

Revista Chilena de Derecho Privado

Revista Chilena de Derecho Privado

ISSN: 0718-0233

claudia.bahamondes@udp.cl

Universidad Diego Portales

Chile

Pino Emhart, Alberto

CAMBIOS RECIENTES EN LA DEFENSA DE INTERÉS PÚBLICO (PRIVILEGIO  
REYNOLDS) RESPECTO A LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DIFAMACIÓN  
DEL DERECHO INGLÉS

Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 23\*, diciembre, 2014, pp. 263-274

Universidad Diego Portales

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838894006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# CAMBIOS RECIENTES EN LA DEFENSA DE INTERÉS PÚBLICO (PRIVILEGIO REYNOLDS) RESPECTO A LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DIFAMACIÓN DEL DERECHO INGLÉS

*Alberto Pino Emhart*  
University of Oxford

## I. INTRODUCCIÓN

La estima u opinión que tienen los demás sobre nosotros es un bien que se valora aun en sociedades modernas en que prevalece el anonimato. En el ordenamiento jurídico chileno, la protección de este bien se contempla en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política, que asegura el respeto y protección a la honra de la persona y su familia. Ello implica que el derecho debe proveer de mecanismos adecuados para proteger la imagen y reputación que toda persona tiene en su entorno social. La principal herramienta que otorga el sistema jurídico chileno para cumplir este fin consiste en las figuras penales de la injuria y calumnia. Sin embargo, también se encuentra disponible una acción de responsabilidad extracontractual para perseguir la indemnización de todo perjuicio que haya sido causado a la honra de una persona, acción que se encuentra contemplada en la ley N° 19.733, Ley de Prensa. A pesar de que la norma solo se refiere a las injurias y calumnias, la doctrina distingue entre hipótesis civiles de injuria, en las cuales se persigue la responsabilidad civil

derivada de la responsabilidad penal, e hipótesis de difamación. Esta última cubre la figura penal de la calumnia, pero incluye, a su vez, otras situaciones que no necesariamente dan lugar a responsabilidad penal<sup>1</sup>.

El ilícito civil de difamación resulta interesante desde distintos puntos de vista. En primer lugar, salta a la vista que se trata de un ilícito de carácter social, en el cual el objeto de protección lo constituye, como ya vimos, la buena reputación o imagen que los demás tienen sobre una persona. En segundo lugar, la protección a la honra que provee la difamación constituye un límite a la libertad de expresión e información, también consagrada en la Constitución (art. 19 N° 12). En este sentido, establecer un régimen de responsabilidad estricta para quienes se encargan de divulgar información acerca de las personas (en general, pero no exclusivamente, medios de comunicación) constituiría una restricción intolerable a la libertad de expresión. En particular, en el caso de la información relativa a asuntos de interés público, ello tendría un efecto silenciador para la divulgación de in-

<sup>1</sup> BARROS BOURIE (2006), pp. 577-578.

formación que los ciudadanos deben tener disponible lo antes posible en una sociedad democrática. El presente comentario se enmarca dentro de este contexto, realizando un breve análisis de los últimos cambios que tanto la jurisprudencia (en especial el reciente caso *Flood v Times News papers Ltd.* [2012])<sup>2</sup> como la legislación inglesa (en particular, la *Defamation Act* de 2013) han introducido para el ilícito civil de la difamación, concentrándose específicamente en la defensa de interés público, conocida como *privilegio Reynolds*.

Esta defensa del Derecho inglés se relaciona con un punto crucial en la determinación de la responsabilidad civil por actos difamatorios, que tiene ver con el balance que se requiere efectuar entre la protección de la honra, por una parte, y la divulgación de la información de interés público, por la otra. En definitiva, se trata de determinar el estándar de culpa requerido para efectos de configurar una acción de responsabilidad civil por difamación. Un compromiso alto con la libertad de expresión e información, estableciendo criterios laxos para el ejercicio del periodismo, implicará que en muchos casos se divulgue información falsa que puede resultar dañina para la reputación de las personas involucradas. Esta es la solución adoptada en el Derecho estadounidense, después que la Corte Suprema estableciera en *New York Times v Sullivan* que, tratándose de información relativa a autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, el demandante en una acción de

