

LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN EN ESTADOS UNIDOS Y EN EUROPA

PEDRO J. TENORIO SÁNCHEZ *

SUMARIO:

1. DIFERENTE DENSIDAD DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
2. DUALIDAD DE MODELOS DERIVADA DE LOS TEXTOS REGULADORES
3. SENTENCIAS CONCRETAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS Y DEL TEDH QUE SIRVAN PARA CONTRASTAR ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS
4. INCORPORACIÓN DE LA DOCTRINA SULLIVAN Y LINGENS EN ESPAÑA
5. CONSIDERACIONES FINALES

El tema sobre el que versa este trabajo es la libertad de comunicación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos (en adelante, TSEEUU) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Nuestra exposición va a intentar incidir especialmente en la comparación entre Estados Unidos y Europa, entre las jurisprudencias del TSEEUU y del TEDH¹, pero partiendo sobre todo de la jurisprudencia de

* Catedrático de Derecho Constitucional. UNED.

¹ Acerca de la necesidad de investigar desde el punto de vista empírico los fundamentos del Derecho de la Primera Enmienda, v. R. C. ENTMAN, «Putting the First Amendment in its Place: Enhancing American Democracy through the Press» (1993) *U Chi Legal F* 61; L.A. POWE, Jr., «The Supreme Court, Social Change, and Legal Scholarship» (1992) 44 *Stan L Rev* 1615. Según D. STRAUSS, «Rights and the System of Freedom of Expression» (1993) *U Chi Legal F* 197 y ss., se tiende a formular preguntas acerca de la regulación de la prensa en términos toscos porque carecemos de las herramientas conceptuales y empíricas acerca de cuál de las posibilidades de regulación de la prensa puede ser acertada. Este autor piensa que serían posibles cuatro

Estados Unidos. Más concretamente, desarrollaremos los siguientes puntos: 1) nos referiremos a la diferente densidad de la jurisprudencia de los dos Tribunales; 2) describiremos la dualidad de modelos que se deriva de los textos reguladores, para ver inmediatamente a continuación cómo esa dualidad es relativa; 3) ofreceremos contrastes de sentencias concretas del Tribunal Supremo de Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a lo largo de tres subapartados; concretamente: 3.1. neutralidad vs. democracia beligerante; 3.2. versión madura de la doctrina del «peligro claro e inminente» e inexistencia de la misma en Europa; 3.3. la libertad de prensa como libertad fundamental y la prensa como «perro guardián»; 4) nos referiremos a la incorporación de la doctrina *Sullivan y Lingens* en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. 5) Cerraremos el trabajo con unas concisas consideraciones finales.

1. DIFERENTE DENSIDAD DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Comenzamos, pues, con lo que se ha llamado la diferente densidad de la jurisprudencia de los dos Tribunales. Queremos decir con eso que en

estudios empíricos. (1) ¿Cuál es la correlación existente entre los puntos de vista expresados en los editoriales y los puntos de vista de propietarios, consumidores y anunciantes? [Véase C.E. BAKER, «Advertising and a Democratic Press» (1992) 140 *U Pa L Rev* 2097]. (2) ¿Hasta qué punto la televisión pública ha sido independiente de la influencia política? [V. en general, *Public Television: A Program for Action, The Report and Recommendations of the Carnegie Commission on Educational Television* (Bantam Books 1967)]. (3) ¿Cuáles han sido los efectos de la FCC en la regulación de la televisión? V. C. BOLLINGER, «Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media» (1976) 75 *Mich L Rev* 1, 27. V. asimismo C. Bollinger, *Images of a Free Press* (University of Chicago Press 1991). La comparación entre la prensa (no regulada) y la televisión (regulada) debería proporcionar valiosa información acerca de los riesgos de la regulación. (4) ¿Qué efectos tiene la propiedad del Gobierno o la regulación del contenido en otras sociedades similares?

Estados Unidos el régimen de la libertad de expresión es el que dice el Tribunal Supremo y para toda la federación². No hay diferencias entre California y Ohio. En Europa existen matices diferenciales nacionales. Esto se comprende porque Estados Unidos es una federación y Europa no. El poder del TSEEUU es muy superior al del TEDH, que deja a las autoridades de los Estados miembros un margen de apreciación.

Pero no se piense que esto siempre ha sido así. De hecho, el TSEEUU prácticamente no se había ocupado de la libertad de expresión hasta bien entrado el siglo XX y lo hizo con dos relevantes Sentencias: la *Schenk*³ y la *Abrams*⁴, ambas de 1919⁵.

² Para Strauss (n 1) p. 197 y ss., son posibles dos enfoques de la libertad de expresión. El primero se basa en los derechos del que expresa su opinión. Esta orientación se ha sostenido en una variedad de formas. V. por ejemplo, C. E. BAKER, *Human Liberty And Freedom of Speech* (Oxford University Press 1989); M. REDISH, «The Value of Free Speech» (1982) 130 *U Pa L Rev* 591; D. A. J. RICHARDS, «Free Speech And Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment» (1974) 123 *U Pa L Rev* 45, 59-70. El Segundo es un enfoque «estructural» o «sistémico»: se basa en el valor de lo expresado para el conjunto del sistema, no para quien exprsea su opinion.[V. por ejemplo, C. R. SUNSTEIN, *Democracy and the Problem of Free Speech* (Free Press, 1993); A. MEIKLEJOHN, *Political Freedom* (Harper & Brothers, 1960)]. La distinción puede detectarse en las más antiguas justificaciones de la libertad de expression. [V. J. MILTON, *Areopagitica: A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing* (first published 1644, Doves Press 1907)]. Según David A. Strauss, la doctrina actual de la Primera Enmienda es satisfactoria desde el punto de vista del individuo que se expresa, no desde el punto de vista del sistema.

³ *Schenk v. United States*, 249 US 47, 52 (1919), votada el 3 de marzo de 1919 por unanimidad (nueve votos). Ponente: juez Oliver W. Holmes. Votaron a favor el Chief Justice White y los jueces Van Devanter, Pitney, McKenna, Day, McReynolds, Brandeis y Clarke.

⁴ *Abrams v. Estados Unidos*, 250 US 616, 627.

⁵ Sobre *Schenk* y *Abrams*: B. SCHWARTZ, *Los poderes del Gobierno. Vol I: Poderes federales y estatales*, UNAM, México D.F., 1966, p. 180; B. NEUBORNE, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 64 y ss.; P.S. CODERCH - M.T. CASTIÑEIRA PALOU - F. IGARTUA ARREGUI - M. MARTÍN CASÁIS - J. SANTDIUMENGE FARRE, *El mercado de las ideas*, CEC, Madrid, 1990, pp. 26-27 y 31 (en la p. 27 se traduce un fragmento del Voto particular de

El contexto en el que se producen las dos es particularmente importante. Se trataba de un momento en que Estados Unidos vivía un periodo de exaltación del nacionalismo belicista que le llevó a abandonar la doctrina Monroe y a participar en la primera guerra mundial. Para centrar al país en el esfuerzo bélico, se dictaron dos leyes, una ley de espionaje en 1917 y otra de sedición en 1918, que limitaron la libertad de expresión y darían la oportunidad de entrar en liza al Tribunal Supremo. Al mismo tiempo, permitirían al juez Holmes redactar una ponencia y un voto particular que serán un punto de referencia del régimen de esta libertad prácticamente hasta nuestros días.

Los hechos de una y otra Sentencia podrían parecer similares.

En *Schenk v. EEUU*, Charles T. Schenk, Secretario General del Partido Socialista, había imprimido y ordenado distribuir octavillas contrarias a la guerra en las que llegaba a invitar a desobedecer las órdenes de combate. Se le condenó por tres delitos de la Ley de Espionaje. El Tribunal Supremo, con ponencia de Holmes, confirmó la constitucionalidad de la Ley de Espionaje y de las condenas y alumbró la doctrina del «peligro claro e inminente». Tal doctrina, en una primera aproximación, parece querer decir que en tiempos de guerra, en el contexto en que vivía el país, no podían admitirse tales octavillas.

Con las palabras de Holmes:

Holmes en *Abrams*); C. WOLFE, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 250 a 278 (en las pp. 255 y 256 se traducen fragmentos del Voto particular de Holmes en *Abrams*); A.L. MAGALONI KERPEL, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw-Hill, Madrid, 2001, p. 143; I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, pp. 94 y ss.; L.M. DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2004, p. 297; G. MARSHALL, *Teoría constitucional*, Espasa-Calpe, Madrid, 1982, pp. 222 y ss. Un fragmento del Voto particular de Brandeis en *Whitney* se encuentra en R. DWORKIN, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 403. Un fragmento de *Gitlow v. New York (1925)* está traducido en *Documentos constitucionales y textos políticos* (L. Sánchez Agesta ed.), Editora Nacional, Madrid, 1982, pp. 99-100.

«La mayor protección posible de la libertad de expresión no ampararía a quien, en un teatro abarrotado, gritara «¡Fuego!» a sabiendas de que no hay tal fuego. (...)»

Esta teoría suponía un ensanchamiento de la doctrina de la libertad de expresión que venían sosteniendo los tribunales estadounidenses, llamada de la «*bad tendency*». Conforme a ella, cualquier manifestación que pudiera ocasionar un mal o perturbación de la paz pública podía ser prohibida o sancionada.

Pero la doctrina no gustó a los excompañeros de Holmes de Harvard, donde éste había sido profesor, que la criticaron con severidad. Hay quien dice que ello influyó en el cambio de Holmes en otro caso que hubo de juzgar el mismo año, *Abrams v. EEUU*.

Este caso puede resultar parecido en cuanto a los hechos al anterior: se trataba de una condena a un ciudadano norteamericano de religión y origen hebreo que había distribuido propaganda —escrita en yiddish— criticando duramente al Gobierno norteamericano por enviar soldados a Rusia.

El Tribunal Supremo confirmó la condena aplicando la doctrina del «peligro claro e inminente». Pero Holmes se apartó del criterio de la mayoría. Quede claro que no se apartó de la doctrina *Schenk* del «peligro claro e inminente», sino que lo que negó, entre otras cosas, es que en este caso existiera tal peligro. Para Holmes, la envergadura de los hechos no era equiparable.

Pero incluso más que esto, nos interesa que en su voto particular va a formular la noción de «mercado de las ideas», que para muchos sigue siendo la base de la concepción estadounidense de la libertad de expresión.

Holmes argumenta que no concurren en el caso los elementos del tipo y que por tanto se está castigando por profesar unas ideas. Y para justificar que no se puede castigar por profesar ideas, escribe las líneas que lo han inmortalizado:

«Si el hombre es consciente de que el tiempo ha dado al traste con muchas ideas enfrentadas, entonces se dará cuenta, aún más de lo que cree en los cimientos de su propia conducta, de que al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas; de que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que entre en competencia con pensamientos contrarios...».

Añadiremos muy sintéticamente que el Tribunal Supremo siguió dictando sentencias restrictivas de la libertad de expresión, con la discrepancia de Holmes, por lo menos hasta 1931. Volveremos sobre la doctrina del peligro claro e inminente.

