a la igualdad en dignidad de todo ser humano que todo individuo, en todos los países del mundo, puede reclamarlos contra el Estado en cuyo territorio él o ella se encuentre. Históricamente, los derechos humanos se podían invocar solamente contra los Estados y no contra las compañías, las organizaciones o los individuos privados. Sin embargo, hay tendencia hacia el reconocimiento de la importancia de otros actores sociales poderosos y, en algunos casos, los Estados pueden estar bajo la obligación de asegurar que el disfrute de los derechos no se impida por actores privados; de esta manera, los derechos humanos ofrecen protección indirecta contra los actores que no pertenecen al Estado.
- La declaración más importante sobre los varios derechos humanos reconocidos internacionalmente se puede encontrar en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (DUDH). La DUDH no es un tratado vinculante, sino una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada sin voto contrario en 1948. Se han aprobado varios tratados de derechos humanos formalmente vinculantes, los cuales amplían la DUDH. El más importante por lo que toca a este documento es el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), un tratado de las Naciones Unidas que ha sido ratificado por una gran mayoría de los Estados del mundo (160 hasta el 1º de noviembre de 2006).

El derecho a la libertad de expresión

- La DUDH entraña la definición principal del derecho a la libertad de expresión, en el Artículo 19:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el 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.

- El PIDCP define la libertad de expresión en términos muy similares, en el Artículo 19(2):

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

- La definición internacional de la libertad de expresión entraña cinco elementos principales:
 - Pertenece a *todos* sin distinción por motivos como el género, la raza, la nacionalidad o la religión. Pertenece a niños, a extranjeros, a minorías y aun a presos.
 - Incluye el derecho de *buscar, recibir y difundir* informaciones e ideas. En otras palabras, cubre no sólo el derecho de hablar sino también el derecho de acceder a las declaraciones de otros/as y de acceder a información en posesión de entidades públicas.
 - El derecho se extiende a *informaciones e ideas de toda índole*. Cualquier hecho u opinión que se pueda transmitir está protegido en principio por el derecho, incluso las declaraciones que escandalizan o que ofenden, o las que se consideran falsas, de apariencia engañosa o sin importancia. Muchas ideas que hoy en día son ampliamente aceptadas se consideraban heréticas en algunos tiempos. La libertad de expresión carecería de sentido si es que solamente protegiera declaraciones que son generalmente aceptadas.
 - La libertad de expresión se garantiza *sin limitación de fronteras*. Los individuos tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones a y de otros países.
 - El derecho a la libertad de expresión se puede ejercer *por cualquier medio de expresión*. Los individuos tienen derecho a usar cualquier manera para comunicar su mensaje, sea moderna o tradicional, incluso los periódicos, las revistas, los folletos, la radio, la televisión, el Internet, el arte y las reuniones públicas.

- Los tribunales internacionales y otros cuerpos autoritativos han dejado bien sentado que la libertad de expresión es un derecho positivo; en otras palabras, los gobiernos no sólo deberán abstenerse de la injerencia injustificada en el derecho sino que también deberán implementar medidas para fortalecer la capacidad de los ciudadanos y ciudadanas de ejercer el derecho.

El derecho a una reputación

- El derecho a una reputación está garantizado por el Artículo 12 de la DUDH (junto con varios derechos relacionados):

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.

- La disposición correspondiente en el PIDCP es el Artículo 17, el cual es prácticamente idéntico salvo que prohíbe sólo los “ataques *ilegales*” (énfasis del autor) a la honra y a la reputación. Esta calificación fue añadida como protección adicional para la libertad de

expresión y para dejar a los Estados un poco de libertad para decidir qué tipos de ataques quieran declarar como ilegales.

- El uso de la palabra ‘ataques’ deja bien sentado que sólo se cubren las injerencias *intencionadas* y *graves* a la honra y la reputación. Durante las negociaciones conduciendo a la aprobación del PIDCP, algunos Estados subrayaron que los comentarios justos o las declaraciones verídicas nunca podrán considerarse ‘ataques’.
- El significado de la distinción entre ‘honra’ y ‘reputación’ en la DUDH y el PIDCP no está completamente claro. Durante las negociaciones de la DUDH, algunas delegaciones se opusieron a la palabra ‘honra’ porque la consideraban muy imprecisa. La misma objeción surgió durante la redacción del PIDCP. Una razón por la que se mantuvo ‘honra’ en el texto final es que algunas delegaciones consideraban ‘reputación’ y ‘honra’ como dos aspectos distintos de la posición social de un individuo en la sociedad. Según este punto de vista, ‘reputación’ está relacionada con la posición social o profesional, en cuanto ‘honra’ está relacionada con la posición moral. Acusar falsamente a alguien de, por ejemplo, la incompetencia, sería un ataque a la reputación, en cuanto una acusación de robo sería un ataque a la honra. Parece por consiguiente que en estos textos la palabra ‘honra’ no se usa como sinónimo de los sentimientos subjetivos sino más bien como un aspecto de la estima objetiva en que la sociedad tiene a la persona. Sin embargo, en este ABC, la palabra ‘reputación’ abarca ambos conceptos; denota la posición de un individuo en la sociedad, sea moral, social o profesional.
- El derecho a una reputación es claramente aplicable contra el Estado: las entidades públicas tienen el deber de abstenerse de ataques ilegales a la reputación de los ciudadanos y ciudadanas. Además, el Artículo 12 de la DUDH y el Artículo 17 del PIDCP requieren que los Estados aseguren que las reputaciones disfruten de “la protección de la ley”. Por lo tanto está claro que cada país deberá contar con una legislación que permita a los ciudadanos y ciudadanas a que presenten una demanda cuando los órganos o los funcionarios del Estado deslustren su reputación. Está menos claro si o no el derecho a una reputación también tiene un aspecto positivo por el que se requiere a los Estados que aprueben leyes que protejan las reputaciones contra ataques por *personas privadas*. Sin embargo, en la práctica todos los Estados sí cuentan con semejantes leyes en sus registros.