difamación requiere probar que el demandado tenía ‘real malicia’, esto es, que estaba en conocimiento de que lo expresado no correspondía a la realidad, o que tenía indiferencia temeraria respecto de si lo expresado correspondía efectivamente a la realidad o no<sup>3</sup>. Para la Corte, en estos casos resulta necesario tener una prensa desinhibida con suficiente “espacio para respirar”<sup>4</sup>. Con posterioridad, la Corte Suprema estadounidense incluso extendió esta exigencia a los asuntos de interés público que afectan a personas privadas<sup>5</sup>. Sin embargo, no todos los sistemas jurídicos comparten esta preferencia radical por la libertad de expresión. Es el caso del Derecho inglés, que hasta antes de la *Defamation Act* de 2013, establecía criterios para determinar si la difamación había ocurrido como consecuencia de un ejercicio responsable del periodismo. El examen de estos criterios y sus recientes cambios puede ilustrarnos para establecer criterios similares en el ordenamiento jurídico chileno, el cual carece de reglas precisas para determinar un grado de culpa que permita realizar un adecuado balance entre los valores que se encuentran en juego (honra y libertad de expresión). Como señala Enrique Barros Bourrie:

“corresponde a la jurisprudencia trazar la línea divisoria en-

<sup>3</sup> *New York Times v Sullivan*, 376 US 254 (1964), pp. 279-280.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 271.

<sup>5</sup> *Gertz v Robert Welch Inc.*, 418 US 323 (1974). Aunque este fallo solo extendió el test *New York Times* para efectos de decretar la procedencia de daños punitivos, no así para la procedencia de indemnizaciones compensatorias.

<sup>2</sup> [2012] UKSC 11.

tre el rumor carente de sustento y la mera conjetura temeraria, por un lado, y la noticia errónea, pero razonablemente verosímil para quien la divulga, por el otro”<sup>6</sup>.

A mi juicio, esta labor puede facilitarse observando la forma en que ha sido resuelto el problema en otras jurisdicciones.

## II. LA ACCIÓN POR DIFAMACIÓN EN GENERAL

A pesar de que me concentraré aquí en la defensa de interés público, es necesario dar cuenta primero de los requisitos que establece el Derecho inglés para efectos de entablar una acción de responsabilidad por difamación. Tradicionalmente, se ha señalado que tres son los requisitos que un demandante debe satisfacer para interponer esta acción:

- 1) que el demandado haya publicado o comunicado a un tercero
- 2) una afirmación referida al demandante
- 3) que es difamatoria para este<sup>7</sup>.

De inmediato puede destacarse que para el Derecho inglés no es determinante el hecho de que la difamación se haya publicado por escrito, o que haya sido comunicada ante una audiencia relevante: basta con que la afirmación haya sido comunicada a una sola persona para que se entienda

cumplido este primer requisito<sup>8</sup>. En un mundo como el actual, en el que las ideas circulan con facilidad entre distintos países mediante Internet y las ventas internacionales de libros, ha sido motivo de preocupación el impedir que quienes pretenden interponer una acción de difamación puedan elegir discrecionalmente en qué jurisdicción interponer la acción de responsabilidad civil (lo que se ha denominado como *forum shopping* o *libel tourism*). Así, por ejemplo, si se realiza una publicación de un libro en Estados Unidos, jurisdicción que como vimos establece estándares laxos de culpa cuando se trata de asuntos de interés público, en principio bastaría con que más de una persona lo haya comprado en Inglaterra para que pueda interponerse una acción por difamación en dicha jurisdicción<sup>9</sup>.

Cabe señalar también que la afirmación no necesita ser publicada por escrito, sino que puede haber sido expresada verbalmente. En este sentido, se distingue entre *libel*, cuando se trata de afirmaciones difamatorias

<sup>8</sup> Ello contrasta con el sistema jurídico chileno, en el cual se ha fallado que una afirmación difamatoria que no se ha realizado frente a la opinión pública y en un ámbito privado no da lugar a una acción de responsabilidad civil. Corte de Valparaíso, 29 de enero de 1992, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXIX, Santiago, 1992, sección quinta, p. 92.

