

## Colisión entre los derechos fundamentales a la libre expresión y a la intimidad y dignidad humana en los Estados Unidos y Puerto Rico

JOSÉ JULIÁN ÁLVAREZ GONZÁLEZ\*

Hace doce años una amiga abogada y yo presentamos un pleito por difamación en los tribunales de Puerto Rico contra un periódico puertorriqueño. Representamos a otra amiga, fiscal de profesión, quien fue seria y groseramente difamada por una serie de 42 publicaciones de ese periódico. Cuando escribo estas líneas, aún aguardamos por una decisión del tribunal de primera instancia, tras un juicio oral muy accidentado que duró dos años. No huelga recalcar que la decisión de instancia, cuando finalmente se produzca, será sólo el primer paso en lo que promete ser un largo proceso apelativo a través de la cadena de tribunales apelativos puertorriqueños, con la posibilidad siempre presente de que el asunto culmine ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En fin, los doce años de proceso judicial en instancia bien pueden ser sólo la punta del témpano en términos de duración y peripecias de lo que hasta ahora ha sido un proceso verdaderamente angustioso. Las reflexiones que siguen, por lo tanto, no sólo reflejan las ideas de un profesor de derecho constitucional, sino que recogen las experiencias vividas en las trincheras de los juzgados.

La idea central que desarrollaré, producto de esas reflexiones y experiencias, es la siguiente: en casos de colisión entre el derecho a la libre expresión y el derecho a la intimidad y dignidad del ser humano, el derecho constitucional norteamericano ha decidido preferir categóricamente al primero de estos derechos prácticamente a exclusión del segundo, al menos cuando la persona difamada tiene alguna relevancia pública. Esa es una decisión poco sabia, aun en el contexto norteamericano, y es particularmente nociva en una sociedad de raíces culturales distintas, como la puertorriqueña, la que, por imperativos políticos, tiene que bailar la melodía constitucional norteamericana.

### I. El Derecho Vigente en Estados Unidos

La bicentenaria Constitución de los Estados Unidos de América consagra la libertad de expresión en lenguaje aparentemente terminante: “El Congreso no aprobará ninguna ley... que coarte la libertad de palabra o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios”.<sup>1</sup> Esa Constitución nada dice sobre el derecho a la intimidad y a la dignidad del ser humano. No obstante, tras muchas vueltas, en 1965 el Tribunal Supremo federal “descubrió” que la

\* Profesor Facultad de Derecho Universidad de Puerto Rico

<sup>1</sup> CONST. E. U. A., Enmienda 1 (traducción mía).

Constitución federal reconoce el derecho a la intimidad.<sup>2</sup> Aunque inicialmente ese Tribunal reclamó que ese derecho era una especie de experiencia mística, por cuanto fluía de las penumbras y emanaciones de varias disposiciones constitucionales que consagran específicamente otros derechos individuales,<sup>3</sup> eventualmente lo adscribió a una cláusula constitucional en particular, aquella que dispone que ni el gobierno federal ni los gobiernos estatales podrán privar a las personas de su libertad sin el debido proceso de ley.<sup>4</sup>

Un año antes, sin embargo, el Tribunal Supremo federal ya había limitado muy seriamente lo que los estados y el gobierno federal pueden hacer para proteger los intereses de intimidad y dignidad de las personas.

Hasta 1964 se había interpretado que el lenguaje difamatorio no tenía protección alguna bajo la cláusula federal de libertad de expresión; se le consideraba “expresión no protegida”.<sup>5</sup> En consecuencia, tanto los estados como el gobierno federal tenían libertad para proveer diversos remedios que obligaran al difamador a indemnizar a la persona difamada o a reparar los efectos de la difamación. En 1964, el Tribunal Supremo federal dio un abrupto cambio de rumbo.

En ese año de 1964 se resolvió el muy conocido caso de *New York Times Co. v. Sullivan*.<sup>6</sup> Esa decisión no declaró directamente que el lenguaje difamatorio está protegido por la libertad de expresión, pero indirectamente hizo algo funcionalmente equivalente, por cuanto estableció muy variadas cortapisas y barreras sustantivas y procesales que limitan lo que los tribunales en Estados Unidos pueden considerar y penalizar como lenguaje difamatorio.

A menudo se olvida que el factor principal que motivó la decisión en *Sullivan* no fue un interés puro en la protección de la libertad de expresión en todos los contextos, sino el interés de proteger al entonces pujante movimiento en favor de la igualdad racial en los Estados Unidos frente a intentos de usar los tribunales sureños para castigar a los líderes de ese movimiento y a sus aliados. Son muchas las áreas del derecho constitucional norteamericano que no se comprenden cabalmente sin entender el impacto que sobre ese derecho ha tenido el problema racial que aqueja a ese país desde su fundación. Ésta es una de esas áreas. Desafortunadamente, la doctrina de *Sullivan* inmediatamente cobró vida propia y se desarrolló totalmente desvinculada del factor racial que la motivó.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965). El término en inglés que el Tribunal usó para identificar ese derecho es “privacy”. En el medio puertorriqueño se ha traducido ese término por “intimidad”. Estoy consciente de que ha ganado gran popularidad la propuesta de algunos autores latinoamericanos que deslindan los términos “privacidad” e “intimidad”, usando el primero para referirse al interés de la persona en tomar decisiones importantes libre de ingerencia del Estado o de otras personas, lo que también se ha llamado “autonomía”, y reservando el segundo para referirse al interés de una persona en evitar que otros adquieran o divulguen información personal. Véanse C. NINO, FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL 327 (1992); Colautti, *Reflexiones preliminares sobre el “habeas data”*, 1996-A LA LEY 917. La idea no es uniformemente aceptada. Véase Bianchi, *Habeas data y derecho a la privacidad*, 161 EL DERECHO 869. Sin pretender tomar partido en ese debate, sino meramente por el uso convencional en el medio en el que habito, usaré en este trabajo el término “intimidad” para aludir a lo que en Estados Unidos se llama “privacy”, en sus dos modalidades.

<sup>3</sup> Curiosamente, el Tribunal identificó a la Primera Enmienda, que consagra la libertad de expresión, como una de esas fuentes de cuyas penumbras y emanaciones se desprende el derecho federal a la intimidad. *Id.*

<sup>4</sup> CONST. E. U. A., Enmiendas 5 (gobierno federal) y 14 (gobiernos estatales). El primer caso que hizo esto fue el célebre caso del aborto, *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).

<sup>5</sup> *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U. S. 568 (1942); *Beauharnais v. Illinois*, 343 U. S. 250 (1952).

<sup>6</sup> 376 U. S. 254 (1964). Para una historia de ese litigio, desde la perspectiva de uno de los periodistas más respetados en Estados Unidos, véase ANTHONY LEWIS, *MAKE NO LAW: THE SULLIVAN CASE AND THE FIRST AMENDMENT* (1991).

<sup>7</sup> Para un argumento similar, véase Epstein, *Was New York Times v. Sullivan Wrong?*, 53 U. Chi. L. Rev. 782 (1986).

En *Sullivan* el Tribunal Supremo federal se topó con una decisión del Tribunal Supremo de Alabama, tal vez el estado sureño que llevó el liderato en la batalla contra el principio de igualdad racial que el Tribunal Supremo federal había enarbolado diez años antes.<sup>8</sup> Las cortes de Alabama habían concedido una indemnización de medio millón de dólares al jefe de policía de la capital de ese estado por la difamación a la que supuestamente lo sometió un anuncio pagado por decenas de ministros religiosos negros y otras personas de relevancia pública,<sup>9</sup> que fue publicado en el principal diario de los Estados Unidos. La sentencia se emitió contra cuatro de los ministros negros, lugartenientes de Martin Luther King, y contra el periódico. La sentencia concluía que el anuncio imputaba a la policía y a las cortes de Alabama falsedades difamatorias y que eso mancillaba la reputación del jefe de esa policía.

En *Sullivan* el Tribunal Supremo federal pudo haber emitido una decisión simple, limitada a los hechos del caso. Pudo haber resuelto meramente, como en parte resolvió, que las falsedades que contenía el anuncio eran de muy poca monta y no reflejaban negativamente sobre el carácter del jefe de policía. Con eso hubiera bastado para revocar la sentencia. Pero el Tribunal fue mucho más lejos. Tras enunciar preocupación por el uso de los pleitos por difamación como vehículo para que el gobierno acalle las críticas en su contra,<sup>10</sup> el Tribunal sentó una serie de normas sustantivas y procesales que desde entonces gobiernan cualquier acción en la que un funcionario público o una persona privada de alguna prominencia reclame que lo publicado sobre ella es falso y difamatorio. Al día de hoy esas normas son:

1. Si el demandante es funcionario público o figura pública, debe probar que el demandado dijo algo falso, difamatorio y le causó daños, y presentar prueba clara y convincente de que lo dijo con conocimiento de la falsedad o con claro menosprecio de la verdad. En esos casos no se puede presumir la falsedad, el carácter difamatorio de la expresión, ni los daños, ni se permite conceder daños punitivos.<sup>11</sup>
2. “Funcionario público” en teoría no es sinónimo de “empleado público”, sino sólo de aquellos que desempeñan una función importante en el gobierno,<sup>12</sup> pero decisiones posteriores de tribunales federales y estatales han dado un significado tan abarcador a este concepto que el principal tratado de derecho constitucional norteamericano concluye que para todos los efectos prácticos ambos términos se han convertido en sinónimos.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483 (1954) (la segregación racial en las escuelas públicas viola la garantía de igual protección de las leyes).