Balanceando los dos derechos: la prueba tripartita

- ¿Hasta qué punto se podrá restringir la libertad de expresión para proteger las reputaciones? El PIDCP prescribe claros parámetros dentro de los cuales deberán caber todas las limitaciones a la libertad de expresión:

El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

El Artículo 19(3) estipula una prueba tripartita: primero, cualquier restricción al derecho a la libertad de expresión deberá estar conforme con una ley o reglamento; segundo, la

restricción legalmente sancionada deberá proteger o promover un propósito considerado legítimo bajo el derecho internacional; y tercero, la restricción deberá ser *necesaria* para la protección o promoción del propósito legítimo. Se deberá cumplir con las tres condiciones para que una restricción a la libertad de expresión sea legítima.

- Las ‘restricciones’ a la libertad de expresión consisten en cualquier tipo de formalidad, condición, restricción o sanción impuestas por una entidad pública en el ejercicio del derecho, sin reparar en su severidad. Por ejemplo, una ley que requiere a los individuos declarados responsables por la difamación a que publiquen una rectificación es una restricción a la libertad de expresión y es legítima sólo si es que cumple con la prueba tripartita.
- La primera parte de la prueba quiere decir que una restricción a la libertad de expresión no puede ser simplemente el resultado del capricho de un funcionario público sino que deberá ser basada sobre una ley o reglamento preexistente. Sin embargo, la condición va más lejos: legislación que restringe la libertad de expresión también deberá ser *clara y accesible*, para permitir a los ciudadanos y ciudadanas a que prevean razonablemente las consecuencias de sus acciones. Esto quiere decir que todos los aspectos de las leyes de difamación deberán ser bien definidos, incluso el nivel de indemnizaciones que podrán ser adjudicadas.

Existen varias razones fundamentales por esto. En primer lugar, es cuestión de justicia que no se deba restringir los derechos de los ciudadanos y ciudadanas sin avisarles adecuadamente y con anticipación de lo que está prohibido. Además, leyes que son imprecisas permiten demasiadas posibilidades de interpretación, lo que puede resultar en abusos. De la misma manera, leyes imprecisas tienen lo que se llama con frecuencia un ‘efecto enfriador’: ya que permiten incertidumbre sobre lo que sí y no está permitido, fomentan la autocensura y podrán prevenir la discusión sobre asuntos legítimos e importantes.

- El segundo requisito para las restricciones a la libertad de expresión es que deberán servir un propósito legítimo. Este requisito no está sin límites fijos; la lista de propósitos legítimos prevista en el Artículo 19(3) del PIDCP es exclusiva y los gobiernos no podrán agregar a ella. La lista incluye ‘el respeto a los derechos y las reputaciones de otros/as’, lo cual provee una base legal clara para *genuinas* leyes de difamación. La lista *no* incluye los sentimientos ni la autoestima de otros individuos; leyes que protegen los sentimientos fallan por lo tanto en esta parte de la prueba.
- La parte final de la prueba afirma que una restricción a la libertad de expresión deberá ser verdaderamente *necesaria* para lograr su propósito. Esto puede parecer patente: si una restricción a un derecho no es necesaria, ¿por qué imponerla? Sin embargo, en una gran mayoría de los casos en los que los tribunales internacionales han encontrado un incumplimiento del derecho a la libertad de expresión, ha sido porque la restricción impugnada no se consideraba ser necesaria. El requisito de ‘necesidad’ impone controles de calidad estrictos en las leyes que restringen la libertad de expresión:
 - Primero, una restricción a la libertad de expresión deberá ser en respuesta a una *necesidad social apremiante* y no sólo una cuestión de conveniencia.
 - Segundo, se deberá utilizar la medida menos intrusa que lograra la necesidad social apremiante ya que una medida más intrusa no sería necesaria si una opción

menos intrusa fuera disponible. Por ejemplo, el cierre de un periódico por difamación es excesivo; otros remedios, tal como una retracción o una modesta indemnización por daños, facilitan protección adecuada para la reputación.