<sup>9</sup> Sin perjuicio de que la jurisprudencia inglesa ha ido elaborando criterios para impedir este turismo o *shopping* de jurisdicciones, exigiendo la publicación sustantiva de material difamatorio en Inglaterra para interponer una acción en dicha jurisdicción. De no cumplirse este requisito, la jurisprudencia impide la posibilidad de interponer una acción en Inglaterra por considerar que se trataría de un ‘abuso del proceso’.

<sup>6</sup> BARROS BOURIE (2006), p. 582.

<sup>7</sup> McBRIDE y BAGSHAW (2012), p. 530.

hechas en forma permanente (principalmente, por escrito), y *slander*, cuando se trata de afirmaciones hechas en forma no permanente (por ejemplo, de manera verbal). La distinción es relevante, puesto que en el caso del *slander*, para efectos de interponer una acción de responsabilidad, el demandante debe acreditar haber sufrido perjuicios patrimoniales como consecuencia de la acción difamatoria del demandado. Sin embargo, incluso en los casos de *slander* los tribunales presumirán la existencia de un perjuicio si la afirmación difamatoria sugiere que el demandante cometió un delito grave, o que el demandante tenía una enfermedad contagiosa, o que el demandante no se desempeñaba correctamente en su trabajo, o que el demandante no era casto o que cometió adulterio.

El requisito más problemático es el tercero, que implica determinar si la afirmación fue difamatoria o no para el demandante. Para la jurisprudencia, una afirmación es difamatoria para el demandante si ella ha afectado

“sustancialmente de manera adversa la opinión que los demás tienen sobre el demandante, o tiene una tendencia a afectarla”<sup>10</sup>.

Esta aproximación jurisprudencial fue consagrada en la reciente modificación legal (Defamation Act de 2013), estableciendo que una afirmación no es difamatoria a menos que haya causado o es probable que cause un

“daño severo” (*serious harm*) a la reputación del demandante (Section 1). Sin embargo, no resulta del todo fácil determinar en qué consiste este requisito de daño severo. Desde luego, el propósito es excluir afirmaciones difamatorias de carácter trivial, como señalar que alguien es “horriblemente feo” (*hideously ugly*)<sup>11</sup>, o “el peor jugador de tenis del mundo”<sup>12</sup>. Sin perjuicio de ello, el problema a que puede dar lugar esta definición es que pareciera permitir difamar a una persona siempre y cuando el daño causado no sea severo. En este sentido, no queda claro si, por ejemplo, sería difamatorio señalar que una persona es “algo corrupta” o “un poco tonta”<sup>13</sup>. Será tarea de la jurisprudencia resolver este tipo de problemas.

Por último, cabe destacar la denominada “regla de repetición”, según la cual quien realiza una afirmación que repite un rumor o la opinión de alguien que difama a otra persona puede ser demandado por difamación<sup>14</sup>. Así, por ejemplo, si un individuo señala que Juan es un ladrón de acuerdo con un rumor o según “fuentes cercanas”, la afirmación sería igualmente difamatoria. La razón de ello es que una persona normal al escuchar la afirmación que repite el rumor o información de todos modos va a pensar mal de Juan –aun cuando debiera concluir que solo se trata de un rumor o de la opinión de alguien–. La misma regla es aplicable al caso en que la afirmación se

<sup>11</sup> Berkoff v Burchill [1996] All ER 1008.

<sup>12</sup> Dee v Telegraph Media Group Ltd [2010] EWHC 924 (QB).

<sup>13</sup> KEE YANG (2014), pp. 100-101.

<sup>14</sup> Stern v Piper [1997] QB 123.

<sup>10</sup> Thornton v Telegraph Media Group Ltd (2010), p. 95.

formule en términos menos absolutos (por ejemplo, ‘yo creo que Juan es un ladrón’)<sup>15</sup>. Ello por la misma razón anterior: una persona normal debiera entender que tan solo se trata de una opinión o apreciación personal, pero es muy probable que vaya a pensar mal de Juan producto de la afirmación.

