

¿Real malicia? Descifrando un estándar foráneo de protección del derecho a la libertad de expresión para su aplicación en Ecuador

Actual Malice? Deciphering a foreign standard of protection of the right to freedom of speech for its application in Ecuador

JOSÉ DAVID ORTIZ CUSTODIO*

Universidad de los Hemisferios (Ecuador)

Resumen: La Sentencia N° 282-13-JP/19, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, introdujo el estándar de real malicia originado en el caso *New York Times Co. vs. Sullivan* para analizar las posibles limitaciones al derecho a la libertad de expresión en casos de publicación de hechos falsos y difamatorios sobre temas de interés público. La Corte Constitucional del Ecuador estableció que las personas involucradas en asuntos de interés público tienen a su disposición los mecanismos de réplica o rectificación para defender su reputación frente a la publicación de información que consideren falsa, inexacta o agravante; y, únicamente en caso de que estos mecanismos resulten insuficientes, podrán acudir a la vía civil en la que se aplicará el estándar de real malicia. Este artículo analiza el origen del estándar de real malicia en el caso *New York Times Co. vs. Sullivan* con el objeto de identificar su naturaleza y sus finalidades como un escrutinio reforzado para proteger el derecho a la libertad de expresión y el principio de que el debate sobre asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y abierto. Para ello, examina la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos buscando conocer cuándo se activa la aplicación del estándar de real malicia y cómo deben entenderse sus elementos configurativos, y también reseña las principales críticas al estándar y los problemas prácticos que conlleva su implementación. Finalmente, sobre la base de estos hallazgos, se examina cómo se aplicará el estándar de real malicia en el Ecuador, en perspectiva de la Sentencia N° 282-13-JP/19, dictada por la Corte Constitucional del Ecuador. De esta manera, se realizará un análisis comparativo del ámbito de aplicación y de los elementos configurativos de este estándar foráneo, según el marco legal ecuatoriano.

Palabras clave: Libertad de expresión, reputación, información de interés público, figuras públicas, difamación, real malicia, responsabilidad civil

* Profesor titular de la cátedra de Derecho Procesal Constitucional en la Maestría de Derechos Constitucionales, Humanos y Ambientales de la Universidad de los Hemisferios (Quito, Ecuador). Máster en Derecho LL.M. por la University of Pennsylvania Law School (Filadelfia, Estados Unidos de América). Especialista superior en derecho constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Ecuador.
Código ORCID: 0000-0002-5690-7467. Correo electrónico: jd_ortiz55@hotmail.com

Abstract: Decision N° 282-13-JP/19, issued by the Constitutional Court of Ecuador, introduced the actual malice standard originated in the *New York Times Co. vs. Sullivan* case to analyze possible limitations to the right of freedom of speech. This standard applies in cases of publication of false and defamatory statement of facts on issues of public interest. The Constitutional Court ruled that persons involved in matters of public interest have at their disposal the mechanisms of reply and rectification to defend their reputation against the publication of information that they consider false, inaccurate or offensive; and, only if these mechanisms prove to be insufficient, they may file a civil complaint for defamation to claim compensation if they satisfy the actual malice standard. This article analyzes the origin of the actual malice standard in the *New York Times Co. vs. Sullivan* case to identify its nature and purposes as a stringent scrutiny to protect the right of freedom of speech and the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust and wide-open. To do this, it examines the precedents of the United States Supreme Court to determine when the actual malice standard applies and how its configurative elements should be understood, and also outlines the main criticisms of the standard and the practical problems associated with its application. Finally, based on these findings, it examines how the standard of actual malice will be applied in Ecuador, in perspective of Decision N° 282-13-JP/19, issued by the Constitutional Court of Ecuador. In this way, the article makes a comparative analysis of the scope and the configurative elements of this foreign standard, according to the Ecuadorian legal framework.