Pero recuperemos el hilo conductor de nuestra exposición. Decíamos que hasta bien entrado el siglo XX, el TSEEUU no se ocupa de esta libertad. Hemos de añadir que bien pronto, a finales de los años treinta, al salir del «New Deal», cuando el Tribunal Supremo pierde el dominio sobre las leyes económicas y acepta un control mínimo sobre las mismas, va a decidir protagonizar, en cambio, el destino de la libertad de expresión.

El régimen que el TSEEUU ha diseñado para la libertad de expresión en el siglo XX es uno de los desarrollos más importantes del Derecho constitucional estadounidense. Se podría decir que le ha dado el poder de modelar las costumbres y cambiar la moral. Pero no podemos olvidar que el Tribunal, más que provocar la evolución social, la acompaña. Probablemente el protagonismo hay que buscarlo en la defensa decidida de sus derechos por parte de minorías como los testigos de Jehová o los negros, o en las inquietudes de una juventud revolucionaria.

2. DUALIDAD DE MODELOS DERIVADA DE LOS TEXTOS REGULADORES

Llegados a este punto, hemos de señalar que el examen de los textos jurídicos que regulan las libertades informativas en Estados Unidos y en Europa inducen a pensar en la existencia de dos modelos: una libertad absoluta e ilimitada en Estados Unidos y una libertad limitada en Europa.

Esto es así ya desde los orígenes.

En efecto, en Estados Unidos, el punto de partida es la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776), cuyo art. 12 decía textualmente que «la libertad de prensa es de los grandes baluartes de la libertad y nunca puede ser restringida por gobiernos despóticos». El texto no habla de límites en absoluto.

Comparémoslo con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC en lo sucesivo) francesa de 1789, art. 11: se reconoce el

derecho diciendo que «la libre comunicación de las ideas y de las opiniones es uno de los bienes más preciosos del hombre» y continúa diciendo que «todo ciudadano puede por tanto hablar, escribir, imprimir libremente...». Pero añade: «sin perjuicio de la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley». Cabe, por tanto, regulación legal que establezca la responsabilidad por los abusos.

Esto último, en cambio, no lo vamos a encontrar en la I Enmienda de la Constitución de Estados Unidos⁶, Enmienda aprobada en 1791 y que, en lo que aquí nos interesa, va a establecer tajantemente que «el Congreso no hará ninguna ley (...) que restrinja la libertad de palabra o de prensa».

Naturalmente, este texto se ha llenado de diferentes contenidos en cada momento histórico. Pero antes de referirnos a esto, reconozcamos que la comparación entre el art. 11 DDHC y la I Enmienda, harían pensar en una libertad absoluta e ilimitada en Estados Unidos y en cambio limitada en Francia.

Lo que además se confirma con la lectura del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷ (CEDH en lo sucesivo). Este tiene dos párrafos. El primero, en lo que aquí nos interesa, contiene un reconocimiento amplio de las libertades informativas, diciendo que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la de recibir o comunicar informaciones o ideas».

Pero inmediatamente el párrafo segundo establece una serie de posibilidades amplias de limitación. Concretamente, comienza diciendo que el ejercicio de estas libertades conlleva deberes y responsabilidades. Y que por ello puede ser sometido a «determinadas formalidades, condiciones,

⁶ Aunque no existiera Primera Enmienda, el debate libre podría inferirse de la existencia del gobierno representativo. V. Charles L. Black, Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law* 35-51 (Ox Bow Press 1985).

⁷ Y otros textos internacionales. Puede verse al respecto la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante DUDH) (arts. 19 y 29.2), el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP en adelante) (art. 19), la Convención Interamericana de Derechos del Humanos de 1969 (CIDH en adelante), art. 13.

restricciones o sanciones». Eso sí, estas últimas han de cumplir dos requisitos: primero, han de estar previstas por la ley; y segundo, deben ser medidas necesarias en una sociedad democrática para una serie de finalidades bastante amplia, pues incluso agrupando algunas resultan ser nueve, por cierto casi todas de notable amplitud. Son las siguientes: 1.º seguridad nacional; 2.º integridad del territorio o seguridad pública; 3.º defensa del orden y prevención del delito; 4.º protección de la salud; 5.º protección de la moral; 6.º protección de la reputación ajena; 7.º protección de los derechos ajenos; 8.º impedir la divulgación de informaciones confidenciales; y 9.º garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial⁸.

En suma, hay que reconocer que quien se limitara a leer estos textos, concluiría la existencia de dos modelos muy diferentes.

No obstante, la distinción entre los dos modelos ha de relativizarse.

En efecto, dos razones dificultan el intento de establecer una distinción tajante.

La primera es que la libertad de expresión nunca ha sido absoluta en Estados Unidos, ya que conoció los límites nada desdeñables del «common law». En primer lugar, tradicionalmente, por aplicación de los principios seculares del «common law», el Estado, y toda persona pública, era en EEUU un propietario por así decir más poderoso que los demás, que podía

⁸ El art. 10 del CEDH, relativo a la libertad de expresión, establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda existir ingerencia de las autoridades públicas y sin consideración de frontera. El presente artículo no impide a los estados someter a las empresas de radiodifusión, de cine o de televisión a un régimen de autorización;

2. El ejercicio de estas libertades, al conllevar deberes y responsabilidades, puede ser sometido a determinadas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la integridad del territorio o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del crimen, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o los derechos de los demás, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial»

prohibir al público expresarse en las calles o parques públicos⁹. En segundo lugar, están los límites que afectan al empleado público¹⁰. En tercer lugar, a finales de los años 1930, el Derecho de los Estados contenía todo tipo de «offences» (tipos penales y civiles) y de hechos delictivos, todos heredados del «common law», pero a menudo agravados por el legislador, que amordazaba la libertad de expresión estableciendo para los autores de afirmaciones o escritos tendenciosos importantes sanciones, bien penales (en caso de alteración del orden público¹¹ o de sedición difamatoria), bien

⁹ No había (y sigue sin haber) distinción entre dominio público y propiedad privada, y todavía menos noción de «dominio afectado al uso público». La autoridad pública tiene por tanto en principio el poder —considerado la quintaesencia del derecho de propiedad— de excluir de ella a los demás, como cualquier otro particular. Este régimen había encontrado una excelente ilustración en el asunto *Commonwealth v. Davis* [167 US 43(1897)] resuelto por el Tribunal Supremo de Massachusetts. El predicador Davis había sido condenado por haber predicado en el terreno municipal de Boston sin permiso del alcalde como exigía una ley aprobada por la cámara de la ciudad. El Tribunal (por boca del Juez Holmes, que todavía no estaba en el TSEEUU) confirmó su condena explicando que: «la cámara legislativa tiene el derecho más absoluto e incondicional de prohibir al público expresarse en las calles o parques públicos y, en el ejercicio de su derecho, no disminuye más los derechos del público que un propietario particular cuando prohíbe al público entrar en su casa» [*Commonwealth v. Davis*, 162 Mass. 510, 39 N.E. 113 (1895)].

¹⁰ Lo que mejor ilustra el extraordinario sometimiento que unía al empleado público a sus superiores en EEUU es el «spoils system». El partido que gana las elecciones ocupa libérrimamente todos los cargos públicos y nombra a los agentes públicos. En este marco, ante todo, ante quien lo ha nombrado, el agente público no tiene ninguna libertad de palabra. Como no sea para alabarlo, se debe callar. Las consecuencias de este estado de espíritu o psicológico se hacían sentir mucho más allá de lo que llamamos «los empleos de nombramiento discrecional del Gobierno». Toda la función pública —en el relativo sentido que este término tiene en EEUU— lo padecía, tanto en el nivel federal como en el estatal.

¹¹ En el «common law», todo acto o hecho que altera, o es susceptible de alterar el orden público es un delito («misdemeanor»). La noción de alteración del orden público era entendida en sentido amplio: el menor hecho o gesto, la menor afirmación, susceptible de amenazar la tranquilidad pública y de perturbar el sentimiento de seguridad que cada ciudadano tiene derecho a esperar de las autoridades, era calificado como

civiles (en caso de difamación). En cuarto lugar, estaba el delito de sedición, ya en germen en una ley inglesa de 1275 que prohibía los cuentos y noticias que condujeran a la discordia entre el Rey y su pueblo, que se definía en la América colonial como «la publicación intencionada, sin excusa legal o justificación, de cualquier escrito crítico de un hombre público, de la Ley, o de cualquier institución pública»¹². Si bien desde 1735 se estableció la regla de que en América, la verdad de los hechos era siempre causa de exoneración de la responsabilidad por difamación sediciosa¹³. En

«breach of the peace», y castigado como tal. Este antiguo concepto del «common law» era de naturaleza general e indefinida; era susceptible de contener cualquier cosa. Cualquier desfile o manifestación no autorizados, por más que fuera puramente pacífica y no hubiera reunido más que a un puñado de individuos, era susceptible de constituir un delito. La más inofensiva incidencia en el orden público podía implicar la cárcel. Las pequeñas ciudades americanas estaban calmas, sumisas, trabajadoras. Los testigos de Jehová encontraban grandes dificultades para predicar sus creencias: de una manera o de otra, hicieran lo que hicieran, se convertían en culpables de alteración del orden público («breach of the peace»). Además de la alteración del orden público, el amplio concepto de «breach of the peace» incluía también el lenguaje vulgar, los tacos [el llamado «improper language»] que, cuando se pronunciaban en público, podían ser susceptibles de sanciones penales.

¹² Citado por G.R. STONE y otros, *Constitutional Law*, 5th ed., Aspen Publishers, 2005, p. 1050.

¹³ Los procesos por libelo sedicioso eran frecuentes en Inglaterra, donde no obstante la ausencia de censura previa amordazaba muy eficazmente a la prensa por sus efectos disuasorios, pero eran más bien raros en las colonias. El ejemplo más conocido que suele citarse es el de John Peter Zanger, panfletario de Nueva York, que en 1735 fue juzgado por haber criticado al Gobernador general de la colonia en su publicación semanal. Los abogados de Zanger habían aducido la verdad de los hechos como excusa absolutoria, pero el juez instruyó al jurado para que no diera crédito a esta argumentación. Rechazando las instrucciones del juez, el jurado absolvió a Zanger. El asunto levantó gran polvareda; estableció la regla de que en América, la verdad de los hechos era siempre causa de exoneración de la responsabilidad por difamación sediciosa. La idea de que no se pudiera criticar al Gobierno no se compadecía con la cultura democrática que se estaba implantando al otro lado del Atlántico. Es cierto que, sin embargo, en 1798, al convertirse las ideas de la Revolución Francesa en demasiado populares a los ojos de los conservadores norteamericanos, el Partido Federalista

quinto lugar, en el «common law», la difamación se fundaba en un régimen que podríamos llamar de responsabilidad por riesgo («strict liability»). Poco importaba la intención que hubiera podido tener el autor de las afirmaciones consideradas difamatorias, bastaba que hubiera publicado escritos tendenciosos teñidos de «mala inclinación», en el sentido de que perjudicaran a la reputación o al honor de un ciudadano lanzando sobre él el oprobio público, exponiéndolo al ridículo, al desprecio, al odio de los demás o de que tendieran a manchar la memoria de los muertos. En todos estos casos, la víctima disponía contra él de una acción judicial por libelo¹⁴. En el «common law», la razón de ser de la acción por difamación no es en absoluto la protección de un derecho de la persona, la protección de su reputación o de su honor, sino la necesidad de prevenir y de evitar la tendencia de toda afirmación difamatoria a causar una alteración de la paz pública¹⁵. Asimismo, la difamación era doblemente castigable, desde el punto de vista civil y en el ámbito penal. La acción civil por difamación

aprobó en el Congreso una Ley de sedición, pero expiró en 1801. Y el republicano Jefferson, entonces Presidente de EEUU, amnistió a todos los que habían sido condenados y el Congreso aprobó incluso una ley que reembolsó las multas impuestas. L.W. LEVY, «Liberty and First Amendment: 1790-1800», *American Historical Review*, vol. 68, 1962, pp. 27 y ss.