- Tercero, la medida deberá perjudicar el derecho lo menos posible y, en particular, deberá afectar solamente lo hablado que fuera específicamente perjudicial. Por ejemplo, una ley que prohibiera todos los ataques a la reputación no satisfaría esta prueba, ya que entre otras cosas prohibiría declaraciones críticas pero verídicas en cuanto a los hechos.
- Cuarto, el impacto de las restricciones deberá ser proporcionado, lo que quiere decir que el perjuicio de una medida a la libertad de expresión no deberá pesar más que los beneficios al interés que pretende servir. Una restricción que provee protección limitada a la reputación de una persona pero que mina seriamente la libertad de expresión no satisfaría este estándar.
- Finalmente, al aplicar esta prueba, los tribunales y otros deberán tomar en cuenta todas las circunstancias en el momento de aplicarse la restricción.

5. DIFAMACIÓN CRIMINAL

Los riesgos de la difamación criminal

- Aunque muchos países todavía prohíben la difamación como un delito penal, hay una creciente tendencia a ver la difamación criminal como una restricción injustificable a la libertad de expresión y a suprimirla a favor de la difamación civil. Países como Bosnia y Herzegovina (2002), Georgia (2004), Ghana (2001), Sri Lanka (2002) y Ucrania (2001) ya han despenalizado la difamación y varios otros países están considerando la adopción de esta medida. Más países aun han limitado el impacto de las leyes de difamación criminal, por ejemplo al acabar con la posibilidad de encarcelamiento.
- Una de las principales preocupaciones con la difamación criminal es el fuerte efecto enfriador que ejerce sobre la libertad de expresión. Las leyes de difamación criminal pueden resultar en la imposición de sanciones severas, tal como una condena, una multa grande o, en el caso de periodistas, la suspensión del derecho de ejercer su profesión. Aun si las sanciones máximas son bajas, la difamación criminal puede proyectar todavía una larga sombra: los individuos procesados bajo ella enfrentan la posibilidad de ser arrestados por la policía, sometidos a una detención previa al juicio y sujetos a un proceso penal. Aun si el tribunal impone sólo una multa menor, ellos pueden tener que cargar con antecedentes penales y enfrentar el estigma social asociado con esto. Un problema común en muchos países es la adjudicación de penas de libertad condicional: el individuo sale libre pero sin embargo se le ha efectivamente ‘callado’ pues cualquier condena adicional resultará en detención inmediata.
- El efecto enfriador de las leyes de difamación criminal está significativamente exacerbada debido al hecho que en muchos países, son los actores sociales poderosos – tales como los oficiales del gobierno, altos funcionarios u hombres de negocios prominentes – que presentan la gran mayoría de demandas. Estos individuos procuran abusar tales leyes para protegerse de las críticas o de la divulgación de hechos verídicos pero vergonzosos.
- Otra objeción clave a las leyes de difamación criminal es que el propósito de proteger las reputaciones de los individuos se puede lograr efectivamente a través del derecho civil. Esto se confirma por la experiencia de países que han derogado o que ya no usan sus leyes de difamación criminal. Esto plantea serias dudas sobre si las leyes de difamación criminal, que son por su naturaleza un instrumento de mano dura, se pueden justificar dado que, tal como se nota arriba, siempre se deberá preferir la restricción efectiva que sea la menos intrusa.
- Las leyes de difamación criminal también son criticadas por otros motivos. Se puede sostener que la difamación es un asunto privado entre dos individuos, con el cual el Estado no se deberá ocupar. Además, una condena penal usualmente no proveerá a la persona difamada con indemnización alguna, dado que en la mayoría de sistemas legales las multas van directamente al bolsillo del Estado.

El derecho Internacional sobre la difamación criminal

- Organismos internacionales como la ONU han reconocido la amenaza presentada por las leyes de difamación criminal y han recomendado que sean derogadas.