### III. DEFENSAS A LA ACCIÓN POR DIFAMACIÓN EN GENERAL

Como vimos en la sección anterior, la acción por difamación en Inglaterra contempla menores requisitos para interponer la acción que otras jurisdicciones. En virtud de ello, las defensas que el demandado puede alegar una vez interpuesta la acción en su contra cobran una especial importancia. Por ejemplo, el sistema no le exige al demandante probar la falsedad de el o los hechos que sustentan la afirmación para interponer la acción. Demostrar que sustentaban la afirmación será cargo del demandado, lo que constituye la defensa de la verdad (antes conocida como defensa de justificación)<sup>16</sup>.

Asimismo, como ya se mencionó, es posible para una víctima demandar

bajo este título a quien expresó una *opinión* difamatoria. Nuevamente, será carga del demandado alegar que se trataba solo de una “opinión honesta”. De antiguo se conocía esta defensa como “comentario honesto (o razonable)”. Sin embargo, la Defamation Act de 2013 cambió el nombre de esta defensa a “opinión honesta” (Section 3). Pero no solo se trata de un mero cambio de nombre. La legislación derogó la antigua exigencia según la cual el comentario debía ser de una naturaleza tal que una persona razonable lo habría hecho. Además, el dolo ya no invalida la defensa, es decir, una opinión honesta se encuentra acogida a esta defensa (si cumple todos sus requisitos) aun cuando haya sido realizada con la intención de causar daño al demandante. Por último, la defensa ya no requiere que la opinión se refiera a asuntos de interés público.

Otro grupo de defensas importante en esta materia lo constituyen los privilegios absolutos y calificados. Los privilegios absolutos impiden bajo cualquier circunstancia que se interponga una acción difamatoria. La razón que justifica la existencia de estos privilegios reside en el interés que tiene el sistema jurídico para que en determinados contextos las personas puedan ser capaces de decir lo que quieran sin temor a que puedan ser demandados. El ejemplo más tradicional de estos privilegios es la facultad de que gozan los miembros del Parlamento y la Corte Suprema para decir lo que quieran mientras se encuentren al interior de la House of Commons o Corte Suprema, sin temor a ser demandados por difamación. Los privilegios calificados, por

<sup>15</sup> MCBRIDE y BAGSHAW (2012), p. 533.

<sup>16</sup> El artículo 30 de la Ley de Prensa contempla una defensa similar de verdad de las afirmaciones, aunque es aplicable solo para el delito de injuria, y siempre que se hubieren imputado hechos determinados, y “la imputación se hubiere producido con motivo de defender un interés público real” o “que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio”. Sin embargo, para la doctrina “la difamación tiene por antecedente objetivo la *falsedad* de los hechos atribuidos”. BARROS BOURIE (2006), p. 580.

otra parte, impiden que se interponga una acción difamatoria siempre que no hayan sido realizadas con dolo. En este contexto, se entiende que una persona actúa con dolo si:

- 1) sabía que la afirmación era falsa al momento de expresarla o
- 2) al momento de realizar la afirmación, no le importó determinar si esta era falsa o no o
- 3) realizó la afirmación por una razón impropia o ilegítima<sup>17</sup>.

Es en el ámbito de estos privilegios calificados que se enmarca el denominado privilegio Reynolds, que detallo a continuación.

#### IV. EL PRIVILEGIO REYNOLDS

El privilegio Reynolds es un privilegio calificado que adopta dicha denominación por la sentencia de la House of Lords (hoy Corte Suprema) *Reynolds v Times Newspapers Ltd*<sup>18</sup>. En términos generales, este fallo redactado por lord Donald Nicholls estableció que las afirmaciones realizadas en un artículo publicado en un periódico se encuentran protegidas por un privilegio calificado siempre que:

- 1) el artículo verse sobre una materia de interés público, y
- 2) el periódico haya actuado responsablemente al decidir publicar el artículo en el momento que se haya publicado y de la forma en que se haya publicado.