¹⁴ En el «common law» la difamación podía hacerse por «libel» (escrito) o por «slander» (difamación, calumnia). La distinción entre las dos es que el libelo tiene carácter permanente porque es escrito mientras que la injuria tiene un carácter temporal porque es una palabra (oral).

¹⁵ Este punto fue muy subrayado por sir Edward Coke en el informe sobre los libelos que hizo en 1606 para el Tribunal de la Cámara Estrellada (Star Chamber). El Juez inglés explicaba entonces que la difamación de un particular debía ser castigada porque era susceptible de llamar a una venganza que causaría una alteración del orden público y que la difamación de una persona pública merecía aún más ser castigada pues no solamente atentaba contra el orden público, sino que lanzaba descrédito sobre el Gobierno, garante del orden público. Por eso, antes de que el Reino Unido incorporara el CEDH al Derecho Inglés, la libertad de expresión había podido emanciparse y desarrollarse en tanto en cuanto podía, en algunos ámbitos, por ejemplo en materia de acceso a la información, contribuir a un interés público. Véase A. BOYLE, «Freedom of Expression as a Public Interest in English Law», *Public Law*, 1982, pp. 574 y ss.

tenía efectos particularmente enérgicos ¹⁶. Tal y como estaba concebido, el sistema tenía un efecto radicalmente disuasorio sobre la prensa. En teoría, la prensa podía decir todo porque no había censura; en la práctica, no osaba decir nada, sabiendo que uno se exponía a condenas pecuniarias susceptibles de llevarla al borde de la quiebra.

La segunda razón que relativiza la impresión que da la lectura de los textos es el alcance inicial de la I Enmienda. Esta no se aprobó para garantizar la libertad de expresión de los ciudadanos frente al Congreso, sino para distinguir las competencias de la Federación y las de los Estados miembros. Es decir, que prohibía regular la libertad de expresión al Congreso, pero no a las cámaras legislativas de los Estados miembros. Era una atribución de poder a los Estados federados frente a la Federación.

Por eso no se puede decir, con base en la I Enmienda, que la libertad de expresión es más amplia en Estados Unidos que en Europa, al menos hasta 1925, aunque sí a partir de esta última fecha.

Y ello porque en 1925, en la Sentencia *Gitlow v. People of New York* ¹⁷, el Tribunal Supremo decidió configurar este derecho como «derecho fundamental», oponible a los Estados. A partir de esta Sentencia, a pesar de que en otros aspectos la misma supuso un paso atrás (pues acogió la doc-

¹⁶ La responsabilidad del autor de las afirmaciones consideradas difamatorias procedía en caso no sólo de mentiras deliberadas, sino también si sus afirmaciones contenían hechos inexactos, tanto si la inexactitud era involuntaria como si no. Una vez que se había probado que el autor de las afirmaciones las había publicado intencionalmente y que estas afirmaciones eran difamatorias, en el sentido de que tendían a causar un perjuicio a la reputación de la víctima, el autor era automáticamente responsable, a menos que probara la veracidad de los hechos informados o que acreditara un «privilegio» que le autorizara a actuar de tal manera (el «privilegio» podía derivar de las reglas que garantizan la buena administración de justicia o el funcionamiento regular de las asambleas elegidas). A falta de la prueba de la verdad o de la justificación del privilegio, el autor de la difamación era automáticamente condenado, hubiera sido negligente o no. La víctima podía probar el daño, pero no tenía ni siquiera necesidad de hacerlo en la medida en que el Juez de los hechos tenía la facultad de presumir los daños sufridos. Es más, podían ser declarados «daños punitivos» según criterios que variaban en función de los Estados.

¹⁷ *Gitlow v. People of New York*, 268 US 652, 666 (1925).

trina de la «bad tendency»), la libertad de expresión se considera un derecho fundamental¹⁸ igual a los de la Enmienda XIV: vida, libertad y propiedad. Esta consideración de la libertad de expresión como derecho fundamental¹⁹ se confirmaría en los años 1938-1939.

Por tanto, solo a partir de este momento²⁰, y merced no solo al tenor literal de la Constitución, sino a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podríamos afirmar que la libertad de expresión es ilimitada Estados Unidos pero limitada en Europa.

3. SENTENCIAS CONCRETAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESTADOS UNIDOS Y DEL TEDH QUE SIRVAN PARA CONTRASTAR ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS

Consideremos algunas razones y ejemplos que mostrarán que en la actualidad la libertad de expresión en Estados Unidos es más amplia que en Europa, aunque no precisamente porque se derive así de los textos regula-

¹⁸ Hemos visto las dos perspectivas que, según Strauss, pueden adoptarse para enfocar la libertad de expresión: D.A. STRAUSS, «Rights and the System of Freedom of Expression» (1993) *U Chi Legal F* 197, 197 y ss. V. también, por ejemplo, O.M. FISS, «Free Speech and Social Structure» (1986) 71 *Iowa L Rev* 1405, 1408-11]. Pero la distinción no debe inducirnos a pensar que el enfoque sistémico ignora o desprecia la autonomía del sujeto: v. T.M. SCANLON, «A Theory of Freedom of Expression» (1972) 1 *Phil & Pub Aff* 204; D. A. STRAUSS, «Persuasion, Autonomy, and Freedom of Expression» (1991) 91 *Colum L Rev* 334. Pero véase T.M. SCANLON, «Freedom of Expression and Categories of Expression» (1979) 40 *U Pitt L Rev* 519, 530-35.

¹⁹ Para determinar si una expresión debe ser protegida desde el enfoque estructural, Alexander Meiklejohn ofrece el siguiente aforismo: «Lo que es esencial no es que todo el mundo hable, sino que toda idea valiosa sea dicha». [A. MEIKLEJOHN, *Free Speech and Its Relation to Self-Government* 25 (Harper & Brothers, 1948). En sentido crítico respecto de esta idea, v. por ejemplo K. L. KARST, «Equality as a Central Principle in the First Amendment», (1975) 43 *U Chi L Rev* 20, 39-40].

²⁰ Algunas vulneraciones de la libertad de expresión no fueron sometidas al control del Tribunal Supremo. Probablemente podríamos considerar en este sentido el caso de la Ley sobre la sedición de 1798 que castigaba con sanciones penales a cualquiera

dores. Esto lo vamos a hacer distinguiendo a su vez tres subapartados: primero señalaremos cómo en un lugar impera el principio de neutralidad, frente al principio de democracia beligerante en el otro. En segundo lugar nos referiremos a la versión madura de la doctrina del «peligro claro e inminente» y a su inexistencia en Europa. A continuación nos referiremos a la libertad de prensa como libertad fundamental y a la prensa como «perro guardián», señalando cómo en Europa entra en concurrencia con otros derechos.

3.1. Neutralidad v. democracia beligerante

Consideraremos aquí algunas razones y ejemplos que mostrarán que, en la actualidad, la libertad de expresión en Estados Unidos es más amplia que en Europa.

El Tribunal Supremo, a partir de 1925, no solo convierte la libertad de expresión en un derecho fundamental en sentido técnico, sino en una libertad fundamental en cuanto tiene gran amplitud y constituye una pieza básica del sistema.

Para explicarlo, ante todo, vamos a aludir a dos ideas fuerza y a ilustrarlo con dos ejemplos.

a) En primer lugar, la doctrina del «peligro claro e inminente», que, como vimos, después de *Abrams* (1919) fue utilizada en sentido restrictivo para la libertad de expresión, ha tenido un largo recorrido que la ha acabado dotando de un sentido muy favorable para la referida libertad.

Para empezar, en la Sentencia *Whitney v. California* (1927)²¹, ciertamente se aplica en línea restrictiva (se confirma la condena de la señora

que con sus afirmaciones desacreditara al Gobierno Federal, o la resolución llamada «Gag Rule», aprobada por la Cámara de Representantes en 1840 que prohibía a los elegidos —convirtiéndolo en regla permanente del procedimiento parlamentario— debatir innumerables peticiones depositadas en la mesa y referidas al cuestionamiento de la esclavitud; véase Ch.c HAYNES, S. CHALTAİN y S.M. GLISSON, *First Freedoms, A Documentary History of First Amendment Rights in America*, Oxford UP, 2006, pp. 77 y ss.

²¹ *Whitney v. California*, 274 US 357, 374 (1927).

Whitney por pertenencia al Partido Comunista de los Trabajadores), pero el Juez Brandeis explica vigorosamente en su voto particular que el valor fundamental de la libertad de expresión obliga a hacer una distinción entre lo que podríamos traducir como la apología de una doctrina política, es decir, la exposición de ideas con el fin de conseguir simpatizantes («advocacy») y la provocación a la acción violenta inmediata, la incitación a violar las leyes y a cometer actos ilícitos («incitement»).

Con ello, Brandeis trazaba las vías de un Derecho nuevo que maduraría en la segunda mitad del siglo XX.

En efecto, en 1957, la Sentencia *Yates v. Estados Unidos*²², distinguirá entre apología del comunismo («advocacy») y provocación («incitement») a una acción ilegal.

b) La otra línea evolutiva del Derecho estadounidense es la que lleva a fijar como criterio esencial para aceptar la constitucionalidad de una regulación que la misma sea neutral, que haga abstracción del contenido de lo que se regula. Esta idea estaba ya incoada en las palabras del juez Holmes cuando afirmaba que hay que fijarse en los efectos producidos por lo que se expresa, no en el contenido de lo que se expresa. Pero el Tribunal la va a usar ya con claridad en la Sentencia *Estados Unidos v. O'Brien* en 1968²³

²² *Yates v. Estados Unidos*, 354 US 298 (1957).

V. LASSALE, J.-P., *La Cour suprême et le problème communiste aux États-Unis*, Paris, Cahiers de la FNSP, A. Colin, 1960.

²³ *EEUU v. O'Brien*, 391 US 367, 377 (1968).