<sup>9</sup> Entre las personalidades de distintas razas que firmaron el anuncio, se encontraban la ex primera dama Eleanor Roosevelt, los cantantes Harry Belafonte, Diahann Carroll, Nat King Cole, Sammy Davis, Jr., Mahalia Jackson, Eartha Kitt y Ruby Dee, los actores Marlon Brando, Ossie Davis, Anthony Franciosa, Viveca Lindfors, Sidney Poitier, Maureen Stapleton, Robert Ryan, Shelley Winters, Hope Lange y Van Heflin, los líderes obreros A. Philip Randolph y John Lewis, los dramaturgos Kenneth Tynan, Elmer Rice y George Tabori, el líder socialista Norman Thomas y el deportista Jackie Robinson.

<sup>10</sup> El Tribunal no enunció lo que parece haber sido su preocupación principal: el efecto adverso sobre el movimiento pro derechos civiles si el principal periódico liberal norteamericano era condenado a pagar una fuerte suma de dinero por abrir sus páginas a los favorecedores de ese movimiento.

<sup>11</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964). El *common law* angloamericano históricamente ha permitido que en pleitos de daños, cuando la conducta del demandado es particularmente censurable, se le imponga una penalidad monetaria adicional a los daños compensatorios que el demandante logre probar. En años recientes el Tribunal Supremo federal ha comenzado a reconocer límites a lo que las cortes pueden hacer bajo esta doctrina. Véase *BMW of North America v. Gore*, 517 U. S. 559 (1996); *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 532 U. S. 424 (2001); *State Farm Mut. Auto Ins. Co. v. Campbell*, 123 S. Ct. 1513 (2003). En Puerto Rico no se admiten los daños punitivos, por considerarse contrarios a la tradición civilista. *Carrasquillo v. Lippitt & Simonpietri, Inc.*, 98 D. P. R. 659, 669 (1970). Otro tanto ocurre con la institución del jurado en casos civiles. *García Mercado v. Tribunal Superior*, 99 D. P. R. 293 (1970).

<sup>12</sup> *Rosenblatt v. Baer*, 383 U. S. 75 (1966).

<sup>13</sup> L. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 866 (2ª ed. 1988).

3. “Figura pública” es aquella persona que se lanza a la palestra pública a discutir asuntos de interés público y por ello cobra prominencia en los asuntos de la sociedad. Su notoriedad y acceso a los medios de comunicación es lo que justifica que se le someta al estándar más exigente en casos de difamación. Existen figuras públicas para todos los propósitos y figuras públicas que lo son sólo respecto a los asuntos de interés público en las que éstas voluntariamente han decidido participar.<sup>14</sup>
4. El demandante debe probar que las expresiones difamatorias se refieren a su persona particularmente, y no al gobierno en general o a un grupo del cual el demandante meramente es parte.<sup>15</sup>
5. Los tribunales apelativos revisarán libremente, y no mediante el estándar apelativo usual de “error manifiesto”, las determinaciones de hechos acogidas por los tribunales de instancia en estos casos, al menos en lo que respecta a la conclusión central de si se probó mediante prueba clara y convincente que el demandado habló con conocimiento de la falsedad o con claro menosprecio de la verdad.<sup>16</sup>
6. No se llegará a un juicio oral en estos casos si el demandante no logra demostrar mediante documentos y declaraciones juradas que posee prueba “clara y convincente” que, de ser creída en juicio, satisfaría el estándar sustantivo dispuesto en *Sullivan*.<sup>17</sup>
7. El estándar de conocimiento de la falsedad o claro menosprecio de la verdad es subjetivo, no objetivo. No basta con probar que una persona razonable no habría creído la información. Es necesario demostrar que el demandado en cuestión no la creyó o tuvo serias dudas sobre ella. Mientras esto no se demuestre, la prueba de que el demandado no hizo investigación alguna antes de publicar no es pertinente para demostrar su responsabilidad.<sup>18</sup>
8. La prueba de que el demandado publicó con conocimiento de la falsedad o con claro menosprecio de la verdad tiene que ser “clara y convincente”. Éste es un estándar de prueba intermedio entre el estándar usual en casos civiles—preponderancia de la prueba— y el más exigente estándar en casos penales, “más allá de toda duda razonable”.<sup>19</sup>

Sólo cuando el demandante no alcance la categoría de funcionario o figura pública se permitirá que en pleitos por difamación la responsabilidad se base en culpa o negligencia del demandado, que es el estándar sustantivo aplicable para la responsabilidad civil extracontractual en general.<sup>20</sup> De esta manera, los demandados en pleitos por difamación instados por figuras o funcionarios públicos reciben un trato favorable especial, que no está disponible para ningún otro demandado.

<sup>14</sup> Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U. S. 323 (1974).

<sup>15</sup> 376 U. S. 254 (1964).

<sup>16</sup> Bose Corp. v. Consumers Union of United States, Inc., 466 U. S. 485 (1984). Existe discrepancia entre cortes federales inferiores sobre si la libre revisión apelativa se limita a los hechos centrales del estándar de responsabilidad, según sostengo en el texto, o se extiende a toda determinación de hechos en un caso de difamación. *Compárese* Connaughton v. Harte-Hanks Communications, Inc. 842 F. 2d 825 (6º Cir., 1988), confirmado por otros fundamentos bajo el nombre de Harte-Hanks Communications, Inc. v. Connaughton, 491 U. S. 657 (1989), *con* Tavoulareas v. Piro, 817 F. 2d 762 (D. C. Cir. 1987), cert. den., 484 U. S. 870 (1987).

<sup>17</sup> Anderson v. Liberty Lobby, Inc., 477 U. S. 242, 257 (1986).

<sup>18</sup> Harte-Hanks Communications, Inc. v. Connaughton, 491 U. S. 657 (1989).

<sup>19</sup> El estándar de prueba “clara y convincente” se requiere en muy pocas otras áreas civiles. Las más conocidas son la privación del derecho al voto y la privación de la patria potestad.

<sup>20</sup> Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U. S. 323 (1974).

El derecho federal aun no ha resuelto definitivamente otro asunto que está en la frontera entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad: ¿puede imponerse responsabilidad a un demandado que revela hechos *ciertos* sobre la vida íntima de una persona? En tres ocasiones el asunto ha estado ante la consideración del Tribunal Supremo federal, pero ese Tribunal ha rehusado resolver esa interrogante. No obstante, en las tres ocasiones el Tribunal ha fallado a favor de la persona que realizó la divulgación, por otros fundamentos. Dos de los casos se referían a la publicación de la identidad de víctimas del delito de violación.<sup>21</sup> En el tercero, y más reciente, el Tribunal declaró inválida una ley que castigaba a quien difundiera conversaciones telefónicas ilegalmente interceptadas, según aplicado a la difusión por alguien que no fue quien realizó la interceptación.<sup>22</sup> El Tribunal recaló que se trataba de expresión pura sobre hechos ciertos. Ése es un fundamento ominoso. Por definición, los casos de invasión de intimidad presentan situaciones en las que lo que se revela del demandante es cierto. Si el Tribunal Supremo federal resolviera, como parece dirigido a resolver, que la verdad es una defensa absoluta necesaria en cualquier pleito, y no sólo en pleitos de alegada difamación, las acciones por violación a la intimidad serían conceptualmente imposibles. La revelación de los nombres de los padres biológicos de una criatura adoptada o del número telefónico de una figura pública serían ejercicios lícitos de la libertad de expresión, que ningún tribunal podría castigar de modo alguno.

La protección que el derecho constitucional norteamericano provee a los demandados en casos de difamación va mucho más allá de una mera garantía de tranquilidad económica. El peligro de la quiebra para una publicación como el *New York Times* fue una de las principales razones que el Tribunal Supremo federal exteriorizó en *Sullivan*.<sup>23</sup> Pero algunas de las garantías sustantivas que la progenie de ese caso ha provisto o promete proveer a los demandados no tienen relación alguna con la protección económica de éstos.

A contrapelo de otras sociedades liberales occidentales, el Tribunal Supremo federal pronto resolvió que a la prensa escrita no puede obligársele por ley a proveer espacio en sus páginas para que la persona aludida reaccione a la publicación que esa persona considera objetable.<sup>24</sup> El Tribunal razonó que un requisito de derecho a la réplica incidiría negativamente sobre el derecho de la prensa al control editorial sobre su publicación.