- La Comisión de Derechos Humanos de la ONU ha expresado repetidamente su preocupación sobre las leyes de difamación criminal y ha hecho un llamamiento a los Estados a que “aseguren que la difamación ya no sea castigado con encarcelamiento” (Observaciones Finales sobre Italia, 24 de abril de 2006, párr. 19). La Comisión ha aprobado la derogación de las leyes de difamación criminal en donde esto haya ocurrido.
- El Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión ha afirmado en su informe anual de 1999 que “las sanciones por la difamación no deberán ser tan grandes como para ejercer un efecto enfriador sobre la libertad de opinión y expresión y el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones; sanciones penales, especialmente la detención, nunca deberán aplicarse.” En sus informes de los dos años siguientes, el Relator Especial fue más lejos todavía, llamando a todos los Estados a que revocaran todas las leyes de difamación criminal a favor de leyes de difamación civil.
- El Relator Especial de la ONU también debatió la pregunta junto con sus homólogos en la OSCE y la OEA. En Declaraciones Conjuntas promulgadas en noviembre de 1999, noviembre de 2000 y diciembre de 2002, estos tres mandatos especiales sobre la libertad de expresión hicieron un llamamiento a los Estados a que revocaran sus leyes de difamación criminal. La declaración de 2002 afirmó: “La difamación criminal no es una restricción justificable a la libertad de expresión; se deberán derogar todas las leyes de difamación criminal y remplazarlas donde sea necesario con leyes apropiadas de difamación civil.”
- La Declaración de Sana'a de 1996 auspiciada por UNESCO (la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) afirma: “Disputas en las que están comprometidos los medios de comunicación y/o los y las profesionales de éstos en el ejercicio de su profesión...deberán ser procesadas bajo códigos y procedimientos civiles y no criminales.”
- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en muchas oportunidades que “la posición dominante que ocupa el Gobierno hace necesario que éste demuestre moderación al recurrir a procesos penales” en casos de difamación. No ha descartado por completo la difamación criminal, sino que ha afirmado frecuentemente que tales medidas deberán ser adoptadas sólo donde los Estados actúan “en su capacidad como garantes del orden público” y donde se espera que “ellos reaccionen apropiadamente y sin exceso a las acusaciones difamatorias carentes de base o formuladas en mala fe.”
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha encontrado un incumplimiento del derecho a la libertad de expresión en dos casos importantes que tienen que ver con la difamación criminal siendo aplicado a declaraciones sobre asuntos de interés público, en gran parte descartándola en tales casos.
- El Secretario General del Consejo de Europa ha llamado a todos los Estados Miembros a que “deroguen disposiciones criminales” en el área de la difamación (Declaración del 3 de mayo de 2006, Día Mundial de la Libertad de Prensa).

Medidas interinas hacia la despenalización

- Aunque existe una tendencia creciente hacia la derogación completa de las leyes de difamación criminal, hay todavía mucha oposición a esto en muchos países. Donde la derogación completa de tales leyes no es práctica ni políticamente factible, varias medidas interinas se podrán tomar para limitar el impacto negativo de la difamación criminal. Éstas incluyen las siguientes:
 - Suprimir sanciones excesivas, tal como las condenas, penas de libertad condicional, multas grandes y la suspensión del derecho de practicar el periodismo o cualquier otra profesión.
 - Prohibir a los funcionarios públicos, a las entidades públicas o instituciones como la bandera o el Estado a que inicien demandas de difamación criminal.
 - Donde sean posibles los procesos criminales por personas privadas, descartar la posibilidad de la participación de autoridades públicas, incluso la policía y los fiscales, en el inicio o procesamiento de casos de difamación criminal.
 - Asegurar que no se le podrá condenar a nadie por difamación a no ser que la parte acusadora pruebe, más allá de toda duda razonable que:
 1. la declaración en cuestión era falsa;
 2. la persona que hizo la declaración sabía que era falsa o demostró despreocupación imprudente por su veracidad; y
 3. la declaración se hizo con la intención de causar daño a la parte acusadora.

6. DIFAMACIÓN CIVIL

Elementos claves de una buena ley

- Dado que no involucran la maquinaria de justicia penal del Estado, las leyes de difamación civil pueden dejar menores impresiones sobre la libertad de expresión que sus equivalentes criminales. Para que esto suceda, la ley se deberá formular de tal manera que:
 - la proteja contra el abuso al definirse el ámbito de la ley tan limitadamente como sea posible, incluso en cuanto a quiénes tengan el derecho de demandar;
 - asegure que aquellos individuos que sean demandados por difamación puedan preparar una defensa apropiada; y
 - adopte disposiciones para un régimen de remedios que permita respuestas proporcionadas a las declaraciones difamatorias.

Ámbito

Entidades públicas

- Algunas democracias establecidas no permiten a las entidades públicas (tales como los ministerios, los organismos del gobierno o las municipalidades) a que demanden por difamación bajo ninguna circunstancia, tanto a causa de la importancia del debate abierto sobre el operar de tales organismos como porque no se considera que éstos cuenten con una ‘reputación’ que merezca la protección. Como entidades abstractas sin motivos de lucro, las entidades públicas carecen de intereses emocionales o económicos en prevenir daños a su buena reputación. Además, el iniciar demandas de difamación por estas entidades se considera un uso indebido de los fondos públicos, especialmente considerando las sobradas medidas legales disponibles a ellas para responder a las críticas, por ejemplo a través de una contradefensa pública.
- Se deberá aplicar una prohibición a las demandas por difamación a todas las entidades públicas, pertenezcan éstas a las ramas legislativas, ejecutivas o judiciales del gobierno, y estén a nivel nacional, regional o local. Algunos países han extendido la prohibición aun a las corporaciones del Estado y a los partidos políticos.

El Estado, objetos y símbolos

- Las leyes de difamación que procuran proteger la ‘reputación’ del Estado o de objetos, tal como los símbolos religiosos o del Estado, las banderas e insignia nacionales, son una restricción especialmente problemática a la libertad de expresión. Como las entidades públicas, estas entidades abstractas no tienen intereses económicos o emocionales para defender; es cuestionable aun si tienen una ‘reputación’ de cualquier tipo que pueda ser minada por una acusación de hechos falsa. Las más veces, el propósito de las leyes de difamación que protegen estos intereses abstractos es el de prevenir la expresión de opiniones poco populares, las que, como se menciona arriba, están protegidas por el derecho a la libertad de expresión.