En efecto, el Tribunal descubre la idea de neutralidad de la regulación en el asunto *EEUU v. O'Brien*, 1968.

El 31 de marzo de 1966, O'Brien y tres compañeros suyos habían quemado sus cartillas militares en los escalones del Palacio del Tribunal de Boston-Sud para protestar contra la llamada a filas (por sorteo) que nutría las tropas estadounidenses que combatían en Vietnam. Detenido por el FBI, fue condenado por un Tribunal Federal del Distrito de Massachusetts a 6 años de correccional. Como defensa, invocó su derecho a la libertad de expresión. El asunto llegó al Tribunal Supremo, que rechazó su recurso motivando que la Ley federal que preveía sanciones contra «quien falsifique, altere, modifique, destruya o mutile una cartilla militar» no tenía ninguna «relación con intención alguna de censurar la libertad de expresión» («unrelated on the supresion

y la va a formular con nitidez a partir del año siguiente, en la sentencia *Tinker v. Des Moines Scholl District*²⁴.

Anunciábamos al principio de este apartado que presentaríamos algún caso que hiciera perceptible de manera clara la diferencia con que se concibe la libertad de expresión en Estados Unidos.

Uno es *Brandenburg v. Ohio* (1969)²⁵, Sentencia en la que la doctrina del «peligro claro e inminente» y la de la distinción entre «apología» e «incitación» se emplearon para anular la condena a un miembro del Ku Klux Klan que había pronunciado una arenga claramente racista, insultante, incendiaria y amenazante. Además, el Tribunal Supremo anuló la ley estatal que fundamentó la condena, por falta de taxatividad en la redacción del tipo penal.

La otra Sentencia que vamos a traer a colación también está relacionada con el discurso del odio, se trata de *RAV v. St. Paul*, de 1992²⁶, y es relativa a la impugnación de una condena dictada por haber quemado una cruz en el césped del jardín de una familia negra. Conviene recordar que

of free expression») [*EEUU v. O'Brien*, 391 US 367, 377 (1968)]; era imparcial y objetiva, por tanto válida o, como dirá en los años 1970, la Ley era neutra («content-neutral») e imparcial («content-based»).

²⁴ *Tinker v. Des Moines School District* [393 US 503, 509 (1969)].

En *Tinker v. Des Moines School District* [393 US 503, 509 (1969)], el Tribunal reconoció a dos estudiantes de Bachillerato el derecho de llevar en el interior del establecimiento un brazalete negro como señal de protesta contra la Guerra de Vietnam. «Una restricción a la libertad de expresión —dijo el Tribunal— debe estar justificada por algo más que un simple deseo de evitar el malestar y el disgusto que un punto de vista impopular nos suscita siempre». En 2007, el Tribunal Supremo estimó que la jurisprudencia *Tinker* no se aplica a las expresiones que no contribuyen a un debate político y que no protegen a un alumno que puede ser razonablemente considerado como persona que promueve el uso de la droga. En este sentido, declaró constitucionales las sanciones impuestas a un estudiante de Bachillerato que había desplegado fuera del establecimiento un cartel incomprensible e incoherente (*Bong Hits 4 Jesus*) que parecía, si no estimular, al menos simpatizar con los que fumaban porros [*Morse v. Frederick*, 127 S. Ct. 2618 (2007)].

²⁵ *Brandenburg v. Ohio* 395 US 444, 449 (1969).

²⁶ *RAV v. St. Paul*, de 505 U.S. 377 (1992).

aunque este acto sigue siendo amenazante, ya no tiene el significado que tenía antaño, cuando suponía que o la familia abandonaba el barrio inmediatamente o se arriesgaba a afrontar violentas represalias contra ella. El decreto que se había aplicado en este caso, prohibía la colocación «de objetos tales como una cruz encendida o una cruz gamada susceptible de provocar la cólera o el miedo sobre la base de criterios de raza, de fe, o de color».

El Tribunal Supremo revocó la condena. Según el Tribunal, el error cometido por las autoridades consistió en regular los insultos e injurias que incitan a la violencia por razón de la raza, el color de la piel, la religión, las creencias o el sexo. Al legislar solo sobre estos casos particulares, y no sobre toda forma de injurias de manera general, las autoridades habían aprobado un decreto que se basaba en la expresión²⁷, violando de esta manera la Constitución. En tanto en cuanto estaba basado en el contenido de la expresión, el reglamento²⁸ era inconstitucional.

No hemos acabado la exposición de las Sentencias más significativas del TSEEUU, pero sí las suficientes como para ensayar un primer contraste con las del TEDH.

Frente a esta interpretación de la neutralidad de la regulación estadounidense, encontramos en Europa y en el TEDH la idea de «democracia beligerante». Torres del Moral ha señalado de manera concluyente que, en cierto sentido, toda democracia es «militante», lo que compartimos²⁹. Lo

²⁷ Para una explicación detallada de la doctrina de la neutralidad del contenido, v., por ejemplo, G. R. STONE, «Content Regulation and the First Amendment», (1983) 25 *Wm & Mary L Rev* 189, 198-200.

²⁸ Algunos autores han intentado trasladar las reglas del proceso al debate libre. V. G. R. STONE, «The Rules of Evidence and the Rules of Public Debate», (1993) *U Chi Legal F* 127. También al debate parlamentario, véase H. KALVEN, Jr., «The Concept of the Public Forum», (1965) *S Ct Rev* 1, 12.

²⁹ La «sociedad democrática» es tolerante pero no inerte. En cuanto «democracia militante» o «democracia que se defiende» debe asegurar la defensa de sus principios esenciales. Por tanto, tiene que luchar contra los abusos en el ejercicio de la libertad de expresión abiertamente dirigidos contra sus valores. Si la libertad de expresión ocupa un lugar privilegiado entre los derechos y libertades garantizados por el Con-

que queremos significar con esta palabra ahora, es que la democracia en Europa no ya permite, sino incluso exige, regular la libertad de expresión para reprimir el discurso «negacionista», el discurso incitando al odio y a la intolerancia y el discurso violento.

a) En cuanto al discurso «negacionista», es considerado delito en Alemania y otros países europeos y tal postura ha sido avalada por la Decisión del Consejo de Europa de 24 de mayo de 2003, asunto *Garaudy c. Francia*. En efecto, como prolongación de la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos³⁰, el TEDH ha afirmado la existencia de una categoría de hechos históricos claramente establecidos cuya negación o revisión queda sustraída por el art 17 CEDH a la protección del art. 10 CEDH³¹. Hasta el momento actual se han considerado en este sentido «verdades históricas notorias»: el Holocausto, la persecución de los judíos por el régimen nacionalsocialista alemán, el proceso de Nuremberg, los crímenes contra la humanidad cometidos durante la II Guerra Mundial. La prohibición de discutir estas «verdades históricas notorias» se refiere tanto a la realidad de las mismas como a su amplitud o a su gravedad. Para justificar la aplicación del art. 17 al discurso negacionista o revisionista, el TEDH se apoya no solamente en el motivo de la negación de una «verdad histórica notoria», sino que apela al mismo tiempo al desconocimiento de los valores fundamentales del Convenio³².

venio, debe no obstante coexistir con derechos y libertades eventualmente concurrentes, y que son susceptibles de entrar en conflicto con ella, A. TORRES DEL MORAL, «Democracia militante», en VV. AA, *Derecho constitucional para el siglo XXI*; Navarra, 2006.

³⁰ P. WACHSMANN, «La jurisprudence récente de la Commission européenne des droits de l'homme en matière de négationnisme», en Flauss, J.-F., y Salvia, M. de, (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme: développements récents et nouveaux délits*, Nemesis-Bruylant, coll. Droit et justice, n. 19, 1997, pp. 103 y ss.

³¹ SSTEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux et Isorni c. Francia*; de 29 de junio de 2004, asunto *Chauvy y otros c. Francia*, n. 64915/01; y Decisión de 24 de mayo de 2003, asunto *Garaudy c. Francia*, n. 65871/01

³² «Ya que la negación o la revisión de hechos históricos notorios de este tipo (la discusión de crímenes contra la humanidad) cuestiona los valores que fundan la

Nuestro legislador lo incorporó como delito y nuestro Tribunal Constitucional (STC 235/2007, de 7 de noviembre) declaró parcialmente inconstitucional la correspondiente Ley por cuanto estimó que la estricta discusión científica sobre hechos históricos no podía considerarse contraria a la Constitución³³.

b) Por lo que hace referencia al discurso incitando al odio y a la intolerancia, ha de advertirse la aparente contradicción entre la doctrina que formulan y el fallo. Dicho con otras palabras, no es difícil encontrar sentencias que censuren el lenguaje del odio pero a la postre otorguen por diversos motivos, el amparo del art. 10 de CEDH. Hasta el presente, la no aplicación de la protección del art. 10 no ha sido estadísticamente decidida más que raramente respecto de afirmaciones del discurso de odio³⁴. Precisamente por eso las resoluciones del Tribunal en este sentido merecen atención³⁵.

lucha contra el racismo y el antisemitismo» (Decisión de 24 de mayo de 2003, asunto *Garaudy c. Francia*, n. 65871/01). No obstante, en otras ocasiones el TE se limita a apelar a la existencia de un abuso de la libertad de expresión incompatible con la democracia y los derechos humanos (Decisión de 13 de diciembre de 2005, asunto *Witzsch c. Alemania*, n. 7805/03), pero en todo caso el Tribunal está lejos de toda posible complacencia con el revisionismo, incluso por omisión, que según algunos habría en la STEDH de 23 de septiembre de 1998, asunto *Lehideux et Isorni c. Francia*.

³³ Aunque en España no sea tan fácil entender como en los países que participaron en la segunda guerra mundial, soy favorable a la tipificación del negacionismo. No puede perderse de vista que los hechos sobre los que recaen estos delitos están perfectamente delimitados: son solamente el holocausto, la persecución de los judíos por el régimen nacionalsocialista, el proceso de Nuremberg y los crímenes contra la humanidad cometidos en la Segunda Guerra Mundial. Y hasta donde he alcanzado a ver, la discusión de estas verdades históricas, ya sea en su realidad, ya sea en su amplitud, está relacionada con posturas políticas próximas al nacional socialismo. Lo que ocurre es que esto quizás no se perciba, por circunstancias históricas, en nuestro país, con la obviedad con que se ve en Alemania e incluso en los países que fueron parte en la Segunda Guerra Mundial.

³⁴ V. al respecto *La liberté d'expression en Europe*, 3.^a ed., Estrasburgo, Éditions du Conseil de l'Europe, 2006, p. 48.

³⁵ V. M. OETHEIMER, «La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine», *RTEDH* 2007, pp. 74-75.

En efecto, ciertamente hay casos, como el del asunto *Norwood c. Reino Unido*, de 2004, en que el TEDH no se limita a proclamar lo censurable del discurso del odio, sino que considera un abuso de la libertad de expresión que un ciudadano británico coloque en una ventana de su domicilio un cartel con el texto «islam fuera de Inglaterra/ protegemos al pueblo británico», acompañado de una fotografía de las Torres Gemelas en llamas. El Tribunal consideró inaceptable criminalizar a todos los islamistas.