Otra interrogante que el Tribunal Supremo federal aún no ha resuelto es si en aquellos raros casos de difamación en los que el demandante prevalece puede obligarse al demandado, especialmente si se trata de la prensa, a publicar una rectificación o retractación que reconozca que el poder judicial resolvió que su manifestación previa fue falsa y difamatoria. Aunque el Tribunal dejó esta interrogante expresamente

<sup>21</sup> Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U. S. 469 (1975); Florida Star v. B. J. F., 491 U. S. 524 (1989).

<sup>22</sup> Batnicki v. Vopper, 121 S. Ct. 1753 (2001).

<sup>23</sup> New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254, 278-279 (1964).

<sup>24</sup> Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo, 418 U. S. 241 (1974). Ese derecho a la réplica se ha permitido respecto a los medios de radio y televisión por el fundamento de que, a diferencia de la prensa escrita, el gobierno otorga licencias a esos medios ante la realidad tecnológica que impide el ejercicio no reglamentado del uso de las ondas radiales y televisivas. Red Lion Broadcasting Co. v. F. C. C., 395 U. S. 367 (1969).

sin resolver hace tres décadas,<sup>25</sup> se debate en la jurisprudencia de los tribunales inferiores y en la doctrina si ese remedio es constitucionalmente posible.<sup>26</sup>

La jurisprudencia federal sobre libelo reconoce que la protección de la intimidad, dignidad y reputación de las personas son los intereses que, desde la perspectiva del demandante, están en juego en casos de difamación.<sup>27</sup> Pero esa jurisprudencia visualiza esos intereses como eso, meros intereses gubernamentales, no como *derechos constitucionales*.<sup>28</sup> Esa tendencia es afín con la visión tradicional del constitucionalismo norteamericano, según la cual los derechos constitucionales se poseen frente a las entidades gubernamentales, no entre entes privados.<sup>29</sup> Bajo esa visión, para el Estado sólo hay prohibiciones que le impiden violar derechos constitucionales de las personas, mas no obligaciones afirmativas de promover la realización de esos derechos.<sup>30</sup> En casos de difamación, por lo tanto, la jurisprudencia norteamericana percibe que el conflicto de derechos no es entre dos derechos constitucionales. Antes bien, el conflicto es entre un mero interés de los demandantes, avalado por la legislación (el interés en la intimidad, dignidad y reputación) y un derecho constitucional federal del demandado (la libertad de expresión). Esta percepción no supone necesariamente que el derecho constitucional individual tenga que prevalecer siempre por sobre el mero interés gubernamental, pero al menos da la apariencia de allanar el camino que conduce a ese resultado.

Ésta es una visión miope y simplista. El propio caso de *Sullivan* lo demuestra. El periódico *The New York Times* no tenía un derecho constitucional a la libertad de expresión frente a *Sullivan*. La razón por la que el Tribunal de *Sullivan* siquiera pudo hablar de un derecho constitucional del demandado a libertad

<sup>25</sup> Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U. S. 241 (1974).

<sup>26</sup> Entre la jurisprudencia que rechaza la validez constitucional de este remedio, véanse *Kramer v. Thompson*, 947 F. 2d 666, 681 (Cir. 3, 1991); *Coughlin v. Westinghouse Broadcasting & Cable, Inc.*, 689 F. Supp. 483 (E. D. Pa. 1988). Una decisión californiana que lo ve con simpatía es *Beasley v. Hearst Corp.*, 11 Media L. Rptr. 2067 (Ca. Super. 1985).

Entre los comentaristas, algunos rechazan tajantemente la validez de este tipo de remedio. Conn, *Mississippi Mudslinging: The Search for Truth in Political Advertising*, 63 MISS. L. J. 507, 519 n. 48 (1994); Martin, *The Role of Retraction in Defamation Suits*, 1993 U. CHI. LEGAL F. 293; Spearanza, *Reply and Retraction in Actions Against the Press for Defamation: The Effect of Tornillo and Gertz*, 43 FORDHAM L. REV. 223 (1974). Otros lo ven con simpatías, pero dudan que pueda sostenerse bajo *Sullivan* y su progenie. Ackerman, *Bringing Coherence to Defamation Law Through Uniform Legislation: The Search for an Elegant Solution*, 72 N. C. L. REV. 291, 338 (1994); Maltby, *Juggling Comity and Self-Government: The Enforcement of Foreign Libel Judgments in U. S. Courts*, 94 COLUM. L. REV. 1978, 2021 (1994). Aun otros lo apoyan sin ambages y sostienen que su concesión después de una sentencia por difamación no infringe la libertad de expresión y podría ser preferible para el demandado que un remedio de daños. Véanse Baker, *Merging Phone and Cable*, 17 HASTINGS COMM. & ENT. L. J. 97, 107 n. 46 (1994); Smith, *Reporting the Truth and Setting the Record Straight: An Analysis of U. S. and Japanese Libel Laws*, 14 MICH. J. INT'L L. 871, 903-04 (1993); Nota, *Vindication of the Reputation of a Public Official*, 80 HARV. L. REV. 1730 (1967).

<sup>27</sup> *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 323, 348 (1974) ("interés legítimo gubernamental en indemnizar a los individuos por daños ilícitos a su reputación").

<sup>28</sup> Véase también *Paul v. Davis*, 424 U. S. 693 (1976). Un interesante análisis sobre los distintos intereses que se protegen o se pueden proteger bajo el concepto de "reputación", principalmente la propiedad, el honor y la dignidad, se encuentra en Post, *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*, 74 CAL. L. REV. 691 (1986).

<sup>29</sup> Véase Álvarez González, *La protección de los derechos humanos en Puerto Rico*, 57 REV. JUR. U. P. R. 133, 153-154 (1988).

<sup>30</sup> Un ejemplo clásico concierne al derecho al aborto. El Tribunal Supremo federal razonó que el derecho constitucional al aborto impide a las entidades gubernamentales prohibir o imponerle trabas a su ejercicio mediante medidas coercitivas, mas no las obliga a remover barreras económicas para su ejercicio efectivo, mediante el financiamiento público de esas intervenciones quirúrgicas. *Harris v. McRae*, 448 U. S. 297 (1980). Como consecuencia de este razonamiento, el derecho al aborto en Estados Unidos meramente significa el derecho de una mujer en estado grávido a procurarse un aborto si logra conseguir y pagar un médico que lo realice.

de expresión fue porque razonó que si se permitía que *un juez* aplicara la legislación de Alabama sobre difamación, *el Estado* estaría lesionando los derechos de libre expresión de los demandados. Pero, el reverso de la moneda es igualmente cierto, por mucho que la jurisprudencia federal de difamación se esfuerce en ignorarlo. La ausencia de protección adecuada a los derechos del demandante y la negativa del juez a proteger esos derechos pueden igualmente visualizarse como acciones u omisiones de entidades gubernamentales que lesionan el derecho a la intimidad que la Constitución federal protege. Es decir, aun cuando bajo el constitucionalismo norteamericano el demandante no tiene un derecho a la intimidad frente al demandado, lo tiene frente al Estado, que puede lesionarlo al rehusar proveer un remedio judicial que lo proteja.<sup>31</sup>

## II. El Derecho Puertorriqueño

La Constitución de Puerto Rico contiene una cláusula de libertad de expresión con lenguaje prácticamente idéntico a la federal.<sup>32</sup> Pero, a diferencia de la Constitución federal, la puertorriqueña reconoce y protege expresamente la dignidad, intimidad y reputación del ser humano en lenguaje igualmente tajante: “La dignidad del ser humano es inviolable”.<sup>33</sup> “Toda persona tiene derecho a protección de ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar”.<sup>34</sup> Adviértase que, en el caso de la Constitución de Puerto Rico, sin lugar a dudas se impone sobre el gobierno la obligación de actuar afirmativamente para proteger la honra, reputación e intimidad del individuo. El conflicto entre el texto constitucional del derecho puertorriqueño a la libre expresión, por una parte, y a la intimidad y dignidad, por otra, es evidente. No parecería adecuado resolver ese conflicto mediante una solución categórica que casi invariablemente prefiera al primero de estos derechos sobre el segundo, como requiere el derecho constitucional federal bajo la doctrina de *Sullivan*. Desafortunadamente, la condición política de Puerto Rico irremisiblemente obliga a adoptar esa solución categórica y a aplicar la doctrina de *Sullivan*, a expensas del derecho puertorriqueño a la intimidad y dignidad.<sup>35</sup>

El Tribunal Supremo puertorriqueño reiteradamente escribe poesía sobre la importancia del derecho a la intimidad y a la dignidad humana bajo la Constitución de Puerto Rico. Ese Tribunal gusta decir que se trata de un derecho de “especial preeminencia según nuestro esquema constitucional”,<sup>36</sup> que aplica *ex proprio vigore* y “no necesita de legislación habilitadora que le insufla vida y aliento”,<sup>37</sup> y que

<sup>31</sup> El constitucionalismo norteamericano no está ajeno a esta forma de razonar, pero sólo la ha utilizado cuando del problema racial se trata. De esta forma, el Tribunal Supremo federal resolvió hace muchos años que los tribunales no podían poner en vigor un contrato privado que contuviera una cláusula que discriminara por motivos raciales. Véase *Shelley v. Kraemer*, 334 U. S. 1 (1948). Decisiones posteriores han reducido el alcance de esa decisión. Véase, *e. g.*, *Evans v. Abney*, 396 U. S. 435 (1970).