Key words: Freedom of speech, reputation, information of public interest, public figures, defamation, actual malice, civil liability

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA SENTENCIA N° 282-13-JP/19.- III. ORIGEN DEL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA.- IV. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA.- IV.1. EL ESTATUS DEL DEMANDANTE ACTIVA LA APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA.- IV.2. SIGNIFICADO DE REAL MALICIA.- IV.3. LA CARGA DE LA PRUEBA LE CORRESPONDE AL DEMANDANTE.- IV.4. EL DEMANDANTE DEBE TENER ACCESO AMPLIO A LA PRUEBA.- IV.5. LA PUBLICACIÓN DEBE VERSAR SOBRE HECHOS.- IV.6. LOS HECHOS PUBLICADOS DEBEN SER MATERIALMENTE FALSOS.- V. CRÍTICAS AL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA.- V.1. EL ESTÁNDAR SOBREPOTEGE LA EXPRESIÓN.- V.2. EL ESTÁNDAR NO PROTEGE ADECUADAMENTE LA REPUTACIÓN.- V.3. EL ESTÁNDAR NO PROTEGE ADECUADAMENTE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.- VI. ANÁLISIS DE LA INCORPORACIÓN DEL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA EN ECUADOR.- VI.1. JUSTIFICACIÓN DE LA INCORPORACIÓN DEL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA.- VI.2.- EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR EN ECUADOR.- VI.3. EL CARÁCTER PÚBLICO DE LA INFORMACIÓN ACTIVA LA APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR EN ECUADOR.- VI.4. LA APLICACIÓN DE LOS DEMÁS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL ESTÁNDAR EN ECUADOR.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En 1964, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América emitió una sentencia histórica en materia de libertad de expresión en el caso *New York Times Co. vs. Sullivan*, a través de la cual introdujo un estándar constitucional que los jueces deben aplicar para establecer la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la publicación de hechos falsos y difamatorios contra funcionarios públicos (*New York Times Co. vs. Sullivan*, 1964). Este examen constitucional, conocido como el estándar de real malicia, dispone que un funcionario público no podrá demandar el pago de una indemnización civil a causa de una declaración falsa y difamatoria relacionada a su conducta oficial, a menos que pruebe que fue publicada con conocimiento de su falsedad o con un desprecio temerario acerca de su veracidad (§§ 279-280).

En su momento, esa sentencia fue considerada «una ocasión para bailar en las calles»¹. El profesor Harry Kalven Jr. (1964), reconocido docente y experto en materia de libertad de expresión, celebró la sentencia por considerar que su significado central era imposibilitar que el Gobierno sancione la difamación sediciosa (pp. 208-209). A su vez, la sentencia del caso *New York Times* abordó interrogantes cruciales. Por ejemplo, si bien las opiniones, por su naturaleza, no pueden ser sometidas a juicios de veracidad o falsedad, ¿qué sucede con la publicación de hechos falsos? Y, precisamente, ¿el derecho a la libertad de expresión permite que el Estado pueda limitar la publicación de hechos falsos que afectan la reputación de un funcionario público? El estándar de real malicia procura responder a estas preguntas balanceando los derechos e intereses en juego (Nimmer, 1968, pp. 942-943).

La sentencia del caso *New York Times* ha influenciado la interpretación de los límites al derecho a la libertad de expresión en países de la región en razón de que varios tribunales, algunos en forma expresa y otros sin reconocerlo, han utilizado en sus fallos el estándar de real malicia y los argumentos desarrollados en este caso estadounidense (Bertoni, 2000, pp. 123, 125-126). Por ejemplo, el estándar de real malicia ha sido utilizado expresamente por la Corte Suprema de la Nación Argentina², la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México³, la Corte Constitucional de Colombia⁴ y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela⁵, entre otras, y se ha considerado que guarda una cercana conexión con la jurisprudencia de la Corte

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

1 Así lo habría manifestado el profesor Alexander Meiklejohn al ser consultado por el profesor Harry Kalven Jr. (1964) sobre su opinión de la sentencia dictada en el caso *New York Times Co. vs. Sullivan* (p. 221).

2 *Vago, Jorge Antonio vs. Ediciones de La Urraca SA, y otros*, sentencia de 19 de noviembre de 1991.