Pero en otros casos, la condena del lenguaje de odio puede no ir acompañada de la expulsión del recurrente del ámbito del art. 10 CEDH. Así por ejemplo en el asunto *Günduz c. Turquía*, 2003³⁶, en el que se condenaba la «intolerancia, incluida la intolerancia religiosa». Se trataba de afirmaciones que estigmatizaban y calumniaban a hijos de padres no casados según la Ley del Corán. Pero, teniendo en cuenta que las palabras habían sido pronunciadas en televisión en directo por un dignatario religioso, no se consideró que se hubiera incurrido en abuso de derecho.

c) Por lo que se refiere al discurso violento, considera el TEDH que la incitación a la violencia, al levantamiento, a la resistencia armada, no puede ser tolerada en una sociedad democrática. Ni siquiera cuando hay detrás una minoría nacional que se considera ilegítimamente sojuzgada. En este sentido cabe citar, entre otras, la Sentencia del asunto *Zana c. Turquía*, de 1997³⁷, Sentencia en la que unas declaraciones pretendidamente ambiguas («Apoyo al movimiento de liberación nacional del PKK; en cambio, no estoy a favor de los atentados. Todo el mundo comete errores y es por error por lo que el PKK mata a mujeres y a niños») de un independentista kurdo apoyando al partido terrorista kurdo PKK no obtuvieron la protección del Convenio frente a la pena de prisión impuesta por las autoridades turcas.

³⁶ STEDH de 4 de diciembre de 2003, asunto *Günduz c. Turquía*, n. 35071/97.

³⁷ STEDH de 25 de noviembre de 1997, asunto *Zana c. Turquía*, n. 18954/91.

3.2. Versión madura de la doctrina del «peligro claro e inminente» e inexistencia de la misma en Europa

Y es que para comprender el talante liberal del TSEEUU y para conocer la versión madura de la doctrina del «peligro claro e inminente» tiene mucho más interés conocer la Sentencia *New York Times Co. v. Estados Unidos* de 1971³⁸, el llamado caso de «los papeles del Pentágono», que las sentencias del TSEEUU relacionadas con el discurso del odio, a las que acabamos de hacer referencia.

Los llamados «papeles del Pentágono» eran unas 7000 páginas que escribió por encargo del Secretario de defensa del Presidente Johnson, Robert McNamara, un grupo de expertos, páginas en las que se ponía de manifiesto la estrategia de ocultación que había tenido la Administración demócrata en relación con la guerra de Vietnam. Uno de los autores del documento lo filtró al *New York Times* y al *Washington Post*, que iniciaron su publicación. El gobierno acudió a los tribunales solicitando que se prohibiera ésta, pero el Tribunal Supremo recordó que en materia de recurso de urgencia que pretenda de un juez la prohibición de publicación de prensa, le incumbe al demandante la pesada carga de explicar las razones de la mis-

³⁸ *New York Times Co. v. Estados Unidos*, 403 U.S. 713 (1971).

Votada el 30 de junio de 1971 per curiam. Voto particular concurrente con el fallo de los jueces Black —al que se adhiere Douglas—, Douglas —al que se adhiere Black—, Brennan, Stewart —al que se adhiere White—, White —al que se adhiere Stewart y Marshall. Votos particulares discrepantes del Chief Justice Burger y del juez Harlan —al que se adhieren los jueces Burger y Blackmun. Sigo en este punto la excelente exposición de M. BELTRÁN DE FELIPE Y J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - BOE, Madrid, 2005, pp. 357 y ss. Véase también M. REVENGA SÁNCHEZ, *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 42 y ss, y Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado», REDC, núm. 53 (1998), p. 66; I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, pp. 73 y 94; P. SANTAOLAYA MACHETTI, «El control de los secretos de Estado: la experiencia en Derecho comparado», *Poder Judicial*, n. 40 (1997), p. 69.

ma y aportar la prueba de los perjuicios para la seguridad nacional que teme. Es decir, el «peligro claro e inminente» lo debe justificar y probar quien pide la prohibición. Comoquiera que en aquel caso la Administración no había levantado tal carga, su petición fue desestimada.

Como contrapunto, hemos de traer a colación la Sentencia del TEDH en el asunto *The Observer y The Guardian c. Reino Unido* (1991)³⁹. Los jueces británicos habían accedido a prohibir cautelarmente a instancia del gobierno a los diarios referidos publicar informaciones del libro «Spy-catcher» y otras informaciones procedentes del autor del volumen. El libro contenía las memorias de su autor, que había sido agente en el servicio secreto británico y narraba numerosas ilegalidades y hechos embarazosos para las autoridades británicas.

Pues bien, el TEDH consideró compatible con el Convenio la medida cautelar establecida por los órganos judiciales británicos durante todo el periodo de tiempo en que había tenido efecto útil. Solamente la consideró contraria al CEDH cuando ya había sido publicado el libro en otros países, por lo que la medida no podía considerarse «necesaria en una sociedad democrática», como exige el repetido art. 10 CEDH.

3.3. La libertad de prensa como libertad fundamental y la prensa como «perro guardián»

a) Con esto llegamos a la que para muchos es la Sentencia más importante sobre libertad de expresión que ha dictado el TSEEUU.

En 1964, el Tribunal Supremo da la vuelta al régimen de la difamación que venía establecido por el «common law» y crea un régimen jurídico de la prensa que la convierte, como se llegaría a decir en alguna sentencia, en el «perro guardián» de las libertades.

Los hechos de la Sentencia fueron los siguientes: el New York Times había publicado un anuncio que respaldaba el movimiento de Marthin Luther King en el que se aludía a movilizaciones y a respuestas policiales excеси-

³⁹ STEDH de 26 de noviembre de 1991, caso *Observer y Guardian c. Reino Unido*.

vas; el comisario de Montgomery (Alabama), donde se habían producido los incidentes más graves, se consideró aludido, demandó al periódico y este fue condenado a indemnizar a Sullivan con 500.000 \$, cantidad que resultaba muy elevada en aquel momento.

Pues bien, el Tribunal Supremo revocó la condena por considerar que el Derecho de Alabama (que codificaba el antiguo Derecho) era contrario a la Constitución, por su efecto disuasorio sobre la prensa y fijó una jurisprudencia que podemos sintetizar en los siguientes puntos:

- 1.º) Los errores en la expresión de informaciones son inevitables si lo que queremos es proteger la libertad de expresión, y ello es una garantía para que las libertades puedan respirar.
- 2.º) Ha de probarse la intención de difamar;
- 3.º) El perjudicado ha de probar la falta de veracidad.

Estos cambios, aparentemente sencillos, suponen un vuelco en el régimen de la prensa, que no temerá en lo sucesivo las condenas de los tribunales siempre que actúe con una mínima diligencia.

b) La sentencia Sullivan⁴⁰ proyectó su influencia más allá de las fronteras de Estados Unidos.

Se ha dicho que sus ideas se incorporaron a la jurisprudencia del TEDH con el asunto *Handyside*⁴¹, de 1976. Creo que esto no es sostenible.

⁴⁰ *New York Times Co. v. Sullivan* 376 US 254, 270, 279-280 (1964).

⁴¹ En una primera aproximación de carácter general, puede decirse que la filosofía liberal que inspira esta jurisprudencia ha sido seguida por el TEDH en el asunto *Handyside c. Reino Unido*, en el que el TEDH explicó que la sociedad democrática es la que sabe soportar o sufrir todas las expresiones, acoger todas las informaciones, todas las ideas, incluidas «las que golpean, chocan o inquietan al Estado o a una fracción cualquiera de la población», y añade el Tribunal que «así lo quieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura» [STEDH de 7 de diciembre de 1976 (Gran Sala), asunto *Handyside c. Reino Unido*, (Serie A, n. 24), parágrafo 49]. Para una evaluación de la experiencia americana comparada con las experiencias europeas, o con algunas de ellas, como la alemana, la francesa y la del TEDH, véase L. PECH, *La liberté d'expression et sa limitation*, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 2003, así como el artículo del mismo autor «El mercado de las ideas. Una metáfora americana», en Kiyindou, A., y Mathien, M. (dir.), *Évolution de l'économie libérale et liberté d'expression*, Bruylant, 2007, pp. 59 y ss. así mismo

Es más bien la STEDH *Lingens*, de 1986⁴², la que recoge la esencia de *Sullivan*.

Los hechos de *Lingens* son difíciles de resumir. Lingens era un periodista que criticó a Peter, líder del partido liberal austriaco, por haber sido miembro de las SS; el canciller Kreisky hizo declaraciones defendiendo a Peter y acusando a Lingens de utilizar métodos mafiosos; entonces Lingens escribió un artículo criticando a Kreisky atribuyéndole el «peor y más odioso oportunismo» y llamándolo «inmoral e indigno»; Kreisky se querelló y los tribunales condenaron a Lingens basándose en que no había probado sus acusaciones, como exigía la ley.

El TEDH sí ofrece aquí una doctrina y jurisprudencia que recuerda a *Sullivan*. En su doctrina, recoge la idea de que quedan protegidas por el

P.-FR. DOCQUIER, *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux États-Unis*, Bruylant, coll. Droit et Justice, n. 72, 2007.

La Comisión de Venecia del Consejo de Europa organizó en la serie Science and Technique of Democracy un coloquio en 2003 que abordó la libertad de expresión en Europa y en EEUU.

⁴² STEDH *Lingens*, de 8 de julio de 1986.

S. MUÑOZ MACHADO, *Libertad de expresión y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 43; O. M. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 18 y todo el capítulo 3 titulado «La misión democrática de la prensa», pp. 71 y ss.; I. VILLAVARDE MENÉNEZ, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1994, p. 91; P. S. CODERCH - M.T. CASTIÑEIRA PALOU - F. IGARTUA ARREGUI - M. MARTÍN CASÁIS - J. SANTDUMENGE FARRE, *El mercado de las ideas*, CEC, Madrid, 1990, pp. 8 y ss.; P. S. CODERCH, *El derecho de la libertad*, CEC, Madrid, 1993, pp. 64 y ss. (la cita es de p. 67); B. NEUBORNE, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 76 y 79; A. BOIX PALOP, «Libertad de expresión y pluralismo en la red», *REDC* núm. 65 (2002), p. 153; A. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, «Libertad de expresión y programación especial en derecho norteamericano de los medios audiovisuales», *RAP* núm. 151 (2000), pp. 513 y ss.; A. FAYOS GARDÓ, «Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión: de Holmes a la sentencia del caso Internet», *RAP* número 141 (1996), pp. 395 y ss. y «El nuevo mercado de las ideas (Sobre la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano del caso Internet)», *RAP* núm. 144 (1997), pp. 231 y ss.