Si bien este caso en particular se refería a afirmaciones realizadas por escrito en un periódico, la jurisprudencia ha extendido el privilegio a las afirmaciones realizadas por cualquier medio (como en discursos, libros, programas de televisión o noticieros)<sup>19</sup>. Además, se ha señalado que el examen para determinar si quien publicó la información actuó responsablemente o no debe realizarse conforme a la información que se encontraba disponible para el periódico al momento de publicar la información<sup>20</sup>. Lord Donald Nicholls menciona las siguientes circunstancias que deben tomarse en cuenta para realizar este examen:

“1. La seriedad de las imputaciones [hechas en el artículo]. Mientras más seria la acusación, mayor será la desinformación para el público y el daño para el individuo, si la acusación es falsa. 2. La naturaleza de la información, y el grado en que la información en cuestión es un asunto de interés público. 3. La fuente de la información. Algunos informantes no tienen conocimiento directo de los eventos. Otros tienen su propia agenda, o son pagados para que cuenten sus historias. 4. Los pasos tomados para verificar la información. 5. El estado en que se encuentra la información. La acusación ya puede haber sido objeto de una investiga-

<sup>17</sup> McBride y Bagshaw (2012), p. 557.

<sup>18</sup> [2001] 2 AC 127.

<sup>19</sup> Seaga v Harper [2009] 1 AC 1, p. 11.

<sup>20</sup> Loutchansky v Times Newspapers Ltd [2002] QB 321.



ción que merece respeto. 6. La urgencia del asunto. Las noticias son con frecuencia un bien perecedero. 7. Si se contactó al demandante para que comente. El demandante podría haber tenido información que otros no tenían o que no estaban dispuestos a revelar. Contactarse con el demandante no será siempre necesario. 8. Si el artículo contemplaba los puntos esenciales del punto de vista del demandante. 9. El tono del artículo. Un periódico puede plantear cuestionamientos o clamar por una investigación. No necesita realizar acusaciones como afirmaciones de hecho. 10. Las circunstancias de la publicación, incluida la elección del momento oportuno<sup>21</sup>.

Se trata, en consecuencia, de un examen que busca determinar si quien realizó la publicación difamatoria actuó con un grado de cuidado adecuado o no. En el caso particular resuelto por la House of Lords, el periódico *The Sunday Times* había publicado un artículo sobre la renuncia de Albert Reynolds, el primer ministro de Irlanda. El artículo señalaba había engañado deliberadamente al Parlamento Irlandés sobre un asunto particular, y que habría sido forzado a renunciar a su cargo en razón de que los parlamentarios se habrían enterado de su conducta deshonesto. Con posterioridad se determinó que

la información era falsa, y que había renunciado al cargo por otros motivos, pero que nunca engañó al Parlamento irlandés. Albert Reynolds demandó al *The Sunday Times* por difamación, alegando este último que el artículo estaba privilegiado por tratarse de un asunto de interés público. Sin embargo, la House of Lords determinó que el artículo no estaba sujeto al privilegio. Aplicando los criterios antes mencionados, el tribunal consideró que, a pesar de tratarse de un asunto de interés público, el *The Sunday Times* no había actuado de manera responsable al realizar la publicación en la forma en que lo hizo, toda vez que presentaba una versión injustificadamente unilateral de los hechos, sin considerar en absoluto las explicaciones que Albert Reynolds señaló al Parlamento al momento de renunciar. Incluso las ediciones irlandesas del *The Sunday Times* daban cuenta de la renuncia de una manera más balanceada, tomando en cuenta la versión de los hechos por parte de Albert Reynolds.

La solución planteada por la House of Lords resulta interesante, puesto que constituye una alternativa a la solución más radical adoptada por la Corte Suprema estadounidense. En este sentido, la House of Lords no le exige al demandante probar dolo para efectos de decretar la procedencia de una acción por difamación; lo que se exige es probar que el demandado no actuó responsablemente, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso que deben ser sopesadas por la jurisprudencia. Ello implica, por una parte, aceptar el riesgo de que en algunos casos los medios de prensa van

<sup>21</sup> Reynolds v Times Newspapers Ltd [2001] 2 AC 127, 205.



a publicar informaciones falsas sobre estos asuntos de interés público, afectando la reputación o buena imagen de las víctimas y sin proveer de una acción civil reparatoria para esos efectos. Sin embargo, ello también implica evitar el riesgo de provocar un indeseable efecto silenciador sobre la libertad de expresión y de información con reglas más estrictas al respecto. El privilegio Reynolds le impone al medio de prensa la obligación de verificar de modo diligente la información que ha recibido, pero no le exige cerciorarse en integridad de que la información es correcta.