3 Tesis Jurisprudencial num. 1a./J. 80/2019 (10a.), Primera Sala, 11 de octubre de 2019.

4 Sentencia SUS 274/19 de 19 de junio de 2019, Expediente T-6937981; y Sentencia T-218 de 27 de marzo de 2009, Expediente T-2092663.

5 Sentencia 1942 de 15 de julio de 2003, Expediente 01-0415.

Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión (Gullco, 2009, pp. 128,136)⁶.

Aunque no han faltado críticas a la incorporación del estándar de real malicia por considerarlo un injerto foráneo o una inclusión extranjerizante (Nahabetián, 2015, pp. 198-199), se ha sostenido que la relevancia y aplicabilidad del estándar de real malicia no depende de si el ordenamiento jurídico en cuestión pertenece al *common law* o al sistema romano germánico, sino a la necesidad que existe en toda sociedad democrática de proteger reforzadamente las afirmaciones fácticas, incluso las falsas o inexactas, que involucren a funcionarios o personajes públicos y que estén relacionadas con temas de interés público (Gullco, 2009, pp. 127, 130-131).

En este contexto, el 4 de septiembre de 2019 la Corte Constitucional del Ecuador introdujo el estándar de real malicia al ordenamiento jurídico ecuatoriano, señalando que «Las autoridades judiciales que evalúen la legitimidad de una posible restricción al derecho a la libertad de expresión deberán tomar en consideración los estándares de reporte fiel y de real malicia» (Sentencia N° 282-13-JP/19, 2019, § 93). En particular, la Corte Constitucional señaló que las personas involucradas en asuntos de interés público tienen a su disposición los mecanismos de réplica o rectificación para defender su reputación frente a la publicación de información que consideren falsa, inexacta o agravante; y que únicamente en caso de que estos resulten insuficientes estas podrán acudir a la vía civil, en la que se aplicará el estándar de real malicia (§§ 93, 100).

Si bien esta es la primera sentencia que introduce en forma vinculante el estándar de real malicia en el Ecuador⁷, su correcta aplicación y la consecución de sus fines dependerán de que sea adecuadamente entendido⁸. Este artículo tiene por objeto analizar el origen del estándar de real malicia en el caso *New York Times Co. vs. Sullivan* para comprender

6 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que en lo concerniente al establecimiento de responsabilidad ulterior por expresiones de interés público o expresiones políticas en el marco de una contienda electoral, únicamente cabe aplicar una limitación de carácter civil siempre que se cumpla con el estándar de real malicia (*Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 2014). Igualmente, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión recomendó a los Estados promover la incorporación de los estándares interamericanos a la legislación civil a fin de que se aplique el estándar de real malicia en los procesos seguidos contra personas que han realizado declaraciones sobre funcionarios públicos o sobre asuntos de interés público (Relatoría para la Libertad de Expresión, 2019, p. 275).

7 La Sentencia N° 282-13-JP/19 es la primera sentencia de carácter vinculante que establece la obligación de aplicar el estándar de real malicia; sin embargo, no es la primera vez que la jurisprudencia ecuatoriana se refiere a este estándar. En la sentencia dictada el 29 de octubre de 2004 por la Primera Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Febres Cordero vs. Fierro Benítez*, la Sala hizo referencia al estándar de real malicia desarrollado en *New York Times Co. vs. Sullivan* y manifestó que era de universal aplicación (*Febres Cordero vs. Fierro Benítez*, 2004). Ni la Constitución Política del Ecuador de 1998 ni la ley vigente a la época de emisión de la sentencia le confería carácter vinculante a esta sentencia.

8 En el caso *Febres Cordero vs. Fierro Benítez* se invocó el estándar de real malicia, pero se lo interpretó erróneamente al considerar que el periodista que difunde una noticia falsa responde inclusive por

su naturaleza y sus fines como un escrutinio estricto destinado a proteger el derecho a la libertad de expresión. Además, se estudian los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sobre libertad de expresión que han determinado cuándo se aplica el estándar y cómo deben entenderse sus elementos configurativos, así como las principales críticas que conlleva su implementación. Los resultados de esta investigación servirán para analizar en forma comparativa cómo se aplicará el estándar de real malicia en Ecuador, en perspectiva de la Sentencia N° 282-13-JP/19 de la Corte Constitucional ecuatoriana.