Convenio también las ideas que «ofenden, hieren o molestan». Y por esta razón, y porque las expresiones utilizadas por Lingens eran juicios de valor y no hechos, y por tanto no eran susceptibles de prueba alguna, se anuló la condena a Lingens.

c) Lo que nos interesa es dilucidar si la libertad de expresión goza de ese estatuto tan favorable en el marco de la jurisprudencia del TEDH. Y en este punto hemos de destacar que en la jurisprudencia europea encontramos resoluciones que nos inducen a hablar, frente a la libertad de expresión, de un derecho concurrente de oponibilidad reforzada, que sería la protección de las convicciones religiosas, y de otros derechos concurrentes con la libertad de expresión, que solo gozarían de una oponibilidad atenuada, que serían el derecho a la fama y el del respeto a la intimidad de la vida privada⁴³. En la práctica, el sometimiento puro y simple de la libertad de expresión es rara vez reconocido por el TEDH⁴⁴.

Comenzando con el derecho a la protección de las convicciones religiosas, el Tribunal las ha protegido reconduciéndolas a la «protección de los derechos y libertades de los demás». Así lo hizo en una sentencia importante en la materia, la del asunto *Otto-Preminger-Institute*⁴⁵. Se trataba de la prohibición y confiscación de una película ofensiva para la religión católica por parte de las autoridades judiciales austriacas. La película era claramente blasfema contra Dios Padre, contra Jesucristo y contra la Santísima Virgen. El TEDH se basó en que el 80% de la población tirolesa era católica para confirmar las resoluciones de los órganos judiciales austriacos.

⁴³ El Tribunal ha de desarrollar su doctrina para la resolución de estos conflictos (Stijn Smet, 'Freedom of expression and the right to reputation: human rights in conflict', 26 *Am. U. Int'l L. Rev.* 183 2010-2011, p. 186), de modo similar a lo que hizo para otros en *Chassagnou v. France*, App. Nos. 25088/94, 28331/95, & 28443/95 (Eur Ct HR Apr. 29, 1999).

⁴⁴ S. van DROOGHENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable?», *RTEDH* 2001, n. especial, Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie, pp. 542 y ss.

⁴⁵ STEDH de 22 de septiembre de 1994, asunto *Otto-Preminger Institut c. Austria*, serie A, n.13470/87.

En algún otro caso importante el Tribunal se ha basado en la protección del efectivo pluralismo religioso, en la idea de que tolerar ataques muy duros a creencias religiosas puede desembocar en que las personas que las profesan no se atrevan a hacerlo públicamente. Este fue el fundamento con el cual se confirmó la decisión del Reino Unido de denegar la licencia para la distribución y proyección de un video acerca de los éxtasis de Santa Teresa, video en el que estos se venían a confundir con la pasión carnal, llegando a insinuarse correspondencia de Cristo. El TEDH consideró que entraba dentro del margen de apreciación del Estado la medida adoptada en la Sentencia *Wingrove c. Reino Unido* (1996)⁴⁶.

Si intentamos precisar cuáles son los ataques antirreligiosos que se proscriben y cuáles se permiten, cabe señalar, de manera fundamental, la «obligación de evitar las expresiones que son gratuitamente ofensivas» y que «no contribuyen a ninguna forma de debate público capaz de favorecer el progreso en los asuntos del género humano»; estas, al parecer, fueron las razones por las que se consideró que había de ampararse a Paul Giniewsky, periodista que a raíz de la publicación de la encíclica «*Veritatis splendor*» en 1993, publicó un artículo titulado «La oscuridad en el error» en que decía que la Iglesia católica se autoinstituye única detentadora de la verdad divina, en unos términos que formaban el humus en que había «germinado la idea y la culminación de Auschwitz». El director de la publicación y el autor del artículo fueron condenados a multa de 6000 francos, pero el TEDH consideró que la multa vulneraba el art. 10 CEDH, pues no se abría una polémica gratuita, se refería a un texto del Papa y no de toda la cristiandad, y no era gratuitamente ofensivo ni injurioso.

Otro criterio para detectar qué ideas antirreligiosas son contrarias al Convenio, podría ser la de que las ideas hostiles a la fe deben ser toleradas, pero no se puede decir lo mismo de los ataques injuriosos contra símbolos sagrados, como se deriva del asunto *Aydin Tatlav c. Turquía*⁴⁷, Sen-

⁴⁶ STEDH de 25 de noviembre de 1996, asunto *Wingrove c. Reino Unido*, serie A, rec. número 17419/90.

⁴⁷ STEDH de 2 de mayo de 2006, asunto *Aydin Tatlav c. Turquía*, rec. Número 50692/99.

tencia en la que, por esa razón, se anuló una modesta multa impuesta por Turquía por profanación de la religión al autor de un libro con pretensiones científicas que mantenía que Alá no existía, que había sido creado para engañar al pueblo iletrado, que el Islam es una religión primitiva que engaña a la población con historias sobre el paraíso y el infierno y que sacraliza relaciones de explotación, incluida la esclavitud.

Por otra parte, decíamos que se puede hablar de derechos concurrentes de oponibilidad atenuada. Uno sería la fama o reputación, lo que por cierto constituye una novedad de los últimos años.

Efectivamente, son numerosos los casos que podrían traerse a colación para ilustrar la preferencia del Tribunal por la libertad de expresión sobre la fama⁴⁸, lo que además está justificado si tenemos en cuenta que el CEDH no reconoce tal derecho. Ninguna disposición del Convenio garantiza expresamente un derecho a la fama. Esto explica que esta no haya sido protegida más que cuando constituía una restricción legítima a la libertad de expresión en cuanto componente de «la protección de los derechos de los demás»^{49 50}.

⁴⁸ Según S. SMET, «Freedom of expression and the right to reputation: human rights in conflict», *26 American University International Law Review* 183 2010-2011, p. 236), en conjunto, la jurisprudencia del Tribunal en los asuntos de difamación sigue un sistema que se puede llamar de «concordancia práctica» en el que ninguno de los derechos en conflicto puede considerarse predominante.

⁴⁹ Un estudio detallado de la jurisprudencia del antiguo y del nuevo Tribunal pondría de manifiesto, estadísticamente al menos, la prevalencia reconocida a la libertad de expresión en caso de conflicto con la salvaguardia de la reputación de los demás. El favor reconocido a la libertad de expresión parece indiferente a la identidad de las personas que reivindicquen la protección de su reputación o su honor. Todos son entregados a la misma suerte tanto si se trata de empleadores (SSTEDH de 29 de febrero de 2000, asunto *Fuentes Bobo c. España*, N. 39293/98; de 21 de enero de 1999, asunto *Fressoz y Roire c. Francia*), de asalariados (en el caso concreto, cazadores de focas) (STEDH de 20 de mayo de 1999, asunto *Bladet Tromso y Stensaas c. Noruega*, N. 27980/93), médicos (en particular, cirujanos: SSTEDH de 2 de mayo de 2000, asunto *Bergens Tidende y otros c. Noruega*, N. 25132/95; de 16 de noviembre de 2004, asunto *Selistö c. Finlandia*, N 57767/00; de 11 de octubre de 2007, asunto *Kanellou c. Grecia*, N 29504/05) de personalidades políticas (STEDH de 29 de septiem-

La sobreprotección conferida de esta manera al derecho a la libertad de expresión en comparación con la protección de la fama de los demás parece corregirse en la jurisprudencia de los últimos años del Tribunal ⁵¹ ⁵².

bre de 1999, asunto *Dalban c. Rumanía*, N. 28114/95) o incluso de empresas (Sentencia de la Gran Sala de 15 de febrero de 2005, asunto *Steel y Morris c. Reino Unido*, N. 68416/01). Esta orientación, ha sido a menudo criticada por la doctrina G. COHEN JONATHAN, «Abus de droit et libertés fondamentales» en *Au Carrefour des droits*, Mélanges en l'honneur de L. Dubouis, Dalloz, 2002, página 538; G. MORANGE, «La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression» en *Libertés, justice, tolérante. Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen Jonathan*, Tomo II, Bruylant, 2004, pp 1249 y ss.

Excepcionalmente el Tribunal Europeo ha fundado la ventaja reconocida a la libertad de expresión en la existencia de una jerarquía: en la STEDH de 2 de mayo de 2000, asunto *Bergens Tidende y otros c. Noruega*, (N. 26132/95) el Tribunal dijo que no podía «considerar que el interés evidente del doctor R... en proteger su reputación profesional era suficiente para primar el importante interés público en preservar la libertad de prensa de proporcionar informaciones sobre cuestiones que presentan un interés público legítimo». Pero habitualmente, la prevalencia reconocida a la libertad de expresión resulta de la ponderación de los dos derechos en conflicto: la protección de la reputación de los demás pesa sistemáticamente menos que la defensa del derecho garantizado por el art. 10.1 CEDH. De esta manera, los individuos se han convertido en «rehenes del interés público legítimo» vinculado a todo debate general.

⁵⁰ E. BREMS, *Introduction to Conflicts between fundamental rights*, (E. Brems ed., 2008) 1, 4-6, ofrece una clasificación de las formas de razonar de los tribunales y del legislador al resolver conflictos entre derechos.

⁵¹ El cambio de actitud del Tribunal resulta especialmente notable si tenemos en cuenta que se aplica a la salvaguardia de la reputación de un personaje político, particularmente controvertido que ocupaba en el espectro político una posición considerada extremista (STEDH, Gran Sala, de 22 de octubre de 2007, asunto *Lindon Otchakovsky-Laurens y July c. Francia*, N. 21279/02 y 36448/02). La solución adoptada resultó tanto más inesperada por no atender, contrariamente a lo que hubieran querido los jueces discrepantes (Rozakis, Bratza, Tulkens y Sikuta) a la naturaleza de las ideas («buenas» o «malas») para hacer depender de ello la protección de la reputación. La revalorización de la protección de la reputación de los demás constituye además un objetivo claro de muchos jueces, que consideran que no solamente deben luchar contra los abusos de los medios de comunicación de masas, sino también, y quizás sobre todo, hacer entrar en el Derecho del Convenio un verdadero derecho a la fama

Del mismo modo, puede parecer curioso que el Tribunal Europeo, tan proclive al uso de la doctrina del «Derecho vivo» no haya erigido el respeto a la fama en derecho fundamental autónomo derivándolo del propio Convenio⁵³. Además, el Tribunal, ha erigido el derecho a la protección de la fama en componente del derecho al respeto a la vida privada: STEDH de 15 de noviembre de 2007, asunto Pfeifer c. Austria, N. 12556/03⁵⁴ (con Voto particular discrepante del juez Loucaïdes).

que disponga de un estatuto similar al de la libertad de expresión. Es significativo en este sentido el Voto particular concurrente del magistrado Loucaïdes a la STEDH de 22 de octubre de 2007, asunto *Lindon Otchakovsky-Laurens y July c. Francia*. En efecto, puede parecer paradójico que el Convenio proteja explícitamente derechos de importancia menor (como el secreto de la correspondencia) y que margine un elemento principal del valor humano como es en definitiva la dignidad de la persona. Ha de recordarse que el derecho a la fama y al honor está reconocido tanto por el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, como por el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵² Varios autores piensan que la técnica del TEDH para resolver conflictos es próxima a la de la «concordancia práctica» del Tribunal Constitucional Federal alemán, intentando salvar ambos derechos, pero en muchos casos ha de elegir. Véase O. DE SCHUTTER & F. TULKENS, «Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution», en *Conflicts between fundamental rights*, Eva Brems ed., 2008, p. 203. Y S. SMET, n. 50, pp. 188 y ss.