<sup>32</sup> CONST. P. R., Art. II, § 4 (“No se aprobará ley alguna que restrinja la libertad de palabra o de prensa o el derecho del pueblo a reunirse en asamblea pacífica y a pedir al gobierno la reparación de agravios”).

<sup>33</sup> *Id.*, Art. II, § 1.

<sup>34</sup> *Id.*, Art. II, § 8.

<sup>35</sup> Para un examen útil de cuánto más abarcador es el derecho a la intimidad puertorriqueño que el federal, pero que no examina el problema de los pleitos por difamación, véase Avilés Pagán, *Human Dignity, Privacy and Personality Rights in the Constitutional Jurisprudence of Germany, the United States and the Commonwealth of Puerto Rico*, 67 REV. JUR. U. P. R. 343 (1998).

<sup>36</sup> *Soc. de Gananciales v. Royal Bank de P. R.*, 145 D. P. R. 178, 201 (1998).

<sup>37</sup> *P. R. Tel. Co. v. Martínez*, 114 D. P. R. 328, 339 (1983).

aplica no sólo frente al Estado sino también entre particulares.<sup>38</sup> En uno de sus pronunciamientos más lisonjeros sobre este derecho, el Tribunal lo llamó “lo máspreciado en la vida de todo ser humano”,<sup>39</sup> uno de “los valores ético-morales más fundamentales del hombre”,<sup>40</sup> “una de las piedras angulares del sistema legal”,<sup>41</sup> que goza de “supremacía”.<sup>42</sup>

No obstante, tan pronto el Tribunal se enfrenta a una acción por difamación a la que aplica la doctrina de *Sullivan* toda la poesía elegante sobre el derecho a la intimidad se desvanece y es la libertad de expresión la que cobra real supremacía. La razón es sencilla. Por mucho que prefiriera llegar a otra solución, el Tribunal puertorriqueño sabe que los más básicos principios del constitucionalismo norteamericano le impiden reducir el ámbito mínimo del derecho federal a la libre expresión, según el Tribunal Supremo federal lo ha consagrado.<sup>43</sup> El Tribunal puertorriqueño sabe que cualquier decisión suya que favorezca al demandante en un caso de difamación es revisable por su contraparte federal,<sup>44</sup> por cuanto por definición la defensa del demandado está predicada en la libertad de expresión federal.

Curiosamente, el Tribunal Supremo puertorriqueño en esta área tiende a ser más papista que el Papa. Su jurisprudencia sobre libelo probablemente excede en su protección *al demandado* el ámbito mínimo que la jurisprudencia federal requiere. De esta forma, el Tribunal puertorriqueño, a diferencia de su contraparte federal, jamás ha emitido una sentencia final favorable a un demandante en un caso de difamación al que aplique la doctrina de *Sullivan*. Es decir, ese Tribunal jamás ha tenido la oportunidad de encontrar que un demandado ha difamado a un demandante “con conocimiento de la falsedad o con claro menosprecio de la verdad”. Del mismo modo, su tendencia inequívoca es a considerar a todo empleado público “funcionario público” y a tildar de “figura pública” a cualquier persona de alguna relevancia, aun en situaciones en las que el derecho federal parecería permitir un resultado contrario.<sup>45</sup> Asimismo, su aplicación del mecanismo de sentencia sumaria, que permite al demandado librarse de un juicio oral, probablemente es aun más favorable a los demandados que lo que la jurisprudencia federal requiere.<sup>46</sup>

<sup>38</sup> *Colón v. Romero Barceló*, 112 D. P. R. 573, 576 (1982); *Soc. de Gananciales v. Royal Bank de P. R.*, 145 D. P. R. 178, 201 (1998).

<sup>39</sup> *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*, 117 D. P. R. 35, 56 (1986).

<sup>40</sup> *Id.* a la pág. 57.

<sup>41</sup> *Id.* a la pág. 60.

<sup>42</sup> *Id.* a la pág. 59.

<sup>43</sup> Véase Álvarez González, *supra* nota 29, a las págs. 150-151. En el mismo sentido, véase Casellas, *La libertad de prensa y la protección de la reputación: Reflexión sobre dos valores en conflicto*, 1 Rev. Acad. Puert. de Jur. y Leg. 27, 34 (1989).

<sup>44</sup> 28 U. S. C. § 1258.

<sup>45</sup> El Tribunal nunca ha encontrado un empleado público que no sea “funcionario público” bajo la doctrina de *Sullivan*. De esta forma ha aplicado esa doctrina a un policía raso, *Soc. de Gananciales v. López*, 116 D. P. R. 112 (1985), y a una maestra de escuela elemental pública. *Villanueva v. Hernández Class*, 128 D. P. R. 618 (1991). Asimismo, aunque el Tribunal Supremo federal consideró “figura privada” a un abogado de relativa prominencia en Chicago, *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 323 (1974), y a una conocida millonaria de Florida, *Time, Inc. v. Firestone*, 424 U. S. 448 (1976), el Tribunal puertorriqueño ha considerado “figura pública” a un abogado de pueblo, *Clavell v. El Vocero de P. R.*, 115 D. P. R. 685 (1984), y a un médico especialista en S. I. D. A. *Garib Bazaín v. Clavell*, 135 D. P. R. 475 (1994). Las únicas figuras privadas que el Tribunal Supremo puertorriqueño ha reconocido son: un director de una orquesta (*Torres Silva v. El Mundo, Inc.*, 106 D. P. R. 415 (1977)); una líder comunitaria de un residencial público (*Pueblo v. Olivero Rodríguez*, 112 D. P. R. 369 (1982)); un oficinista de una empresa privada (*Porto y Siurano v. Bentley P. R., Inc.*, 132 D. P. R. 331 (1992)); y la señora madre de un alcalde. *González Martínez v. López*, 118 D. P. R. 190 (1987).

<sup>46</sup> Véase, por ejemplo, *Pérez Rosado v. El Vocero*, 99 T. S. P. R. 154, que llega al extremo de aseverar que las normas sobre sentencia sumaria serán interpretadas de forma más rigurosa a favor de un periódico demandado. Véase también *Villanueva v. Hernández Class*, 128 D. P. R. 618, 643 (1991).



En sólo dos ocasiones el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha tomado decisiones arriesgadas favorables a los demandantes sobre asuntos no resueltos por la jurisprudencia federal. Y en ambas ocasiones el Tribunal recogió velas a la primera oportunidad.

La primera de estas ocasiones se produjo en *Colón v. Romero Barceló*.<sup>47</sup> En ese caso un candidato a un cargo público utilizó la foto de una víctima de asesinato en mensajes de propaganda política, por sobre las objeciones de los familiares de la víctima. El Tribunal resolvió que el derecho de intimidad de esos familiares era superior a la libertad de expresión del político y dispuso que los primeros eran acreedores a una indemnización por sus daños morales. No discrepo del resultado. Simplemente deseo recalcar un hecho que el Tribunal ignoró. Estaba en juego en ese caso un asunto que, según he mencionado,<sup>48</sup> el Tribunal Supremo federal reiteradamente ha evitado resolver: si puede imponerse responsabilidad a un demandado cuya expresión es cierta. La fotografía del cadáver no contenía truco fotográfico alguno; presentaba el cadáver en el estado en el que el fotógrafo de la Policía lo encontró. Si el Tribunal Supremo federal resolviera que no puede imponerse responsabilidad por hechos ciertos, el balance favorable al derecho a la intimidad en *Colón* no podría subsistir.