Funcionarios públicos y los políticos

- En muchos países, las leyes de difamación proporcionan una mayor protección para ciertos funcionarios públicos (los que frecuentemente incluyen al Jefe o a la Jefa de Estado) que para los ciudadanos y ciudadanas comunes. A veces, el nivel de la crítica permitida contra tales individuos es más bajo, en otros casos las sanciones máximas son más altas o los funcionarios públicos disfrutan de ayuda especial del Estado al presentar demandas de difamación. Sin embargo, los tribunales internacionales de derechos humanos han afirmado consistentemente que los funcionarios públicos deberán tolerar *más*, no menos, crítica que los ciudadanos y ciudadanas comunes. Al optar por una profesión que involucra tener responsabilidades para con el público, los funcionarios se prestan a sabiendas al escrutinio de sus palabras y acciones por los medios de comunicación y por el público en general. Además, el debate vigoroso sobre el operar de los funcionarios públicos y del gobierno es un aspecto importante de la democracia. Para asegurar que este debate pueda llevarse a cabo sin restricciones, totalmente libre de la amenaza de demandas legales, se deberá circunscribir en cuanto sea posible el uso de las leyes de difamación por los funcionarios públicos.
- Al mismo tiempo, funcionarios públicos de baja categoría no se han expuesto intencionalmente al escrutinio público hasta el mismo punto que sus colegas de categorías superiores. En general, cuanto más alto sea el funcionario público, más crítica se deberá esperar que tolere, incluso de su comportamiento fuera de la esfera de los deberes oficiales. Los políticos se encuentran a la cabeza de la escala dada la importancia del debate sobre los candidatos y candidatas para elecciones.

Defensas

Una defensa es un argumento legalmente reconocido el cual, de ser exitoso, supone que la parte acusada no es responsable de un acto el cual, a falta de defensa, sería ilegal. Por ejemplo, la mayoría de los sistemas legales reconocen una defensa de ‘consentimiento’ – la parte acusada no será considerada ser responsable por un acto con el cual la parte acusadora haya convenido. Por ejemplo, si A pide prestado el coche de B, y luego B le demanda a A por el robo del coche, A podrá recurrir a la defensa del consentimiento – B convino en prestar su coche.

Un fuerte sistema de defensas a las cuales se podrá recurrir contra una demanda de difamación es esencial para que las leyes de difamación no restrinjan excesivamente el libre flujo de informaciones e ideas. Las ocho defensas citadas a continuación – sacadas de una comparación de las leyes de varios países y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales – son de especial importancia.

Defensa de la verdad

- Una defensa de la verdad es central a la mayoría de los regímenes de leyes de difamación. En muchos países, se reconoce que nunca se deberá declarar responsables por difamación a los individuos a no ser que se demuestre que éstos hayan hecho una aseveración de hechos falsa. En otras palabras, la verdad es una defensa completa contra una alegación de difamación.

- La razón fundamental por la defensa de la verdad es que la ley de difamación debería servir para proteger a los individuos contra ataques *injustificados* contra su reputación, en lugar de protegerlos sin reparar en si sí o no se mereciera su buena reputación. Puede que los individuos no quieran ver publicadas declaraciones verídicas pero poco gratas sobre ellos, pero no deberán poder demandar por daños y perjuicios a causa de esto. Al mismo tiempo, un individuo confrontado con revelaciones verídicas sobre su vida privada todavía podrá tener una demanda por separado por la invasión de privacidad (ver la discusión arriba sobre las leyes de privacidad).
- Una cuestión importante es la de quién deberá cargar con el peso de la prueba en cuanto a la falsedad o la veracidad de una declaración. La aseveración que una declaración es falsa es central a una demanda por difamación y, como resultado, es lo más justo y por cierto lo menos perjudicial a la libertad de expresión, que la parte acusadora cargue con el peso de probar esto. Además, la parte acusadora, habiendo entablado la demanda, frecuentemente tiene el mejor acceso a la evidencia necesaria para probar falsedad. Finalmente, el riesgo de ser enjuiciado y de tener que probar la veracidad de cada declaración que se publique disuadiría a los o las periodistas de escribir sobre temas controversiales.
- Como mínimo, el peso de la prueba deberá caer sobre la parte acusadora en casos que involucran asuntos de interés público, tal como la discusión de las actividades de los y las políticos y de los y las oficiales públicos. Aunque en algunos casos esto puede hacer que sea difícil que esos individuos siguieran aun una demanda por difamación bien fundada, el apuro impuesto sobre las partes acusadoras (usualmente figuras públicas) es justificado por la importancia de defender el debate sobre asuntos de interés público. Requerir a la parte acusada a que pruebe la veracidad de sus aseveraciones fomenta la autocensura, ya que los individuos se abstendrán de hacer declaraciones no porque sean falsas o consideradas como falsas, sino por el miedo de que no se puedan probar como verídicas en un tribunal o por el alto costo de defender una demanda por difamación.
- Independiente del peso de la prueba es el *estándar* de la prueba que se deberá satisfacer. En algunos países, se requiere a las figuras públicas y a otras partes acusadoras en casos que afectan el interés público que satisfagan un estándar de prueba más alto que en un caso cualquiera. El estándar de prueba normal en un caso civil es una ‘preponderancia de evidencias’: la parte que presente el caso más convincente, aunque sea por un margen pequeño, ganará. En algunos países, se les requiere a las partes acusadoras en casos de interés público que prueben falsedad con ‘evidencia clara y convincente’. Esto requiere pruebas hasta el punto en que al tribunal le quede muy poca duda que la declaración haya sido en realidad falsa.