⁵³ Es verdad que, textualmente, la protección de la fama no es más que un motivo admisible de limitación de la libertad de expresión, pero esta consideración técnica no parece determinante si tenemos en cuenta la interpretación «manipulativa» (dicho sea sin sentido peyorativo alguno) que ha hecho el Tribunal del art. 4. CEDH para concluir la aplicabilidad del art. 14 (STEDH de 18 de julio de 1994, asunto *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, serie A, 291-B). La consagración de un derecho a la protección de la fama es legítima no solamente desde el punto de vista del carácter fundamental de la misma en la sociedad democrática, sino también por la mutación de la prensa, que se ha convertido más que nada en una actividad económica preocupada de obtener la máxima rentabilidad económica y con clara tendencia a considerar que solo tiene que rendir cuentas ante ella misma.

⁵⁴ En el asunto *Pfeifer*, este último demandó a un semanario de derechas que le había acusado de haber formado una asociación para cazar a determinada persona por haber banalizado en un artículo los crímenes nazis, persona ésta última que había acabado suicidándose.

Pero la fama y el honor están reconocidos en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH en lo sucesivo) y en el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP en adelante).

Esto, y acaso la mutación del papel de la prensa, que muchas veces se comporta como mera actividad económica preocupada de obtener la máxima rentabilidad y con tendencia a rendir cuentas solo ante ella misma, parece que vienen induciendo al TEDH a reconocer tal derecho, reconduciéndolo bajo el rótulo «protección de los derechos de los demás».

Dos casos merecen ser traídos a colación en este sentido. En uno de ellos, asunto *Lindon y otros*⁵⁵, se estimó un recurso a un personaje tan indiscutiblemente público y político como Jean-Marie Le Pen.

Los hechos fueron los siguientes. Lindon y su editor habían escrito una novela contra Le Pen y un director de revista se había solidarizado con ellos. La novela, inspirada en hechos reales, concretamente en el asesinato de un joven marroquí por un militante del partido de Le Pen, asimilaba a este último a un «jefe de una banda de asesinos», afirmaba que el asesinato del joven marroquí había sido «recomendado» por Le Pen y calificaba a este último como «vampiro que se alimenta de la acritud de sus electores pero también a veces de su sangre».

El TEDH consideró que el semanario había vulnerado el derecho a la fama o reputación, que considera implícito en el art. 8 CEDH.

Los hechos son un poco largos:

P. escribió un artículo en una revista liberal, diciendo que los judíos habían declarado la guerra a Alemania en 1933 y banalizando los crímenes nazis. Pfeifer lo acusó de neonazi. P. se querelló pero perdió el pleito.

El Ministerio Fiscal emprendió un proceso contra P. en virtud de la legislación sobre prohibición del nacional socialismo. P. se suicidó. Un semanario de derechas acusó a Pfeifer y a otros de haber formado una asociación para cazar a P, hasta que lo habían conseguido. Pfeifer demandó al semanario. En la instancia ganó Pfeifer pero perdió en apelación. El TEDH, a pesar de que la crítica fuera política consideró que se había dañado la fama o reputación de Pfeifer.

⁵⁵ STEDH de 27 de septiembre de 2007, asunto *Lindon y otros c. Francia*, N. 21279/02 y 36448/02.

Las autoridades francesas habían condenado a multas y a indemnizar daños y perjuicios y el TEDH confirmó este criterio, considerando que la crítica proferida contra Le Pen atizaba la violencia y el odio y no podía quedar protegida bajo el paraguas del art. 10 CEDH.

El otro asunto al que quisiera hacer referencia es uno en que el TEDH explícitamente reconduce el derecho a la fama al derecho al respeto a la vida privada. Es el asunto *Pfeifer*⁵⁶, en el que este último demandó a un semanario de derechas que le había acusado de haber formado una «asociación para cazar» a determinada persona por haber banalizado en un artículo los crímenes nazis, persona ésta última que había acabado suicidándose. El TEDH consideró que el semanario había vulnerado el derecho a la fama o reputación, que considera implícito en el art. 8 CEDH⁵⁷.

El derecho que sí aparece en el Convenio y que podemos considerar de oponibilidad atenuada es el del respeto a la intimidad de la vida privada. La protección concedida por la jurisprudencia europea al respeto a la fama de los demás se inscribe en un movimiento más amplio de reforzamiento de la protección de la vida privada que incide en primer lugar en la intimidad de la vida privada⁵⁸.

La libertad de expresión goza en su conflicto con este derecho de un amplio espacio, pero no de una superioridad jerárquica, sino que ha de ser

⁵⁶ STEDH de 15 de noviembre de 2007, asunto *Pfeifer c. Austria*, N. 12556/03.

⁵⁷ Artículo 8: Derecho al respeto de la vida privada y familiar:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros».

⁵⁸ Véase P. WACHSMANN, «Le droit au secret de la vie privée» en Sudre, F. (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, coll Droit et justice, N. 63, 2005, p. 151; E. DREYER «Observations sur quelques applications récentes de l'article 10 de la Convention européenne (Janvier 2006-janvier 2007)» *RTEDH* 2007, p. 639.

ponderada. Pues bien, el elemento determinante de la conciliación entre los dos derechos es la contribución de la publicación o del mensaje al debate de interés general o de interés público.

En este sentido puede considerarse de gran relevancia el asunto *Hannover*⁵⁹, de 2004. En él, el TEDH, sin perjuicio de reiterar su conocida doctrina sobre las ideas que chocan y la prensa como «perro guardián», avanza en el reconocimiento de la vida privada cuando una publicación no enriquece el debate público, a pesar de la curiosidad del público y del interés comercial de las revistas.

El asunto versaba sobre la publicación en diferentes momentos de una serie de fotografías de Carolina de Mónaco. La jurisdicción ordinaria ya había estimado su pretensión de prohibir la publicación de algunas en las que aparecía con un amigo al fondo del patio de un restaurante y otras en que aparecía con sus hijos, quedaban otras que no tenían la menor trascendencia pública: montando a caballo, en un restaurante con un amigo, esquiando, saliendo de su domicilio, jugando al tenis y dando un tropezón.

El TEDH aplicó el art. 8 CEDH y la Resolución 1165 (1998) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre el derecho a la vida privada; recordó que había de poner el acento en la eventual contribución que las fotos aportaban al debate de interés general, en que la prensa, como «perro guardián» en una democracia, debe comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público.

Por ello, aunque de acuerdo con la legislación del país, Carolina podía ser calificada como «personalidad absoluta», aunque existía interés del público e interés comercial de las revistas, la publicación de las fotos no contribuía al debate de interés general, se trataba de fotos no tomadas durante actos en el cumplimiento de funciones oficiales y que se referían a detalles de su vida privada.

⁵⁹ STEDH de 24 de junio de 2004, asunto *Hannover c. Alemania*, N. 59320/00.

4. INCORPORACIÓN DE LA DOCTRINA *SULLIVAN* Y *LINGENS* EN ESPAÑA

Según Muñoz Machado, la situación actual de los medios de comunicación, en la que, siempre que se comporten con una mínima diligencia, no tienen que temer condenas a indemnizaciones millonarias, se deriva de la Sentencia *Sullivan* y en particular de la doctrina según la cual: primero, los errores son inevitables para respirar; segundo, ha de probarse la malicia del difamador; tercero, ha de probarse la falta de veracidad del difamador. Esta doctrina le permite jugar a la prensa su papel de «perro guardián» de las libertades.

En España la prensa parece ejercer también ese papel, y esto nos exige preguntarnos si hay o hubo una Sentencia *Sullivan* en España, plantearnos cuál es la situación en cuanto a la carga de la prueba en los procesos por difamación y vulneración de la intimidad. Pues bien, al respecto han de hacerse las siguientes observaciones:

Solemos atribuir la privilegiada posición de la prensa entre nosotros a que el Tribunal Constitucional la ha dotado de posición preferencial sobre los derechos que entran en colisión con ella, como honor, intimidad y propia imagen, y se justifica esa posición preferencial por su conexión con la democracia.

Pues bien, es preciso señalar que ya desde la STC 6/1981, de 16 marzo, nuestro Tribunal Constitucional venía subrayando la importancia de las libertades informativas para la democracia. Y que desde la STC 159/1986, del 16 diciembre, el Tribunal Constitucional venía hablando de posición preferencial de la libertad de expresión.

Sin embargo, la incorporación de la jurisprudencia *Sullivan* a nuestro sistema se produce en la STC 6/1988, de 21 enero, casi 10 años después de la aprobación de la Constitución.

Efectivamente, a partir de este momento, las reglas que rigen en materia de prueba, que entre nosotros serían el 24.2 CE y el 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, serán desplazadas en la materia por los principios que sienta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Es fácil encontrar Sentencias en las que la sustancia de la Sentencia *Sullivan* que se incorpora a nuestro ordenamiento en un proceso la-

boral⁶⁰, se extiende al ámbito civil⁶¹ y al ámbito penal⁶² e incide no solamente en la libertad de información sino también en la de expresión⁶³. Son Sentencias en las que el informante debe acreditar sólo la veracidad, la diligencia en la búsqueda de la información y en las que si el afectado por la información cree que se han hecho públicos datos deshonrosos innecesariamente para la información ha de probar que es así⁶⁴.

⁶⁰ La doctrina se importa con un caso laboral: STC 6/1988, de 21 de enero. El señor Crespo Martínez, tras haber prestado servicios laborales en periódicos dependientes del extinto Organismo Autónomo Medios de Comunicación Social del Estado, pasó en 1981 a prestarlos en la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia, con la categoría profesional de Redactor, adscrito a la Subsecretaría del Ministerio y dependiendo directamente del Jefe de Gabinete de Prensa del mismo. Por Resolución de la citada Subsecretaría de 12 de febrero de 1985 fue despedido por la comisión de una falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza y otra leve de ausencia al trabajo, por lo que interpuso demanda. En el FJ 5 se recibe la jurisprudencia *Lingens* e indirectamente la *Sullivan*: 1.º) Se protege la información veraz, esto es, la buscada con diligencia, no la absolutamente verdadera. 2.º) No se protege la «actual malice», el insulto, la expresión despreciativa innecesaria para informar, lo cual es distinto de las operaciones de introspección que requería el «animus iniuriandi». 3.º) Además, para que el ejercicio del derecho a la información goce de protección constitucional los hechos deben encerrar trascendencia pública. Se concluye: «El despido, en definitiva, se produjo, en este caso, con daño para la libertad de información de quien recurre, pues ni la sanción recayó por incumplimiento de un deber de secreto, ni se acreditó en juicio la negligencia o el animus nocendi que pudiera haber concurrido en su transmisión, versando la información misma sobre hipotéticas anomalías que habrían de merecer la atención pública».