Unos quince años después, el Tribunal emitió una decisión que rehusó aplicar el principio sentado en *Colón*. Un ciudadano común y corriente acudió a los tribunales a quejarse de que un político de un partido adversario al suyo había usado en su campaña una fotografía en la que el político aparecía estrechándole la mano al demandante. Según la demanda, empleados del comité de campaña del político tomaron la foto en ocasión de que el político visitara el barrio del demandante, quien, con la típica cortesía campesina, no osó dejar al político con la mano extendida. Según el demandante, se había convertido en el hazmerreír de su comunidad y se le imputaba traición al partido político al que siempre había pertenecido. El Tribunal Supremo de Puerto Rico desestimó la demanda.<sup>49</sup> Sostuvo que la fotografía presentaba un evento de interés público en el que el demandante aparecía como “figura accesoria”, mientras en *Colón* el cadáver era la figura principal y el político había intentado “capitalizar” a costa del dolor ajeno.<sup>50</sup> La opinión mayoritaria prefirió descansar en este razonamiento endeble y no reconoció abiertamente lo que es por todos conocido, que si fallaba a favor del demandante había una posibilidad real de que el Tribunal Supremo federal revisara la sentencia.<sup>51</sup>

La segunda de las decisiones en las que el Tribunal Supremo de Puerto Rico pareció penetrar en campos no surcados por su contraparte federal, para luego adoptar una posición cautelosa y conservadora, es en lo referente a la validez constitucional de un remedio judicial que ordene al difamador retractarse de o rectificar la información falsa y difamatoria. Como señalé,<sup>52</sup> se trata de un asunto que el Tribunal Supremo federal no ha resuelto y sobre cuya procedencia existe intenso debate en la jurisprudencia y en la doctrina en Estados Unidos.

<sup>47</sup> 112 D. P. R. 573 (1982).

<sup>48</sup> Véase *supra* el texto a la altura de la nota 21.

<sup>49</sup> *Bonilla Medina v. P. N. P.*, 140 D. P. R. 294 (1996).

<sup>50</sup> *Id.* a las págs. 302-303.

<sup>51</sup> En *Bonilla Medina* se produjo una opinión disidente por parte del juez que fue el autor de la opinión en *Colón*. Ese disenso sostuvo que se lesionó el derecho a la intimidad y a la propia imagen del demandante. Curiosamente, el juez disidente incluyó como apéndice a su opinión tres fotografías, presentadas como pruebas en el caso, que mostraban al político estrechando la mano del demandante. Esas tres fotografías aparecen publicadas en los tomos imperecederos de las *Decisiones de Puerto Rico*. Quien hubiera protegido al demandante del uso no autorizado de su propia imagen durante algunos días dentro de una campaña política relativamente breve, lo condenó al fuego eterno de la historia.

<sup>52</sup> Véase *supra* el texto a la altura de las notas 25-26.

En *Galib Frangie v. El Vocero*,<sup>53</sup> el Tribunal Supremo puertorriqueño pareció resolver que ese remedio podría válidamente concederse en una sentencia por difamación, por cuanto concluyó que una solicitud de retractación del difamado a un periódico interrumpe extrajudicialmente la prescripción extintiva.<sup>54</sup> En el sistema puertorriqueño la reclamación extrajudicial interrumpe la prescripción siempre que se solicite del adversario una satisfacción que un tribunal podría ordenar.<sup>55</sup> No obstante, tan sólo siete años después, y sin siquiera citar a *Galib*, el Tribunal emitió un *dictum* que anuncia exactamente lo contrario:

“No cabe duda alguna que este tipo de remedio es improcedente bajo la garantía constitucional a la libertad de expresión. Constituye, no sólo una penalidad a las ideas y opiniones del peticionario, sino una censura previa a las expresiones futuras de éste”.<sup>56</sup>

El razonamiento del Tribunal no es especialmente coherente. Toda sentencia en la que se adjudique, bajo el estándar constitucional aplicable, que el demandado difamó al demandante y se ordene la indemnización de los daños constituye “una penalidad a las ideas y opiniones” del demandado. Esa penalidad es constitucionalmente permisible porque se ha adjudicado que la expresión del demandado no está protegida por la cláusula de libertad de expresión. Otro tanto ocurre con la invocación de la doctrina de censura previa. Esa doctrina, una especie de vaca sagrada del derecho constitucional norteamericano,<sup>57</sup> postula que no es permisible que un tribunal emita un *injunction*, cuya desobediencia constituye desacato y puede conllevar una sentencia de prisión, en el que se prohíba la expresión antes de que ésta se produzca; se requiere que la expresión no protegida sea sancionada después de que ésta se haya producido y tras un procedimiento judicial completo en el que se demuestre que esa expresión no está constitucionalmente protegida.<sup>58</sup> Por definición, no existe censura *previa*, sino remedio *posterior* a la expresión, si se ordena a un demandado que se retracte de sus expresiones difamatorias, una vez se ha resuelto tras un juicio completo que esas expresiones no gozan de protección constitucional alguna.

En resumen, las ejecutorias del Tribunal Supremo de Puerto Rico en el área de difamación muestran a un tribunal que no sólo se considera incapaz de proteger los derechos locales de intimidad y dignidad por razón de la existencia de normas federales categóricas que favorecen a la libertad de expresión en caso de conflicto, sino que se esmera en proteger esa libertad de expresión frente al otro derecho en conflicto

<sup>53</sup> 138 D. P. R. 560 (1995).

<sup>54</sup> El derecho puertorriqueño, al igual que el español, reconoce la figura de la interrupción extrajudicial de la prescripción extintiva. Art. 1873 del Código Civil de Puerto Rico, 31 L. P. R. A. § 5303.

<sup>55</sup> Según señaló el Tribunal en *Cintrón v. E. L. A.*, 127 D. P. R. 582, 592-593 (1990):

Ante todo es menester tomar en consideración que lo que la ley considera como un acto de interrupción de la prescripción es el ejercicio de la misma acción que está prescribiendo. Debe, pues, existir identidad entre la acción ejercitada y la acción en prescripción. Esto es importante cuando de un mismo supuesto de hechos nacen en favor de un mismo titular acciones diversas.

<sup>56</sup> *Asoc. de Medicina Podiátrica v. Romero Basso*, 2002 T. S. P. R. 80.

<sup>57</sup> Las decisiones norteamericanas y puertorriqueñas gustan de repetir la misma declaración general: “Todo sistema de censura previa llega al Tribunal acompañado de una fuerte presunción de inconstitucionalidad.” Véanse, *e. g.*, *New York Times Co. v. United States*, 403 U. S. 713 (1971); *Pérez Vda. De Muñiz v. Criado Amunátegui*, 2000 T. S. P. R. 92.

<sup>58</sup> Véase en general Martin H. Redish, *The Proper Role of the Prior Restraint Doctrine in First Amendment Theory*, 70 VA. L. REV. 53 (1984).

aun en situaciones en que el derecho federal no le obliga a ello. La supuesta “preeminencia” del derecho a la intimidad en Puerto Rico es letra muerta en casos de difamación.<sup>59</sup>

### III. Las consecuencias de *Sullivan* y su progenie sobre los pleitos por difamación

La consecuencia de *Sullivan* y su progenie sobre los pleitos de difamación ha sido muy concreta: muy raro es que en las últimas cuatro décadas un funcionario o figura pública haya prevalecido en un caso de difamación. Desde que resolvió a *Sullivan* en 1964, el Tribunal Supremo federal no confirmó una sentencia por difamación de este tipo hasta 1989,<sup>60</sup> y no ha vuelto a hacerlo desde entonces. La situación en las cortes federales inferiores y en las cortes estatales no es muy distinta.<sup>61</sup> Y aun aquellos pocos demandantes de este tipo que han logrado prevalecer finalmente, han obtenido victorias pírricas, en las que la indemnización fue muy inferior al enorme costo del litigio. Por cada Carol Burnett,<sup>62</sup> se conocen miles de Ariel Sharon,<sup>63</sup> William Westmoreland<sup>64</sup> y otras figuras o funcionarios públicos que fracasaron en su intento por obtener algún remedio judicial.<sup>65</sup> El impacto de esa jurisprudencia para casos instados por figuras privadas, como veremos, no es dramáticamente distinto.

La evidencia empírica recopilada para todo Estados Unidos para el período entre 1980 y 1996 demuestra que el impacto del nuevo derecho constitucional americano ha sido muy significativo. Duran-

<sup>59</sup> Hay otra área en la que las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico en la práctica no honran la supuesta preeminencia del derecho a la intimidad puertorriqueño. Se trata de la autonomía en asuntos relacionados con la sexualidad. Para muestra, tres borones:

Quando se vio obligado a reconocer el derecho al aborto, el Tribunal se limitó a predicar ese derecho en la Constitución federal y anunció que en este tema “la extensión de las protecciones que brinda nuestra Constitución no es mayor a la que brinda la norteamericana”. *Pueblo v. Duarte Mendoza*, 109 D. P. R. 596, 599-600 n. 5 (1980).

El Tribunal tampoco logró reunir un fundamento mayoritario para justificar una decisión que tomó en la que permitió que se cambiara en el Registro Demográfico el género y el nombre de una persona que se realizó una operación de cambio de sexo. *Ex parte Andino Torres*, 2000 T. S. P. R. 109.

Por último, recientemente el Tribunal rehusó reconocer legitimación a una pareja de homosexuales que intentó atacar la constitucionalidad del delito de sodomía, según aplicado a una relación homosexual consensual. *Sánchez v. Srio. de Justicia*, 2000 TSPR 175; 2002 TSPR 98. Era un secreto a voces, que se trasluce en la opinión mayoritaria que rehusó reconocer legitimación a los demandantes, que si el Tribunal abordaba los méritos resolvería que ese delito era válido. El asunto se tornó académico cuando a mediados de 2003 el Tribunal Supremo federal declaró inválida ese tipo de prohibición penal bajo la cláusula federal de debido proceso de ley. *Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472 (2003).