II. LA SENTENCIA N° 282-13-JP/19

La Corte Constitucional del Ecuador seleccionó para su revisión y desarrollo de jurisprudencia vinculante una acción de protección presentada por el subsecretario nacional de la Administración pública en contra del diario *La Hora*. Este funcionario estatal alegó que los derechos a la honra, a recibir información veraz, a la réplica y a la rectificación del Gobierno nacional fueron violados por una publicación inexacta realizada el 10 de octubre de 2012 por el mencionado diario sobre los gastos del Gobierno en publicidad oficial. El diario *La Hora*, a su vez, negó el pedido del subsecretario de rectificar la información, pero publicó una nota de réplica que reflejaba la posición del subsecretario sobre los gastos de publicidad. Los jueces de primera y segunda instancia aceptaron la acción de protección, ordenando al medio de comunicación a rectificar la información y ofrecer disculpas públicas al Estado por haber publicado información inexacta, vulnerando así su honor (Sentencia N° 282-13-JP/19, 2019).

En la Sentencia N° 282-13-JP/19, la Corte Constitucional del Ecuador declaró improcedente la acción de protección propuesta por el subsecretario nacional de la Administración pública, y determinó que las sentencias de primera y segunda instancia dictadas en este caso constituyeron restricciones ilegítimas al derecho a la libertad de expresión del diario *La Hora* (§ 109). En su razonamiento, la Corte Constitucional indicó que si bien el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, los jueces deben realizar un examen riguroso, a la luz de las circunstancias del caso, a fin de acreditar que una posible limitación al derecho este prevista en la ley, persiga una finalidad legítima y sea idónea, necesaria y proporcional para el alcance de dicha finalidad (§ 108).

En particular, la Corte señaló que los discursos que versan sobre información de interés público son especialmente protegidos por

culpa leve. Como se verá más adelante, el estándar de real malicia no admite la responsabilidad por culpa en la difusión de información falsa o inexacta.

el derecho a la libertad de expresión mediante la aplicación de un escrutinio estricto:

La información de interés público reviste el carácter de discurso especialmente protegido por el derecho a la libertad expresión. En consecuencia, al analizar la legitimidad de una restricción a la libertad de expresión, los jueces y juezas deben determinar si se trata de un discurso que amerita una protección especial y, si es así, aplicar un escrutinio más estricto (Sentencia N° 282-13-JP/19, § 108).

La Corte Constitucional, refiriéndose a la Opinión Consultiva N° 05/85, manifestó que el derecho a la libertad de expresión es una «piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática» (§ 55). Además, indicó que en una sociedad democrática los discursos sobre asuntos de interés público merecen protección reforzada, ya que mediante estos «se facilita la democracia representativa, la participación ciudadana y el autogobierno por parte de cada nación» (§ 57). La Corte indicó que, en el caso que comentamos, las sentencias de primera y segunda instancia no tomaron en cuenta «la especial protección que merecía la información publicada por su carácter de discurso especialmente protegido» (§ 55) y, en consecuencia, no aplicaron el escrutinio estricto que correspondía.

La Corte Constitucional también señaló que existe una «presunción de constitucionalidad a favor de toda forma de expresión» (Sentencia N° 282-13-JP/19, 2019, § 63) —sobre todo aquella que se refiere a «asuntos de interés público, asuntos políticos, personas que ocupan o pretenden ocupar cargos públicos, particulares que voluntariamente se involucran en asuntos públicos» (§ 64), entre otros—, la cual no excluye, *a priori*, la protección de información que no sea veraz. Adicionalmente, la Corte Constitucional indicó que el principio de veracidad no puede entenderse como un condicionamiento previo de la información (§ 78), ni tampoco en el sentido de exigir prueba inequívoca de la veracidad de la información; por el contrario:

Tal exigencia deberá entenderse como un deber de los medios de comunicación de actuar diligentemente y realizar los esfuerzos razonables para verificar y contrastar la información que será publicada, de manera que se acredite que no se actuó con la intención directa de causar un daño al honor, a la reputación o a la intimidad de terceros, ni con la intención maliciosa de presentar hechos falsos como si fuesen verdaderos, a la luz del estándar de la real malicia (§ 79).