Precisamente en un fallo posterior, *Jameel (Mohammed) v Wall Street Europe SPRL* (2007), la House of Lords manifestó preocupación por la forma estricta en que los tribunales inferiores estaban aplicando el *test* establecido en *Reynolds*. Si bien es cierto que las cortes tienen la facultad de determinar si un medio de prensa actuó de manera responsable o no, la House of Lords estableció que los factores enunciados por lord Donald Nicholls no son requisitos que deben ser cumplidos uno a uno para considerar que el medio de prensa en cuestión actuó responsablemente<sup>22</sup>. En este caso, el periódico *Wall Street Journal Europe* publicó un artículo que sugería que las autoridades de Arabia Saudita se encontraban monitoreando las cuentas bancarias de, entre otros, Mohammed Jameel y la empresa Abdul Latif Jameel Company, para asegurarse de que ellas no fueran utilizadas para contribuir a financiar actividades terroristas de Al-Qaeda. Ambos Jameel y la empresa

demandaron a *Wall Street Journal* por difamación. El periódico invocó el privilegio Reynolds en su defensa. La Corte de Apelaciones determinó que la publicación no estaba protegida por el privilegio, toda vez que el periódico no le otorgó un plazo de veinticuatro horas a Jameel para que respondiera a las afirmaciones realizadas en el artículo. Sin embargo, para la House of Lords la Corte de Apelaciones adoptó un criterio inadecuado para determinar si el periódico actuó en este caso de manera responsable o no. Por el contrario, estableció que el artículo de *Wall Street Journal* constituye un claro ejemplo del

“tipo de periodismo investigativo neutral que persigue proteger el privilegio Reynolds”<sup>23</sup>.

Una situación similar ocurrió en el reciente caso *Flood v Times Newspapers Ltd.* (2012), en el cual un oficial de la policía (sargento Gary Flood) demandó por difamación a *The Times* por publicar un artículo señalando que el Sargento Flood estaba siendo investigado por aceptar sobornos por parte de exiliados rusos a cambio de información interna relativa a los intentos del gobierno ruso para lograr extraditar estos exiliados de vuelta a Rusia. El demandante argumentó que el artículo sugería que habían indicios para sospechar que el sargento había abusado de su cargo como oficial de la policía. Luego se determinó que la acusación era falsa, y que no existían razones para sustentar tales sospechas. Ante la imposibilidad de argumentar la defensa de la verdad, *The Times* planteó

<sup>22</sup> [2007] 1 AC 359, [33] y [56].

<sup>23</sup> [2007] 1 AC 359, [35].

que la publicación estaba protegida por el privilegio Reynolds. Para la Corte de Apelaciones, *The Times* no actuó responsablemente al publicar el artículo, puesto que se apresuró en publicar acusaciones antes de que las investigaciones respectivas fueran llevadas a cabo de manera adecuada.

La Corte Suprema de nuevo revirtió la sentencia de la Corte de Apelaciones. El voto mayoritario, redactado por lord Nicholas Phillips, establece que en este caso el periódico (en particular, el periodista que redactó el artículo) actuó responsablemente al realizar la publicación, toda vez que existían indicios suficientes como para sospechar que el sargento Gary Flood podía ser culpable del cargo que se le imputaba. En este sentido, el principal punto de desacuerdo entre la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones consiste en el denominado ‘deber de verificación’. Aclara lord Nicholas Phillips que dicho deber depende de las circunstancias, y que no resulta aplicable para algunas publicaciones. El caso paradigmático de ello lo constituyen los ‘reportajes’, en los cuales quien realiza la publicación reporta en forma imparcial las posturas de ambas partes en una disputa política o de alguna otra índole similar<sup>24</sup>. Como veremos en la siguiente sección, esta categoría jurisprudencial separada de ‘reportajes’ fue consagrada legalmente por la Defamation Act de 2013.