<sup>60</sup> *Harte-Hanks Communications, Inc. v. Connaughton*, 491 U. S. 657 (1989).

<sup>61</sup> Véase en general D. ELDER, *DEFAMATION: A LAWYER'S GUIDE* (1993).

<sup>62</sup> *Burnett v. National Enquirer*, 193 Cal. Rptr. 206 (1983) (veredicto de \$1,600,000 a la comediante Carol Burnett por una imputación de alcoholismo que le hizo el periódico decano de la prensa amarilla norteamericana; Burnett donó el producto de la sentencia a una institución sin fines de lucro).

<sup>63</sup> *Sharon v. Time, Inc.*, 599 F. Supp. 538 (S. D. N. Y. 1984) (el entonces ministro de defensa israelita demandó a Time por la imputación de que organizó la matanza de palestinos en campamentos de refugiados; el jurado desestimó su caso cuando decidió que Sharon no logró demostrar que Time publicó con conocimiento de la falsedad o con claro menosprecio de la verdad).

<sup>64</sup> *Westmoreland v. CBS*, 596 F. Supp. 1170 (S. D. N. Y. 1984) (poco antes de que fuera a finalizar el costosísimo juicio al que Westmoreland logró llegar contra la cadena de televisión CBS, que le impuró responsabilidad por la prolongación innecesaria de la guerra de Vietnam, Westmoreland desistió de la demanda).

<sup>65</sup> Véanse en general Logan, *Libel Law in the Trenches: Reflections on Current Data on Libel Litigation*, 87 VA. L. REV. 503 (2001); Smolla, *Dun & Bradstreet, Hepps, and Liberty Lobby: A New Analytic Primer on the Future Course of Defamation*, 75 GEO. L. J. 1519, 1520 nn. 5-6 (1987).

te ese período, más de tres cuartas partes de los pleitos por difamación contra los medios de comunicación, independientemente del tipo de demandante, se desestimaron antes de llegar a juicio.<sup>66</sup> Cuando el demandante es una figura o funcionario público, el porcentaje asciende a 85%.<sup>67</sup> La incidencia de casos por difamación contra los medios que han llegado a juicio oral se ha ido reduciendo dramáticamente durante ese mismo período. El promedio es de 22 por año en todo Estados Unidos; durante el año 1999 sólo se celebraron once.<sup>68</sup> Evidentemente, los juicios por libelo son hoy *rara avis* en Estados Unidos. Por último, las estadísticas sugieren que los medios de comunicación prevalecen tras un juicio oral en cerca de 37% de los casos, lo que es ligeramente inferior al porcentaje de victoria tras un juicio de todos los demandados en casos civiles en Estados Unidos, alrededor de 45%.<sup>69</sup> Por supuesto, la pequeña cantidad de casos de difamación que llegan a juicio le resta significado estadístico a esta diferencia.

Los resultados de los procesos post-juicio y apelativos en aquellos pocos casos en los que el demandante prevalece completan la película del éxito casi total de la prensa. Para el período comprendido entre 1980 y 1999, 26.6% de las indemnizaciones concedidas por jurados fueron alteradas o modificadas por los jueces de instancia.<sup>70</sup> De las restantes, sólo una tercera parte permaneció inalterada en apelación.<sup>71</sup> Cuando se trata de demandantes que son funcionarios o figuras públicas, la estadística de revocación o modificación de la sentencia de instancia es de 83%.<sup>72</sup>

Por último, la evidencia empírica demuestra que en la ínfima minoría de casos en los que los demandantes finalmente prevalecen, las indemnizaciones que en efecto se recobran distan mucho de ser la bonanza que algunos defensores de la prensa alegan. A pesar de algunas sentencias millonarias que la propia prensa se ha encargado de difundir para dar la voz de alarma, la indemnización mediana en el pequeño número de casos en que los demandantes han logrado recobrar algo es de \$72,500.<sup>73</sup>

En fin, en las certeras palabras de un agudo observador:

Se puede decir que el régimen constitucional de *New York Times/Gertz* ha provisto a los medios de comunicación algo que se aproxima a un privilegio absoluto para difamar; un publicador razonable no debe preocuparse sobre el pago de sentencias sustanciales por libelo, más de lo que se preocupa de que lo parta un rayo.<sup>74</sup>

El principal beneficiado por este estado de cosas es el llamado “cuarto poder”, los medios de comunicación. La virtual licencia para difamar que han recibido les releva de ansiedades de índole económica

<sup>66</sup> La cifra exacta es de 76.7% de los casos. Logan, *supra* nota 65, a la pág. 510. Las estadísticas demuestran que ese porcentaje ha ido incrementando a través del período en cuestión.

<sup>67</sup> *Id.* Adviértase que aun los pleitos por difamación promovidos por personas privadas generalmente se resuelven a favor del demandado. La preferencia categórica de *Sullivan* a favor de la libertad de expresión por sobre el derecho a la intimidad y a la dignidad parece haberse filtrado aun a este tipo de pleitos en los que, técnicamente, la norma sustantiva sufrió menos cambios.

<sup>68</sup> *Id.* a la pág. 511.

<sup>69</sup> *Id.* a la pág. 513.

<sup>70</sup> *Id.* a la pág. 515.

<sup>71</sup> *Id.* a la pág. 516.

<sup>72</sup> *Id.*

<sup>73</sup> *Id.* a la pág. 517.

<sup>74</sup> *Id.* a la pág. 520.

a la hora de publicar, a costa de los intereses de intimidad y dignidad de los objetos de la publicación.<sup>75</sup> Pero, ¿incentiva su responsabilidad a la hora de publicar, promoviendo el “debate robusto” sobre asuntos públicos por el que el caso de *Sullivan* quebró una lanza?<sup>76</sup> ¿O, antes bien, produce el efecto contrario? Lo segundo parece ser la contestación más razonable, a juicio de una buena cantidad de comentaristas.<sup>77</sup> Y esa falta de responsabilidad es resultado *directo* de la doctrina de *Sullivan*. Esa doctrina requiere que se satisfaga un estándar subjetivo para demostrar que el demandado publicó “con conocimiento de la falsedad o con claro menosprecio de la verdad”. Se requiere demostrar que *ese* demandado publicó con “serias dudas”. Si el demandado –por irresponsabilidad o por maldad– no investigó, normalmente no puede hallársele responsable. El deber de investigar, cuya omisión puede dar base a la imposición de responsabilidad, surge sólo después de que al demandado en efecto le asalten “serias dudas”, no antes. El paradigma objetivo del periodista prudente y responsable simplemente es impertinente en pleitos por difamación a los que aplica la doctrina de *Sullivan*. Por eso el principal tratado de derecho constitucional norteamericano ha sugerido que para el demandado en pleitos de difamación, “la ignorancia es el paraíso”.<sup>78</sup>

Tampoco debe perderse de perspectiva que el demandado típico en pleitos por difamación, “la prensa”, no es hoy usualmente el panfletista solitario del siglo XVIII, a quien el poder del Estado podía fácilmente abrumar. Al menos en los Estados Unidos, el demandado típico en casos de difamación es un negocio extraordinariamente lucrativo, que está dispuesto a invertir cuantiosas sumas de dinero para defender su publicación y que usualmente posee un seguro de responsabilidad pública.<sup>79</sup> Sólo un demandante acaudalado y con inclinaciones quijotescas –o aquel que tiene amigos abogados de similar inclinación– puede hacerle frente a un demandado tan poderoso.<sup>80</sup> Por otra parte, la metáfora del “mercado de las ideas” perdió vigencia hace mucho tiempo. Al menos en lo que concierne a la prensa escrita en los

<sup>75</sup> Para críticas de la doctrina de *Sullivan*, basadas en su inadecuada protección de la reputación de las personas difamadas, véanse Nagel, *How Useful Is Judicial Review in Free Speech Cases*, 69 CORNELL L. REV. 302 (1984); Monaghan, *Of “Liberty” and “Property”*, 62 CORNELL L. REV. 405 (1977); Epstein, *supra* nota 7; Halpern, *Of Libel, Language, and Law: New York Times v. Sullivan at Twenty-Five*, 68 N. C. L. REV. 273 (1990). Quizás el más importante de los críticos de esta doctrina es alguien que participó en su creación y expansión, mas en las postrimerías de su carrera judicial se arrepintió de algunas de sus ejecutorias. Véase *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U. S. 749, 765 (1985) (White, J., opinión concurrente).