⁶¹ STC 232/1993, de 12 de julio, una de las dos más importantes. Se recibe la doctrina *Sullivan* del reportaje neutral, pero se explica que: El que se limita a reproducir lo que dice otro ha de probar que se limita a eso. El que genera la noticia que se reproduce ha de ser veraz. Las dos publicaciones deben revestir trascendencia pública. También STC 171/1990, de 12 de noviembre.

⁶² STC 105/1990, de 6 de junio: traslación de *Sullivan* al ámbito penal. Se aplica STC 6/1988: veracidad: FJ5. Pero se aprecia que concurrió malicia (ánimo no informativo) y se deniega el amparo solicitado. También SSTC 200/1998, de 14 de octubre y 29/2009, de 26 de enero.

⁶³ STC 151/2004, de 20 de septiembre.

⁶⁴ Otros casos de aplicación de la STC 6/1988 serían los siguientes. En la STC139/1995, de 26 de septiembre, se invoca doctrina veracidad (FJ 7) y se aplica a

También se puede constatar que, entre nosotros, lo que hace más vulnerable el honor de las personas con relevancia pública es el régimen de la carga de la prueba.

La STC 112/2000, 5 mayo, es muy expresiva al respecto⁶⁵. Se trataba de un artículo publicado por la revista *Época* titulado «el Falcon Crest español» en el que se incluían datos de la vida privada de una persona sin notoriedad pública de forma que desmerecía a los ojos de los demás. El Tribunal, con citas de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en particular del caso *Lingens*, recalca que el honor de las personas con notoriedad pública es igual que el de los particulares. Pero estos últimos no tienen la carga de probar que las expresiones deshonrosas son extrañas al discurso informativo, por lo que el propio Tribunal lo examinará de oficio.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Deliberadamente llamamos consideraciones finales a las que vamos a realizar para concluir nuestra exposición, ya que no se trata de un elenco

un reportaje de la revista «Interviú», llegándose a la conclusión de que la información no era veraz y denegando el amparo. También se cita la STC 6/1988, con resultado de negar la veracidad de lo publicado en la STC 28/1996, de 26 de febrero, en la que se indica que las indagaciones deben ser más profundas cuando más grave es la información. En la STC 110/2000, de 5 de mayo, se aplica la STC 6/1988 a un artículo escrito por unos ecologistas contra un Alcalde y se considera dentro del art.20 CE por ser veraz y no malicioso. En la STC 158/2003, de 15 de septiembre se aplica la STC 6/1988 a una información vertida sobre un despacho de abogados y se considera dentro del art. 20 CE por ser veraz y no maliciosa. En la STC 61/2004, de 19 de abril, se recoge una amplia cita de Sentencias que repiten la doctrina de la veracidad de la STC 6/1988 a una noticia publicada sobre acoso sexual y se considera dentro del art.20 CE por ser veraz.

⁶⁵ STC 49/2001, de 26 de febrero la confirma. Aquí el actor es un personaje público que ataca a otro que también lo es y justifica en el marco de la dureza de la polémica la dureza de sus palabras. (Ramón Mendoza viene a llamar hijo de chorizo a José María García).

de conclusiones que pretendan dejar cerrado el tema, sino de una invitación a la reflexión y en su caso al diálogo.

1.º) La primera reflexión que suscita el estudio de las sentencias principales que en materia de libertad de expresión han dictado el TSEEUU y el TEDH es que existen muchos regímenes de la libertad de expresión compatibles con la democracia: el de Estados Unidos antes de 1919, el de Estados Unidos antes de la sentencia *Sullivan*, el europeo antes del asunto *Lingens*, el europeo después del asunto *Lingens*, etc. Todos estos sistemas han sido o son democráticos, por lo que no existe, de momento, un modelo jurídico de la prensa que pueda reclamar para sí la coesencialidad a la democracia.

Concretamente, el régimen de la prensa actualmente vigente en Estados Unidos y en Europa tiene pendiente la explicación de por qué han de padecer, como padecen, el honor y la intimidad de las personas públicas.

No obstante, tal vez deba añadirse que unos regímenes de la libertad de expresión podrían considerarse más propios de la democracia que otros.

2.º) Una segunda reflexión que suscita el estudio anteriormente realizado es que los grandes cambios se producen a veces no merced a declaraciones grandilocuentes y solemnes, sino en virtud de la letra pequeña de las cosas. Hemos visto, en este sentido, cómo el cambio de la carga de la prueba en la difamación (*Sullivan*) ha supuesto un terremoto en el régimen jurídico de la prensa.

Como hemos visto, la situación actual de los medios de comunicación, en la que, siempre que se comporten con una mínima diligencia, no tienen que temer condenas a indemnizaciones millonarias, se deriva de la sentencia *Sullivan* y en particular de la doctrina según la cual: primero, los errores son inevitables para respirar; segundo: ha de probarse la malicia del difamador; tercero, ha de probarse la falta de veracidad del difamador. Esta doctrina le permite jugar a la prensa su papel de «perro guardián» de las libertades.

3.º) En nuestro país la prensa parece ejercer también ese papel, y esto nos ha exigido preguntarnos si hay o hubo una Sentencia *Sullivan* en nuestra jurisprudencia, plantearnos cuál es la situación en cuanto a la carga de la prueba en los procesos por difamación y vulneración de la intimidad. Pues bien, al respecto han de hacerse las siguientes observaciones:

Solemos atribuir la privilegiada posición de la prensa entre nosotros a que el Tribunal Constitucional la ha dotado de posición preferencial sobre los derechos que entran en colisión con ella, como honor, intimidad y propia imagen, y se justifica esa posición preferencial por su conexión con la democracia.

Es preciso señalar que ya desde la STC 6/1981, de 16 marzo, nuestro Tribunal Constitucional venía subrayando la importancia de las libertades informativas para la democracia. Y que desde la STC 159/1986, del 16 diciembre, el Tribunal Constitucional venía hablando de posición preferencial de la libertad de expresión.

Sin embargo, la incorporación de la jurisprudencia Sullivan a nuestro sistema se produce en la STC 6/1988, de 21 enero, casi 10 años después de la aprobación de la Constitución.

Efectivamente, a partir de este momento, las reglas que rigen en materia de prueba, que entre nosotros serían el 24.2 CE y el 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, serán desplazadas en la materia por los principios que sienta la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Es fácil encontrar Sentencias en las que la sustancia de la Sentencia *Sullivan* que se incorpora a nuestro ordenamiento en un proceso laboral, se extiende al ámbito civil y al ámbito penal e incide no solamente en la libertad de información sino también en la de expresión. Son Sentencias en las que el informante debe acreditar sólo la veracidad, la diligencia en la búsqueda de la información y en las que si el afectado por la información cree que se han hecho públicos datos deshonrosos innecesariamente para la información ha de probar que es así.

También se puede constatar que, entre nosotros, lo que hace más vulnerable el honor de las personas con relevancia pública es el régimen de la carga de la prueba. La STC 112/2000, 5 mayo, es muy expresiva al respecto.

Resumen:

El trabajo compara la libertad de comunicación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero partiendo de la primera de ellas. Existen diferencias, que se especifican. Los textos reguladores invitan a hablar de dualidad de modelos. Pero tal vez sea excesivo. Consideraciones finales: 1) existen muchos regímenes de la libertad de expresión compatibles con la democracia: el generado a partir de la sentencia Sullivan en Esta-

dos Unidos, (en Europa, *Lingens*) no es el único, aunque en la actualidad se considera el más coherente con ella, lo que no se discute. 2) Los grandes cambios se producen a veces en virtud de detalles aparentemente pequeños. El cambio de la carga de la prueba en la difamación (*Sullivan*) ha supuesto un terremoto en el régimen jurídico de la prensa. La doctrina *Sullivan* se puede resumir en los siguientes puntos: primero, los errores son inevitables para respirar; segundo, ha de probarse la malicia del difamador; tercero, ha de probarse la falta de veracidad del difamador. Esta doctrina le permite jugar a la prensa su papel de «perro guardián» de las libertades. 3.º) En nuestro país la prensa parece ejercer también ese papel, y esto nos exige preguntarnos si hay o hubo una Sentencia *Sullivan* en nuestra jurisprudencia; solemos atribuir la privilegiada posición de la prensa entre nosotros a que el Tribunal Constitucional la ha dotado de posición preferencial sobre los derechos que entran en colisión con ella, como honor, intimidad y propia imagen, y se justifica esa posición preferencial por su conexión con la democracia; pues bien, ya desde la STC 6/1981, de 16 marzo, nuestro Tribunal Constitucional venía subrayando la importancia de las libertades informativas para la democracia; y desde la STC 159/1986, del 16 diciembre, venía hablando de posición preferencial de la libertad de expresión; sin embargo, la incorporación de la jurisprudencia *Sullivan* a nuestro sistema se produce en la STC 6/1988, de 21 enero, casi 10 años después de la aprobación de la Constitución.

Palabras Clave: Libertad de expresión; libertad de comunicación; *Sullivan*; *Lingens*; posición preferente; carga de la prueba; perro guardián; democracia.

Abstract:

This paper compares the freedom of communication in the jurisprudence of the Supreme Court of the United States and the European Court of Human Rights, departing from the first one. It is noted that there are differences, as specified. Regulatory texts invite to speak of two models, though this may be a far-fetched statement. This paper makes the following concluding remarks: 1) there are many conceptions of freedom of expression that are compatible with democracy: the one derived from the Sullivan judgment in US, (and in Europe from the Lingens judgment) is not the only one, although currently it is considered the most consistent with it, which is not discussed here. 2) Major changes sometimes occur under seemingly small details, but after the fine print. In this sense, the shift of the burden of proof in defamation cases (Sullivan) has been an earthquake in for the legal regime governing the press. The Sullivan doctrine can be summarized as follows: first, errors are inevitable, as freedom of speech needs a «breathing space»; second, the malice of those who defame must be proved; third, it is necessary to prove the lack of veracity of the slanderer. This doctrine allows the press to play its role of «watchdog» of freedom; 3) thirdly, in our country, the press also seems to play that role, and this requires us to ask whether there is, or ever was, a Sullivan judgment in our jurisprudence. We tend to attribute the privileged position of the press among us to the fact that the Consti-

tutional Court has given preferential consideration to freedom of speech when it is in conflict with honor, intimacy privacy and self-image. This preference is justified by its connection to democracy. Since the STC 6/1981 of 16 March, our Constitutional Court had been stressing the importance of freedom of information for democracy, and since the STC 159/1986 of 16 December, the Constitutional Court came to suggest the preferential position of freedom of expression. However, the incorporation of the Sullivan doctrine in the Spanish system takes place through STC 6/1988 of 21 January, almost ten years after the passage of the Constitution.

Keywords: *Freedom of expression, freedom of communication, Sullivan, Lingens, preferred position, burden of proof, watchdog, democracy.*