Defensa de la opinión

- Bajo el derecho internacional, a las declaraciones de opinión se les ha sido concedida protección muy significativa y, en algunos países, no se le puede declarar responsable a nadie bajo las leyes de difamación por una opinión. Esto es porque las declaraciones de opinión, que no entrañan alegatos basados en datos, no pueden ser probadas como verídicas o falsas; la ley no deberá decidir qué opiniones sean correctas y cuáles no lo sean, sino que deberá permitir a los ciudadanos y ciudadanas a que decidan por sí mismos. Existe desde luego el riesgo que algunas personas usarán la inmunidad que la ley les facilita para expresar opiniones que muchas personas considerarían insultantes. Sin embargo, este riesgo es minúsculo en comparación con el peligro de permitir a las autoridades que determinen qué opiniones sean aceptables y cuáles no lo sean.

- Determinar si una declaración es una de hechos o de opinión puede ser a veces difícil. Si el peso de probar que la afirmación sea falsa cayera sobre la parte acusadora, él o ella tendrá que identificar algún elemento basado en hechos en la declaración para refutar, aunque desde luego esto todavía podrá ser defendido. Una aseveración de que alguien sea ‘bueno/a’ o ‘malo/a’ es obviamente una opinión, ¿pero qué de un comentario de que alguien sea ‘estafador/a’? A veces, una declaración puede contener elementos que, tomados literalmente, son de una naturaleza basada en hechos pero que claramente tienen la finalidad de ser entendidos como opinión. Esto es frecuentemente el caso con figuras retóricas tal como las bromas, los tropos o las exageraciones. Los tribunales deberán estudiar el contexto de las declaraciones para determinar si se deberán interpretar razonablemente como un alegato basado en hechos o como una opinión.

Defensa de ‘publicación razonable’

- Aun si una declaración de hechos sobre un asunto de preocupación pública haya sido probada ser falsa, las partes acusadas en un pleito por difamación deberían beneficiarse de una defensa de ‘publicación razonable’ (la cual en algunos países se conoce como una defensa de ‘debida diligencia’ o ‘buena fe’). Como su nombre sugiere, esta defensa es aplicable si fuera razonable en todas las circunstancias que la parte acusada haya difundido los materiales en litigio de la manera y la forma en que él o ella lo haya hecho.
- El propósito principal de la defensa de publicación razonable es el de asegurar que los medios de comunicación puedan cumplir con su función de informar efectivamente al público. Cuando una noticia importante está desarrollándose, los o las periodistas no siempre pueden esperar hasta que estén completamente seguros/as que todos los hechos sean exactos antes de publicar o emitir la noticia. Aun los mejores periodistas cometen errores sin querer; el dejarlos vulnerables al castigo por cualquier aseveración falsa haría su trabajo muy riesgoso y por lo tanto los disuadiría de proporcionar informaciones oportunas al público. La defensa de publicación razonable protege a aquellos que hayan actuado razonablemente al balancear la necesidad de proporcionar información contra la necesidad de evitar daños a las reputaciones, si bien se les permite a las partes acusadoras a que presenten demandas contra aquellos que no lo hayan hecho.
- Si bien es más probable que sean los medios de comunicación que recurren a la defensa de publicación razonable, ésta deberá ser disponible a todos. Pueden surgir situaciones en las que los no periodistas, por ejemplo investigadores académicos o activistas de la sociedad civil, publiquen sin querer hechos falsos bajo circunstancias en las que era razonable que se actuara de esa manera.

Privilegios absolutos y calificados

- Se presentan ciertas ocasiones en las que la capacidad de hablar abiertamente, sin el miedo de consecuencias legales, es tan esencial que las declaraciones hechas en ellas nunca deberán llevar a la responsabilidad por difamación. Tal ‘privilegio absoluto’ deberá ser aplicable, por ejemplo, a las declaraciones hechas durante un proceso legal, declaraciones hechas por o ante organismos elegidos, tal como el Parlamento o una autoridad local, e informes imparciales de tales declaraciones. Ciertos otros tipos de declaraciones deberán disfrutar de un ‘privilegio calificado’; o sea, deberán ser exentos de responsabilidad a no ser que se pruebe que hayan sido hechas de mala voluntad o con rencor. Esta última categoría deberá incluir declaraciones que al o a la que habla le corresponde hacer por su deber legal, moral o social, tal como el reportar un presunto delito a la policía. El factor

decisivo deberá ser si el interés público en la divulgación de declaraciones de ese tipo pesa más que el daño que éstas puedan causar a reputaciones privadas.