En este sentido, la Corte Constitucional resolvió que las sentencias de primera y segunda instancia que aceptaron la acción de protección declararon en forma indebida que la publicación del diario *La Hora* atentó contra el honor del Estado. La Corte explicó que el Estado no es

titular del derecho al honor, ya que «el honor es un valor referible a las personas naturales individuales y no a las personas jurídicas públicas» (Sentencia N° 282-13-JP/19, § 103). Además, dichas sentencias concluyeron que el medio de comunicación violó el derecho al honor al inobservar el principio de veracidad de la información, considerándolo como un condicionamiento previo de la información, lo cual atenta contra el derecho a la libertad de expresión (§ 105).

Posteriormente, la Corte Constitucional estableció que si una persona se considera agraviada por la difusión de expresiones inexactas, falsas o erróneas difundidas en un medio de comunicación, esta tiene el derecho a solicitar la rectificación o respuesta correspondiente (Sentencia N° 282-13-JP/19, § 74)⁹. Así, la Corte indicó que:

la rectificación o la respuesta constituyen el mecanismo más cercano en el tiempo desde la publicación de la información y son más efectivas, dado que brindan la oportunidad de que la persona agraviada controvierta la información difundida, de manera que se restablezca su buen nombre y reputación (§ 75).

La Corte Constitucional estableció que los procesos judiciales para determinar la responsabilidad jurídica de una persona únicamente deben iniciarse luego de que la persona afectada haya agotado las solicitudes de rectificación o réplica, «y en caso de que éstas hayan resultado insuficientes» (Sentencia N° 282-13-JP/19, § 91). En el caso revisado, la Corte Constitucional concluyó que la información difundida por el diario *La Hora*, a la luz de los estándares de real malicia y reporte fiel, no era susceptible de rectificación. Además, la publicación de la nota de réplica por parte del medio de comunicación hizo efectivo el derecho de respuesta al difundir la versión del subsecretario sobre las cifras del gasto gubernamental en publicidad (§ 99).

III. ORIGEN DEL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA

El estándar constitucional de la real malicia se originó en la sentencia emitida el 9 de marzo de 1964 por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *New York Times Co. vs. Sullivan*. Esta decisión se dictó en un contexto histórico de confrontación entre los estados del sur y el movimiento por los derechos civiles de la población afroamericana, liderado por Martin Luther King Jr. Los habitantes del sur buscaban preservar el sistema de segregación racial y estaban profundamente

⁹ La Corte Constitucional aclaró que los mecanismos de rectificación y réplica no son sinónimos. En caso la información difundida por el medio de comunicación sea falsa o errónea, corresponde solicitar una rectificación a fin de que se corrija tal situación; mientras que en los casos en que una persona requiera pronunciarse sobre la información difundida por considerarse agraviada sobre motivos distintos a la falsedad de la información, corresponde solicitar un espacio para ejercer el derecho a la réplica.

preocupados por la opinión pública negativa que se generaba en su contra a medida en que la prensa nacional incrementaba la cobertura de las manifestaciones a favor del movimiento por los derechos civiles (Stone *et al.*, 2012, p. 163).

Ante esta situación, varios funcionarios públicos presentaron demandas de difamación estratégicas en contra de medios de comunicación por la publicación de información inexacta sobre las protestas. Estas demandas buscaban disuadir la cobertura periodística de hechos que involucraban al movimiento por los derechos civiles y fueron muy efectivas, toda vez que los jurados del sur estaban inclinados a ordenar el pago de cuantiosas indemnizaciones. La posibilidad de que se dictara una sentencia que ordenara el pago de una indemnización de medio millón de dólares, como aquella dictada contra el *New York Times*, sumada a otras que estaban pendientes de resolución, ponía en riesgo la supervivencia de los medios de comunicación (Stone *et al.*, 2012, p. 163).