Especialmente pertinente a la situación de Puerto Rico es el comentario de un prominente abogado, quien luego se convertiría en Juez Federal de Distrito y aún sirve en la corte federal en Puerto Rico, Salvador Casellas:

Me sospecho que la doctrina del caso de *New York Times*, adoptada por nuestro Tribunal Supremo en *Torres Silva*, ha sido un balance negativo para el país. Creo que la balanza se ha inclinado desmedidamente a favor de la libertad de prensa y en contra del derecho del funcionario o figura pública a la protección de su honra, reputación e intimidad. *New York Times* prácticamente le brinda inmunidad a los medios de comunicación en casos de difamación relacionados con funcionarios y figuras públicas por dos razones: primero, es sumamente difícil probar malicia real en una acción por difamación, y segundo, el costo prohibitivo de un litigio prácticamente convierte en académica la acción por difamación. Ante una prensa tan poderosa económicamente, conjuntamente con sus compañías de seguro, la figura o funcionario público se convierte muchas veces en una figura indefensa sin remedio práctico alguno para protegerse contra la difamación. Únicamente personas ricas, poderosas e influyentes(...) pueden reunir los recursos económicos necesarios para enfrentarse a los medios de comunicación en un largo y costoso litigio por difamación”.

Casellas, *supra* nota 43, a las págs. 31-32.

<sup>76</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 270 (1964).

<sup>77</sup> Véanse, e. g., Casellas, *supra* nota 43, a la pág. 33; Logan, «*Stunt Journalism, Professional Norms, and Public Mistrust of the Media*», 9 U. FLA. J. L. & PUB. POL'Y 151, 157-162 (1998).

<sup>78</sup> L. TRIBE, *supra* nota 13, § 12-12, a la pág. 871 (“In the world of *New York Times Co. v. Sullivan*, ignorance is bliss.”).

<sup>79</sup> Logan, *supra* nota 65, a las págs. 522-528.

<sup>80</sup> *Id.* a las págs. 524-525.

Estados Unidos, la competencia entre periódicos en un mismo mercado es cosa del pasado; cada vez más las comunidades norteamericanas se enfrentan a la realidad de una sola empresa que opera todos los medios de prensa escrita diaria que las sirven y que muy frecuentemente también es dueña de estaciones de televisión y radio en el mismo mercado.<sup>81</sup> La libertad de expresión de esa prensa es la libertad de expresión de sus dueños, cuyos intereses no necesariamente coinciden con los del ciudadano promedio. Parafraseando a Owen Fiss,<sup>82</sup> otorgar carta blanca a esa prensa, lejos de asegurar un debate público vigoroso, puede contribuir a la destrucción de ese objetivo.

En fin, la protección desmesurada que la doctrina de *Sullivan* ofrece a la prensa institucional clama por un reexamen. No es mera coincidencia que la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales han rehusado llegar tan lejos como la doctrina de *Sullivan* propone. Tribunales de otros países han puesto énfasis en conceptos tales como la dignidad y el honor para alcanzar resultados que la doctrina de *Sullivan* no permite alcanzar en los Estados Unidos, a la par que han impuesto más deberes a la prensa. Ejemplos de esta tendencia<sup>83</sup> se encuentran en Canadá,<sup>84</sup> Alemania,<sup>85</sup> Australia,<sup>86</sup> Nueva Zelandia<sup>87</sup> y el Reino Unido,<sup>88</sup> entre otros.<sup>89</sup> Sólo la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ofrece una aproximación a la tendencia norteamericana, aunque no llega a ese extremo.<sup>90</sup> Además, el derecho a la réplica rechazado por el Tribunal Supremo federal en el caso de *Tornillo* es frecuentemente la norma en

<sup>81</sup> Así lo reconoció el propio Tribunal Supremo federal en *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U. S. 241, 249-250 (1974). Irónicamente, fue en ese caso en el que el Tribunal rehusó reconocer validez constitucional al derecho a la réplica en la prensa escrita. Sobre este tema, véase en general Bernabe-Riefkohl, *Freedom of the Press and the Business of Journalism: The Myth of Democratic Competition in the Marketplace of Ideas*, 67 REV. JUR. U. P. R. 447 (1998).

<sup>82</sup> OWEN M. FISS, LIBERALISM DIVIDED: FREEDOM OF SPEECH AND THE MANY USES OF STATE POWER 13-14 (1996).

<sup>83</sup> La mayoría de los ejemplos que cito a continuación surgen de una compilación de casos norteamericana. N. DORSEN, M. ROSENFELD, A. SAJÓ Y S. BAER, COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM 839-885 (2003).

<sup>84</sup> *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S. C. R. 1130 (se permitió a un fiscal recobrar por una falsedad difamatoria relacionada con su vida privada, mediante el uso de un criterio de balance de intereses).

<sup>85</sup> El caso *Mephisto*, 30 BverfGE 173 (1971) (la Corte Constitucional alemana confirmó una orden judicial que prohibía la republicación de una novela que lesionaba la dignidad y buen nombre de una persona fallecida). Para un examen del mayor énfasis en Alemania, Francia y otros países europeos en el concepto de dignidad humana, véase Whitman, *Enforcing Civility and Respect: Three Societies*, 109 Yale L. J. 1279 (2000).

<sup>86</sup> *Lange v. Australian Broadcasting Corp.* 189 CLR 520 (High Court, 1997) (generalmente, una publicación no es "razonable" si su autor no tomó medidas disponibles para verificar la veracidad de sus aseveraciones ni gestionó la reacción de la persona difamada).

<sup>87</sup> *Lange v. Atkinson*, 3 NZLR 424 (1998) (reconoce la necesidad de proteger a las figuras públicas frente a ataques difamatorios a aspectos privados de su vida).

<sup>88</sup> *Reynolds v. Times Newspapers Limited*, 4 All E. R. 609 (Casa de los Lores, 1999) (rechaza la norma de *Sullivan*, así como un privilegio especial para "información política"; enfatiza el derecho de las figuras públicas a disponer de un remedio por lesión a su reputación). Es harto conocido que el derecho inglés en esta área provee mucho más protección a la reputación que lo que hace el derecho norteamericano. Véase Maltby, *supra* nota 26, a la pág. 1979 n. 5 (recopila fuentes).

<sup>89</sup> Para el argumento de que la doctrina de *Sullivan* fue un error y debió edificarse sobre bases similares a las utilizadas en Australia, Nueva Zelandia y el Reino Unido, véase Fischer, *Rethinking Sullivan: New Approaches in Australia, New Zealand, and England*, 34 GEO. WASH. INT'L L. REV. 101 (2002).

<sup>90</sup> Véanse, e. g., *Lingens v. Austria*, 8 E. H. R. 407 (1986) (distinción entre figura pública y privada y entre hechos y opiniones; mayor protección a la expresión política); *Bladet Troms og Stensaa v. Noruega*, 29 E. H. R. 125 (2000) (la obligación de la prensa de investigar no se extiende a información que surja de informes oficiales); *Castells v. España*, 4 E. H. R. 445 (1992) (mayor margen para la crítica al gobierno; la defensa de veracidad es necesaria).

Véanse también Nicholson, *McLibel: A Case Study in English Defamation Law*, 18 WIS. INT'L L. J. 1 (2000); N. DORSEN, M. ROSENFELD, A. SAJÓ Y S. BAER, *supra* nota 83, a las págs. 859-877.

esas y otras sociedades.<sup>91</sup> En algunas de ellas se le considera un remedio constitucionalmente necesario en ciertas circunstancias.<sup>92</sup> Del mismo modo, el derecho a un remedio por violación a la intimidad debido a la revelación de hechos íntimos ciertos está disponible en muchos países, de los que Francia es el mejor ejemplo.<sup>93</sup> Finalmente, los países que reconocen el derecho a la réplica del aludido tienden a reconocer el derecho a la retractación por orden judicial.<sup>94</sup>

#### IV. Una propuesta de reforma

A través de los años se han propuesto numerosas ideas sobre cómo reformar el derecho de difamación en Estados Unidos de forma cónsona con la jurisprudencia federal. No pretendo resumir aquí esas propuestas, pero debe consignarse que usualmente la prensa se ha opuesto a ellas.<sup>95</sup> Eso sugiere que la prensa se siente muy cómoda con el *status quo*, a pesar de sus reiterados reclamos sobre algunas indemnizaciones exorbitantes y sobre el enorme costo de los litigios.<sup>96</sup> Concentraré mi atención en la que considero la propuesta más sencilla para corregir el desbalance marcado entre demandante y demandado en los casos de difamación y a la vez preservar la protección a la prensa frente al potencial de daño económico serio. Esa es la propuesta a favor del uso del remedio de sentencia declaratoria.