Palabras de otros

- No se les deberá hacer responsables a los individuos por relatar o reproducir las declaraciones difamatorias de otros cuando se cumple con las tres siguientes condiciones: primero, las declaraciones hayan sido parte de una discusión sobre un asunto de interés público; segundo, el individuo se haya abstenido de aprobar las declaraciones; y tercero, esté claro que las declaraciones hayan sido hechas por otra persona.
- La defensa de ‘palabras de otros’ reconoce que los medios de comunicación tienen el deber de informar sobre las noticias y que esto podrá incluir el relatar sobre comentarios que minan la reputación de otros. Además, no se les requiere a los o las periodistas específicamente que se distancien de las declaraciones, ni que verifiquen la veracidad de cada comentario. Esto haría muy difícil el trabajo de los medios de comunicación y por lo tanto estorbaría el libre flujo de informaciones al público.

Publicación inocente

- Muchos países reconocen una defensa de ‘publicación inocente’, la cual es aplicable cuando alguien publica o contribuye a la diseminación de una declaración difamatoria sin saberlo y sin haber sido descuidado ni responsable de ninguna manera por la declaración. Tradicionalmente han contado con la defensa de publicación inocente aquellos individuos que participan en la producción o diseminación de una publicación pero que no tienen control alguno sobre su contenido, tales como los jóvenes que reparten los periódicos o las compañías de diseño gráfico. La defensa también tiene aplicaciones modernas. Por ejemplo, los proveedores de servicio Internet (los ISP por sus siglas en inglés) facilitan la diseminación de informaciones a través del Internet por sus suscriptores, pero les incumbe a los tribunales y no a los ISP determinar si o no el material es difamatorio. Si los ISP fueran responsables por la información, ellos tendrían que comprometerse a la censura basada sobre su propia opinión del material, lo cual es claramente insatisfactorio. Por lo tanto, ellos también podrán recurrir a la defensa.

Consentimiento

- Como se nota arriba, el consentimiento es una defensa común contra cualquier demanda por daños o agravios. La defensa de consentimiento reconoce que las partes acusadoras no deberán poder quejarse en el tribunal por actos a los que ellos hayan consentido, incluso las declaraciones difamatorias. La defensa de consentimientos sería aplicable, por ejemplo, en casos en los que un individuo proporcionara información falsa sobre sí mismo o misma a un periódico, la misma que fuera publicada más tarde por éste.

Estatuto de limitaciones

- La mayoría de los sistemas legales reconocen una fecha límite después de la cual una parte acusadora ya no podrá demandar por agravios, incluso por difamación. Existen varias razones por tales ‘estatutos de limitación’, principalmente la que después de un cierto lapso de tiempo, evidencia puede haber sido perdida y las memorias de los testigos se habrán desvanecido, y que los individuos deberán poder seguir con sus vidas y no tener que vivir para siempre bajo la sombra de una posible demanda.

- Estas consideraciones son especialmente agudas en el caso de las leyes de difamación, dado que representa una restricción a la libertad de expresión, y el estatuto de limitaciones en este caso deberá ser corto, generalmente no más de un año. Un límite de tiempo más largo podrá servir para enfriar la libertad de expresión, tanto porque dificulta la presentación de una defensa, como porque el vivir en incertidumbre sobre las consecuencias de ciertas declaraciones desalienta la discusión crítica adicional. Si ha pasado el periodo prescrito por el estatuto de limitaciones, la parte acusada deberá poder presentar esto como una defensa completa a la demanda por difamación.

Recursos

Un ‘recurso’ es una forma de reparación que puede ser adjudicada por un tribunal para desagraviar el daño causado. Ejemplos de recursos comunes entre distintos sistemas legales incluyen el mandato judicial de pagar indemnizaciones, de cesar el conducto ilegal o de proporcionar una rectificación o derecho de réplica.

Tipo y papel de recursos

- La discusión arriba demuestra que la difamación criminal se considera cada vez más como una restricción ilegítima a la libertad de expresión bajo el derecho internacional. Una razón principal por esto es que las sanciones asociadas con la difamación criminal – encarcelamiento, multas grandes, el quitar a los individuos el derecho de practicar el periodismo – son desproporcionadas e innecesarias. En cambio, se deberá proveer reparación por difamación a través de recursos del derecho civil.
- A diferencia de la ley criminal, cuyos propósitos incluyen sanciones por comportamiento inaceptable, el propósito de la ley civil es el de promover relaciones armoniosas entre individuos en la sociedad y de asegurar que daños hechos por una persona a otra se desagravien. Por lo tanto, cuando la ley civil establece las disposiciones para recursos por declaraciones difamatorias, el propósito de tales recursos debería ser el de desagraviar el daño hecho a la reputación de la parte acusadora y no el de sancionar a la(s) parte(s) acusada(s).
- Bajo el derecho internacional, se deberá justificar como ‘necesarias’ las sanciones por declaraciones difamatorias, las que son también un tipo de restricción a la libertad de expresión. Esto da a entender que deberán ser proporcionadas en el sentido que el daño al derecho no pese más que los beneficios en términos de protección de la reputación. En efecto, las autoridades tienen la obligación de establecer un régimen de recursos por declaraciones difamatorias el cual, si bien desagravia el daño a la reputación, no ejerce un efecto excesivamente enfriador sobre la libertad de expresión.