El objeto de discusión del caso fue un anuncio político titulado «Heed Their Rising Voices», publicado el 29 de marzo de 1960 en el *New York Times*, el cual contenía hechos falsos sobre el tratamiento policial a afroamericanos en Montgomery, Alabama (*New York Times Co. vs. Sullivan*, 1964, p. 256)¹⁰. No fue controvertido que el anuncio contuviera una descripción falsa sobre los hechos acontecidos en Montgomery. El actor, L. B. Sullivan, era un comisionado electo en Montgomery cuyas funciones incluían la supervisión del departamento de policía en la ciudad. Aunque Sullivan no fue nombrado expresamente en el anuncio, alegó que las aseveraciones implícitamente se referían a su cargo y, por ende, le difamaron personalmente por la forma en que ejercía sus funciones de supervisión (p. 258).

El juez instruyó al jurado que, según las leyes del estado de Alabama, la falsedad y la malicia se presumían, los daños compensatorios se presumían por el hecho de la publicación y los daños punitivos eran procedentes. Así, el jurado podía declarar responsable al *New York Times* si encontraba que el medio había publicado el anuncio y que las afirmaciones eran sobre y referidas a Sullivan (*New York Times Co. vs. Sullivan*, 1964, p. 262). El jurado estableció que el anuncio sí se refería a Sullivan y le concedió una indemnización de USD 500 000. La Corte Suprema de Alabama confirmó la decisión y ratificó la legalidad de las instrucciones dadas por el juez al jurado (p. 263). Posteriormente, la

¹⁰ El Dr. Martin Luther King Jr. era uno de los líderes del movimiento y adquirió prominencia nacional cuando lideró una campaña para terminar con la segregación racial en los buses en Montgomery, Alabama, lo cual derivó en su arresto. Además, Martin Luther King Jr. fue encarcelado en otras ocasiones como parte de una estrategia de intimidación y ataque. El 29 de marzo de 1960 se formó el Comité para Defender a Martin Luther King y la Lucha por la Libertad en el Sur en Nueva York, el cual publicó un anuncio de una página en el *New York Times* titulado «Heed Their Rising Voices» o «Pongan atención a sus voces en aumento» (Lewis & Ottley, 2014, pp. 6-7).

Corte Suprema de los Estados Unidos otorgó *certiorari*¹¹ en atención a la importancia de los temas constitucionales discutidos en el caso (p. 264).

La Corte Suprema tenía varias alternativas para resolver el caso. Primero, la Corte podía sostener que el derecho a la libertad de expresión confiere una inmunidad absoluta para criticar la conducta oficial de funcionarios públicos, posición que fue defendida por los jueces Goldberg y Douglas en sus votos concurrentes. Segundo, la Corte pudo haber constitucionalizado la excepción de veracidad substancial del *common law*, según la cual el medio de comunicación no es responsable si prueba la veracidad de sus afirmaciones. No obstante, esta alternativa fue rechazada enfáticamente al considerarse a la prueba de veracidad como una defensa insuficiente para garantizar el derecho a la libertad de expresión (Elder, 2007, p. 557). Además, la exigencia de probar la veracidad de las críticas dirigidas hacia el Gobierno en juicio, bajo el temor de una cuantiosa indemnización, produciría un efecto inhibitorio y de autocensura.

En cambio, la Corte Suprema adoptó una tercera alternativa, que estableció una regla que prohíbe a un funcionario público ser indemnizado por la publicación de hechos falsos y difamatorios relacionados con el ejercicio de sus funciones, a menos que pruebe que la publicación se hizo «con real malicia, esto es, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación sobre su falsedad» (*New York Times Co. vs. Sullivan*, 1964, pp. 279-280). La Corte Suprema de los Estados Unidos encontró que el anuncio publicado por el *New York Times* versaba sobre un tema de interés público y debía ser especialmente protegido. Sin embargo, la ley de Alabama no confería esta protección reforzada e incluso habría permitido que se declare la responsabilidad del medio de comunicación si se demostraba que el anuncio había sido publicado con negligencia (Sheer & Zardkoohi, 1985, pp. 372-373).