Para lord Nicholas Phillips,

“la verificación implica tanto elementos subjetivos como

objetivos. El periodista responsable debe estar convencido de que la acusación que publica es verdadera. Y su creencia en la verdad debe ser el resultado de una investigación razonable y debe ser una creencia razonable”<sup>25</sup>.

En este caso, el artículo señalaba que existían indicios suficientes como para sospechar que el sargento Gary Flood era culpable de las acusaciones que se le imputaban, pero sin señalar que era efectivamente culpable. En consecuencia, lord Nicholas Phillips sostiene que el demandado debe proveer pruebas suficientes de los hechos que fundaban dichas sospechas. Otra vez la Corte Suprema sugiere que los criterios para determinar si existía suficiente evidencia para fundar tales sospechas deben ser laxos y no estrictos. Una regla contraria implicaría una restricción intolerable a la libertad de expresión. En este sentido, lord Nicholas Phillips sostiene:

“cuando un periodista indica que hay indicios suficientes para sospechar que una persona es culpable de un acto ilícito, el periodista responsable debe convencerse de que existen esas razones, pero ello no necesariamente implica que debe saber cuáles son esos indicios. La existencia de estos indicios puede basarse en información proporcionada por fuentes confiables, o ser

<sup>24</sup> *Roberts v Gable* [2008] QB 502, [53] (Ward LJ).

<sup>25</sup> *Flood v Times Newspapers Ltd.* [2012] 2 AC 273, [79].

deducidos de la existencia de una investigación policial, en circunstancias en que dicha deducción sea razonable”<sup>26</sup>.

#### V. LA NUEVA DEFENSA DE INTERÉS PÚBLICO

A primera vista, pareciera que la reciente Defamation Act de 2013 derogó el privilegio Reynolds, estableciendo una nueva defensa denominada como ‘defensa de interés público’. La norma expresamente señala que se deroga la defensa elaborada por el *Common Law* conocida como privilegio Reynolds (sección 4 [6]). Sin embargo, un examen cuidadoso de la norma permite concluir que una versión modificada del privilegio Reynolds aún se encuentra vigente, a pesar del tenor literal de la nueva legislación. La Defamation Act en su sección cuarta, subsección (1), establece dos requisitos para que sea procedente la defensa de interés público:

“(a) que la afirmación haya sido o formara parte de una afirmación relativa a un asunto de interés público, y (b) que el demandado haya creído razonablemente que publicar la afirmación objeto de la demanda era de interés público”.

Agrega a continuación la norma en la subsección (2) que para determinar si el demandado ha cumplido con estos requisitos,

“la corte deberá tomar en cuenta todas las circunstancias del caso”,

y para el caso del segundo requisito (b), se señala que la corte deberá examinar si el demandado ejerció un juicio editorial al respecto.

Originalmente, el proyecto de ley contemplaba una enunciación no taxativa de factores que la Corte debía tomar en cuenta para efectos de realizar este examen, factores que eran muy similares a los enumerados por lord nombre Nicholls en *Reynolds*<sup>27</sup>. Sin embargo, la ley aprobada se limita a señalar que deben tomarse en cuenta “todas las circunstancias del caso”, lo que no significa que estos factores hayan sido derogados. Es probable que las Cortes seguirán utilizando estos factores para examinar “todas las circunstancias del caso”. Asimismo, el proyecto de ley en un principio establecía un segundo requisito más restrictivo, requiriendo que el demandado hubiese actuado “responsablemente al publicar la afirmación difamatoria objeto de la demanda”<sup>28</sup>. El cambio es relevante, puesto que con la redacción final de la ley la defensa ya no requiere que el demandado haya actuado de manera responsable; solo requiere que haya creído razonablemente que publicar la información era de interés público. Ello no hace más que reforzar la tendencia jurisprudencial desarrollada por la Corte Suprema en *Flood* y

<sup>27</sup> KEE YANG (2014), p. 105.

<sup>28</sup> United Kingdom, Ministry of Justice, *Draft Defamation Bill: Consultation* (CP 3/11, marzo 2011), cláusula 2.