Dando prioridad a recursos alternativos

- Tradicionalmente, el recurso más común en un caso de difamación ha sido recompensas o indemnizaciones a ser pagados por la parte acusada a la parte acusadora. Sin embargo, en varios países se ha desarrollado una cultura de indemnizaciones excesivas lo cual ha tenido un efecto negativo sobre la libertad de expresión y el libre flujo de información. Existe una variedad de recursos alternativos menos severos pero todavía eficaces, tal como el mandato judicial de expedir una rectificación o una réplica, o de publicar el fallo

que declara que las declaraciones son difamatorias. Es menos probable que tales recursos alternativos lleguen a disuadir a los individuos de expresar sus opiniones en el futuro y por lo tanto se les deberá dar prioridad; las indemnizaciones monetarias deberán ser impuestas solamente en el caso que no se le pueda recompensar adecuadamente a la parte acusadora por la declaración difamatoria a través de otras medidas.

- Donde realmente sean necesarias indemnizaciones monetarias, la ley deberá precisar claros criterios para determinar el monto de la indemnización, el cual deberá tomar en cuenta los daños reales probados por la parte acusadora, tanto como cualquier desagravio ya proporcionado a través de recursos no pecuniarios. Se deberá establecer un límite al nivel de indemnizaciones que se puedan adjudicar por daños no económicos a la reputación de alguien – o sea, daños que no se puedan cuantificar en términos monetarios.
- En muchos países, periodistas han establecido organismos autorregulados voluntarios, ante los cuales pueden presentar una queja aquellos individuos que crean que han sido negativamente afectados por reportajes poco profesionales. Por lo general estos organismos no pueden adjudicar indemnizaciones pero sí pueden recomendar que el o la periodista o la publicación en cuestión publique una rectificación u otra declaración. Donde ya existe un eficaz sistema autorregulado de este tipo, la ley de difamación deberá reconocerlo al requerir a los tribunales que tomen en cuenta cualquier desagravio ya proporcionado de esta manera cuando se evalúe el apropiado recurso legal.

Requerimientos judiciales

- En algunos países, la ley establece las disposiciones para la posibilidad de un *requerimiento judicial* contra una declaración difamatoria – o sea, un mandato emitido por un tribunal de cesar la publicación y distribución de una publicación (presuntamente) difamatoria.
- El tipo más intruso de requerimiento es un mandato de no distribuir una publicación que no haya llegado todavía al público. Tales requerimientos vienen a ser una forma de censura previa, lo que se ve con gran sospecha bajo el derecho internacional. El problema con la censura previa es principalmente que está completamente abierta al abuso: si las autoridades pueden impedir que una publicación llegue al público, éste no podrá juzgar si la justificación por esto fuera legítima o si las autoridades simplemente intentaban suprimir información que pudiera incomodarlas. En circunstancias muy excepcionales, se puede justificar la censura previa, como por ejemplo para prevenir la publicación de información que pudiera resultar en la pérdida de vida humana. En el contexto de una demanda por difamación, no existe tal justificación. No se deberá usar nunca los requerimientos para prevenir que una declaración presuntamente difamatoria llegue al público, dado los graves peligros inherentes en un sistema de censura previa.
- Menos problemático es un requerimiento judicial permanente emitido por un tribunal *al final* de una demanda por difamación, tras una vista completa e imparcial de los méritos del caso. El proceso abierto del tribunal permite escrutinio del motivo de las autoridades al prohibir distribución adicional de la declaración. Sin embargo, los requerimientos permanentes no deberán ir más lejos que necesario: por ejemplo, se deberán limitar a la declaración exacta que fuera declarada difamatoria.

- Requerimientos interinos, o sea, esos requerimientos emitidos antes de que un proceso judicial haya llegado a su conclusión, son más problemáticos pues se decidirán antes de que toda la evidencia haya sido debidamente ponderada. No obstante, podrán ser justificables si la parte acusadora pueda demostrar tanto que es casi seguro que él o ella gane el juicio, como que publicación adicional llevaría a daños que no se pudieran reparar a través de recursos posteriores.

‘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.’

Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

HERRAMIENTAS DE CAMPAÑA SOBRE DIFAMACIÓN

XI 

ARTICLE 19

CAMPAÑA GLOBAL PARA LA LIBRE EXPRESIÓN

ARTICLE 19
6-8 Amwell Street
London EC1R 1UQ
United Kingdom
Tel: +44 20 7278 9292
Fax: +44 20 7278 7660
Email: info@article19.org
Web: <http://www.article19.org>

© Article 19, 2006 • ISBN 978-1-902598-92-5