La Corte Suprema consideró que el estándar de real malicia es necesario para garantizar «el principio de que el debate sobre asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y abierto» (Elder, 2007, p. 558)¹². Además, debido a que el anuncio contenía una expresión de protesta sobre un asunto de interés público, debía ser constitucionalmente protegido. La pregunta, no obstante, era determinar si dicha protección constitucional se desvanecía a causa de la falsedad de algunos de los hechos del anuncio. Al responder esta interrogante, la Corte estableció que la libertad de expresión no admite exámenes de veracidad de ningún tipo, menos aún aquellos que obligan a la persona que se expresa a probar la veracidad de

¹¹ La palabra *certiorari* se origina en el latín y significa «estar mejor informado» (Jurkowski, 2017). La Corte Suprema de los Estados Unidos otorga *certiorari* cuando decide revisar un caso discrecionalmente.

¹² Ver *Terminiello vs. Chicago*, 337 US 1; y *De Jonge vs. Oregon*, 299 US 353.

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

lo afirmado. La declaración de hechos falsos es inevitable en el debate público y debe ser protegida «si se quiere que el derecho a la libertad de expresión tenga el espacio de respiración necesario [...] para sobrevivir» (*New York Times Co. vs. Sullivan*, 1964, pp. 271-272).

La Corte Suprema señaló que las acciones civiles por difamación de esta naturaleza tienen por efecto inhibir la crítica del Gobierno y de sus funcionarios. El temor a pagar cuantiosas sentencias indemnizatorias, bajo los estándares de responsabilidad previstos en la ley de Alabama, era igual o más disuasivo que el miedo al inicio de acciones penales. La libertad de expresión no puede sobrevivir en un ambiente en el que impera el miedo y la timidez impuesta hacia quien se atreva a criticar públicamente a las autoridades (*New York Times Co. vs. Sullivan*, 1964, pp. 277-278). Al resolver el caso, la Corte encontró que la prueba presentada por Sullivan no cumplía con el estándar de real malicia. Aunque había evidencia de que el diario había hecho la publicación sin verificar la exactitud del anuncio con los documentos que tenía en sus archivos y de que tampoco contactó a los signatarios, dicha evidencia, en el peor de los casos, solamente probaba negligencia y, por tanto, era insuficiente para demostrar una temeraria despreocupación sobre su falsedad (pp. 287-288).

IV. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA

La Corte Suprema de los Estados Unidos, a través del desarrollo de su jurisprudencia sobre libertad de expresión, procuró alcanzar el balance adecuado entre la protección reforzada al derecho a la libertad de expresión y el interés legítimo de proteger la reputación de las personas afectadas por publicaciones falsas en diferentes contextos fácticos, lo que pone de relieve que el estándar de real malicia no es un concepto estático. En ese sentido, sería un error intentar comprender el estándar de real malicia sobre la única base del caso *New York Times*, puesto que desde el año 1964 hasta la actualidad se han emitido varias sentencias que lo han dotado de contenido y significado. A continuación, se explicará cómo la Corte Suprema fue delimitando el ámbito de aplicación del estándar y definiendo sus elementos configurativos más relevantes a través de casos particulares.

VI.1. El estatus del demandante activa la aplicación del estándar de real malicia

Una de las omisiones más notorias en el caso *New York Times* fue la definición de los tipos de funcionarios públicos que serían sometidos al estándar de real malicia. En *Rosenblatt vs. Baer* (1966), la Corte Suprema estableció que la designación de funcionarios públicos aplicaría, como

mínimo, a aquellos funcionarios de nivel jerárquico que habían tenido o que aparentaban al público tener responsabilidad substancial o control sobre un asunto gubernamental (pp. 76). Así, esta decisión extendió el estándar de real malicia a expresiones sobre dos clases de funcionarios públicos: aquellos que están en una posición significativa para resolver asuntos públicos y aquellos que, por aparentar tener dicho poder, han invitado la atención del público sobre ellos. Esta decisión hizo previsible que, a futuro, las personas que no ejercen cargos públicos, pero cumplen con uno de estos criterios, también puedan ser sometidos al estándar (Hancock, 2006, p. 110).