<sup>26</sup> *Flood v Times Newspapers Ltd.* [2012] 2 AC 273, [80].

Jameel, estableciendo criterios más laxos para efectos de determinar si era razonable o no realizar la publicación, aun cuando el medio de prensa en cuestión no hubiese verificado que la información era verdadera. También cabe señalar que la defensa se encuentra abierta a cualquier demandado, por lo que no es exclusiva para los medios de prensa o periodistas.

De acuerdo con sus notas explicativas, la forma en que finalmente se aprobó la sección cuarta de la Defamation Act de 2013 pareciera responder al desarrollo jurisprudencial sobre la materia<sup>29</sup>. De igual forma, constituye un importante giro hacia otorgar una mayor protección a la libertad de expresión en materias de interés público<sup>30</sup>. También resulta destacable la consagración legal de la defensa desarrollada por la jurisprudencia conocida como ‘reportaje’. Señala el párrafo tercero de la sección cuarta de la Defamation Act que:

“si la afirmación objeto de la demanda era, o formaba parte de una descripción precisa e imparcial de una disputa en la cual el demandante era una de las partes, al determinar si era razonable para el demandado creer que la publicación de la afirmación era de interés público, la corte debe ignorar cualquier omisión por parte del demandado para dar los

pasos necesarios para verificar la verdad de las imputaciones que allí se señalan”.

## VI. CONCLUSIONES

Si bien en la actualidad la defensa del privilegio Reynolds del Derecho inglés no protege radicalmente la libertad de expresión e información como en el caso del Derecho estadounidense (con el *test New York Times*), el giro reciente de la defensa hacia la libertad de expresión promovido por la jurisprudencia de la Corte Suprema y consagrado positivamente por la nueva legislación permiten que el sistema se vaya acercando a establecer criterios laxos para efectos de determinar si quien realiza una publicación difamatoria en materias de interés público debe ser responsable de los daños causados a la honra de las personas afectadas por la publicación. En una jurisdicción en la cual es relativamente fácil interponer una acción de responsabilidad civil por difamación, la formulación y aplicación de esta defensa es de suma importancia, en especial (aunque no de modo exclusivo) para los periodistas y medios de prensa en general. Resulta interesante que este giro hacia la protección de la libertad de información se haya desarrollado mayormente por la jurisprudencia de la Corte Suprema como una reacción ante la tendencia de los tribunales inferiores a aplicar criterios más estrictos de culpa para determinar si una publicación fue realizada de forma responsable o no. Queda, entonces, abierta la pregunta

<sup>29</sup> Explanatory Notes to the Defamation Act 2013 (c 26), párrafo 29.

<sup>30</sup> Para Low Kee Yang, quizá se trata de una protección excesiva en desmedro de la veracidad y la reputación. KEE YANG (2014), p. 105.

de si la consagración legal positiva de estos criterios más laxos permitirá que los tribunales inferiores sean capaces en definitiva de aplicarlos de forma correcta.

El giro hacia la libertad de información en una jurisdicción como la inglesa, que tradicionalmente se caracterizaba por darle una mayor protección a la honra, constituye, a mi juicio, un interesante ejemplo a tener cuenta para determinar los estándares de culpa que la jurisprudencia chilena debe definir en el contexto de las acciones de responsabilidad civil por difamación. Para un sistema jurídico como el chileno, donde la tradición ha tendido a otorgar una mayor protección a la honra en esta materia, resulta interesante observar este giro tanto en la jurisprudencia como legislación inglesas. En este sentido, cabe tener cuenta, además, que la mayor protección de la libertad de expresión en este contexto responde a las exigencias impuestas por el

Derecho Internacional, en particular por el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- KEE YANG, Low (2014). "UK Defamation Act 2013. Key Changes". *Singapore Academy of Law Journal* N° 26. Singapore.
- MCBRIDE, Nicholas J. y Roderick BAGSHAW (2012). *Tort Law*. 4ª ed. Essex: Pearson.

#### *Normas citadas*

- Defamation Act 2013
- Ley N° 19.733, Ley de Prensa