En su *mea culpa* al final de su carrera judicial, el Juez Byron White anunció que nada en la Constitución federal prohíbe que un demandante obtenga un decreto judicial de que una aseveración respecto a su persona es falsa y difamatoria.<sup>97</sup> Este críptico comentario sólo puede tener un significado: se refería al remedio de sentencia declaratoria que el derecho procesal federal y el de todos los estados de Estados Unidos reconoce e instrumenta.<sup>98</sup>

La sentencia declaratoria es un procedimiento civil igual a cualquier otro. Su única diferencia es a la hora de proveer un remedio. En la sentencia declaratoria el único remedio es la declaración de cuáles son los derechos de las partes litigantes, cuál de ellas tiene la razón y por qué. Esa declaración es vinculante,

<sup>91</sup> Véase Danziger, *The Right to Reply in the United States and Europe*, 19 N. Y. U. J. INT'L L. & POL. 171, 183, 194 (1986), que sostiene que para 1986 ese derecho existía en catorce países europeos: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Portugal, España, Turquía y Suiza. Una compilación de estas leyes, según existían en 1974, se encuentra en *THE RIGHT OF REPLY IN EUROPE: POSSIBILITIES OF HARMONIZATION* 267-96 (M. Löffler, H. Golsong & G. Frank, eds., 1974). En general, estas leyes legitiman a la persona afectada por una publicación a replicar a ella; si la publicación rehúsa publicar la réplica, el aludido puede acudir a un tribunal que, de entenderlo procedente, puede imponer una multa y ordenar que se publique la réplica.

<sup>92</sup> Ese es el caso de Alemania. Baker, *supra* nota 26, a la pág. 108 n. 47.

<sup>93</sup> Hauch, *Protecting Private Facts in France: The Warren & Brandeis Tort is Alive and Well and Flourishing in Paris*, 68 TUL. L. REV. 1219 (1994).

<sup>94</sup> Véanse fuentes citadas *supra* nota 91. Ese es también el caso de Japón, que lo considera el remedio preferido en casos de difamación. Véase Smith, *supra* nota 26.

<sup>95</sup> Véase Logan, *supra* nota 65, a la pág. 527, y fuentes citadas en la n. 117. Esas fuentes resumen las diferentes propuestas, así como la oposición de la prensa a cada una de ellas.

<sup>96</sup> *Id.* a la pág. 528.

<sup>97</sup> *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 472 U. S. 749, 768 n. 2 (1985) (White, J., opinión concurrente).

<sup>98</sup> El procedimiento de sentencia declaratoria en las cortes federales se rige por la ley de sentencias declaratorias, 28 U. S. C. § 2201 y ss., y por la Regla 57 de Procedimiento Civil federal. El procedimiento y requisitos en Puerto Rico es muy similar y se rige por la Regla 59 de Procedimiento Civil, 32 L. P. R. A. Ap. III, R. 59. Como cuestión de conveniencia, en lo sucesivo toda referencia a este mecanismo procesal se basará en la versión puertorriqueña.

con efecto de cosa juzgada.<sup>99</sup> Sólo se podrá emitir un remedio coercitivo si la parte perdidosa reincide en su curso de conducta tras la declaración de derechos.<sup>100</sup> El tribunal tiene discreción para rehusar emitir la sentencia declaratoria cuando estime que ésta “no hubiera de poner fin a la incertidumbre o controversia que originó el procedimiento”.<sup>101</sup>

Son muchos los autores norteamericanos que han propuesto el uso del mecanismo de sentencia declaratoria, o mecanismos análogos, como antídoto contra la fuerte medicina de *Sullivan*.<sup>102</sup> Estos autores sostienen, persuasivamente, que el factor decisivo que motivó el difícilísimo estándar sustantivo de *Sullivan* fue el peligro de que una indemnización monetaria acalle a los demandados potenciales y reduzca el nivel del debate público. Ausente ese peligro, no se justifica requerir que el demandante pruebe que la conducta del demandado satisface el estándar de *Sullivan* sino que basta con que demuestre que lo publicado fue falso y difamatorio.

Frecuentemente se aduce que el interés principal de los demandantes en estos casos es corregir la falsedad que de ellos se dijo y que el interés en una indemnización monetaria es muy secundario.<sup>103</sup> Mi experiencia personal confirma esta percepción. Ausente el peligro de una indemnización monetaria, la prensa demandada no debía tener el mismo incentivo para litigar el caso con uñas y dientes, que es lo que mejor explica el alto costo de estos litigios. En ese escenario, el único riesgo para la prensa sería que un tribunal evaluara la veracidad de lo publicado y la razonabilidad del comportamiento de la prensa antes

<sup>99</sup> 32 L. P. R. A. Ap. III, R. 59. 1. Literalmente, el mecanismo federal es más amplio porque está disponible para cualquier controversia en la que se solicite una declaración sobre “los derechos y otras relaciones legales de cualquier parte interesada”. 28 U. S. C. § 2201 (traducción mía). El texto de la norma puertorriqueña parece más limitativo por cuanto parece requerir que la controversia gire en torno a la interpretación de “una escritura, testamento, contrato escrito, u otros documentos constitutivos de contrato” o que envuelva “derechos, estado u otras relaciones jurídicas afectados por un estatuto, ordenanza municipal, contrato o franquicia”. 32 L. P. R. A. Ap. III, R. 59. 1.

La aparente mayor restricción de la norma puertorriqueña no debe tener consecuencias prácticas que impidan su aplicación a acciones de difamación. Es sencillo interpretar que en cualquiera de esas acciones están en juego los derechos u otras relaciones jurídicas de las partes bajo normas jurídicas escritas, como son la Constitución y la Ley de Libelo y Calumnia, 32 L. P. R. A. §§ 3141-3149.

<sup>100</sup> *Id.*, R. 59. 4.

<sup>101</sup> *Id.*, R. 59. 3.

<sup>102</sup> Véanse, e. g., Leval, *The No-Money, No Fault Libel Suit: Keeping Sullivan in Its Proper Place*, 101 HARV. L. REV. 1287 (1988); Barrett, *Declaratory Judgments for Libel: A Better Alternative*, 74 CALIF. L. REV. 847 (1986); Franklin, *A Declaratory Judgment Alternative to Current Libel Law*, 74 CALIF. L. REV. 809 (1986); Franklin, *Good Names and Bad Law: A Critique of Libel Law and a Proposal*, 18 U. S. F. L. REV. 1 (1983); Danziger, *supra* nota 91, a la pág. 175. Una propuesta similar en Puerto Rico se encuentra en Casellas, *supra* nota 43, a la pág. 35. Esta idea fue impulsada en un proyecto de ley federal presentado en 1985 en la Cámara de Representantes por el hoy senador por el estado de Nueva York Charles Schumer. Véase H. R. 2846, 99º Cong., 1ª Sesión (1985). La tenaz oposición de la prensa a estas ideas ha impedido que se adopte por legislación o por interpretación judicial.

Hace unos años Ronald Dworkin ofreció una sugerencia parecida, aunque no idéntica. Véase R. DWORKIN, *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 190-94* (1996). Dworkin propone que se instruya al jurado en pleitos de difamación a que emita un veredicto de dos partes que atienda, primero, si la expresión del demandado fue falsa y, segundo, si se satisfizo el estándar sustantivo de *Sullivan*. De esta forma, argumenta Dworkin, por lo menos la figura pública tendrá el beneficio de una decisión que restaure su reputación, aun cuando no pueda lograr una recompensa monetaria. El problema con esta propuesta es que no prescinde del estándar de *Sullivan*, por lo que en la inmensa mayoría de los casos la controversia no llegará a juicio, como demuestran las estadísticas.

Para una reciente propuesta de un mecanismo similar, limitado a manifestaciones difamatorias en campañas políticas, véase Kane, *Malice, Lies, and Videotape: Revisiting New York Times v. Sullivan in the Modern Age of Political Campaigns*, 30 RUTGERS L. J. 755 (1999).

<sup>103</sup> Véase fuentes citadas *id.*



de publicarlo, es decir, lo que los tribunales hacen diariamente respecto a todo otro tipo de litigante. Sólo la arrogancia puede explicar la tenaz oposición de la prensa a este tipo de evaluación judicial, que no conlleva el peligro de la imposición de responsabilidad económica. Y es esa arrogancia la que explica la oposición reiterada de la prensa a cualquier modificación a la doctrina de *Sullivan*.

Si, como el Tribunal Supremo federal ha dicho reiteradamente, la falsedad no tiene valor alguno en un sistema de libre expresión,<sup>104</sup> es perverso que existan normas cuyo resultado práctico sea despojar a las figuras públicas de todo derecho sobre su reputación, intimidad y dignidad. A cambio del supuesto interés en un “debate robusto”, habremos reducido el número y calidad de los miembros de la comunidad dispuestos a participar en ese debate. En las certeras palabras del Juez Salvador Casellas:

“Otra de las consecuencias de *New York Times* es el que cada día se dificulta más el poder interesar y reclutar personas talentosas para el servicio público. Un país sin líderes de primer orden inevitablemente cae en la mediocridad”.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> Véanse, *e. g.*, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 269 (1964); *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 323, 340 (1974); *St. Amant v. Thompson*, 390 U. S. 727, 732 (1968); *Herbert v. Lando*, 441 U. S. 153, 171 (1979).

<sup>105</sup> Casellas, *supra* nota 43, a la pág. 35.