En *Time, Inc. vs. Hill* (1967), la Corte indicó que el derecho a la libertad de expresión no se limita a proteger los discursos políticos o los comentarios sobre asuntos públicos, sino todos los temas sobre los cuales la información sea necesaria o apropiada para permitir que los miembros de la sociedad hagan frente a las exigencias de su tiempo. Basta revisar una revista para constatar el rango amplio de asuntos que exponen a las personas al escrutinio público en una sociedad, incluyendo a personajes públicos y anónimos. Además, la línea entre la información y el mero entretenimiento es demasiado elusiva como para limitar la protección de tales expresiones (p. 388). Estos razonamientos de la Corte también hicieron predecible que el estándar se extendería más allá de los funcionarios públicos e incluso aplicaría a ciudadanos comunes involucrados en un espectro amplio de asuntos de interés público (Hancock, 2006, p. 111).

En *Curtis Publishing Co. vs. Butts y Associated Press vs. Walker* (1967), la Corte analizó por primera vez en forma directa si el estándar de real malicia aplicaba también respecto de figuras públicas. En votación dividida, esta estableció que el estándar sí aplicaba respecto de dichos personajes (p. 132). El presidente Warren indicó en su ponencia que las distinciones entre los sectores públicos y privados eran cada vez más tenues. Así, muchos individuos, a pesar de no ocupar un cargo público, están íntimamente involucrados en la resolución de asuntos de interés general o, por motivo de su fama, pueden moldear los eventos que le interesan a la sociedad en general. Inclusive, las figuras públicas tienen acceso amplio e inmediato a medios de comunicación, tanto para influir en la política como para contraatacar las críticas que se hagan en su contra, concluyendo que la adopción de diferentes estándares de protección para los funcionarios públicos y las figuras públicas no tiene base en el derecho o la lógica (Stone *et al.*, 2017, p. 1122).

En *Monitor Patriot Co. vs. Roy* (1970, p. 265) y *Ocala Star-Banner Co. vs. Damron* (1970, p. 300) la Corte extendió el alcance del estándar de real malicia respecto de candidatos a cargos públicos (Jensen, 1977, p. 150).

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

Esta expansión alcanzó su punto más alto en *Rosenbloom vs. Metromedia* (1971), caso en el que la Corte indicó que el estándar de real malicia protege incluso publicaciones sobre personas particulares que están involucradas en asuntos de interés público (pp. 43-44). A través de una ponencia del juez Brennan, la Corte explicó que un reportaje de interés público no pierde su valor periodístico solo porque un individuo común esté involucrado. Así, el criterio que activa la aplicación del estándar de real malicia no consiste en que el individuo afectado por la publicación sea conocido en la sociedad, sino en verificar que la información difundida sea de interés para la comunidad. La necesidad de proteger el debate desinhibido, robusto y abierto sobre asuntos públicos requiere extender la protección constitucional a todas las discusiones sobre temas que sean de preocupación general o colectiva, sin importar si las personas involucradas son famosas o anónimas (pp. 44-45).

Rosenbloom estableció que el estándar de real malicia se activaría en consideración al carácter público de los discursos. Al centrarse el análisis en la naturaleza del discurso, era inevitable que el estándar aplique incluso cuando las personas afectadas por las expresiones fueran ciudadanos comunes involucrados en forma pasiva, involuntaria o superficial en asuntos de interés general (*Rosenbloom vs. Metromedia*, 1971, pp. 44-45). En la práctica, este precedente ocasionó muchas dificultades, ya que los asuntos de interés general abarcaban prácticamente cualquier cosa publicada por los medios de comunicación, de manera que las cortes aceptaban la mera publicación del asunto en la prensa como prueba de su interés general. El resultado fue un privilegio constitucional demasiado amplio (Sheer & Zardkoohi, 1985, p. 395); sin embargo, dicha decisión, que confería protección especial a todos los discursos sobre temas de interés general, tuvo una vida corta (Jensen, 1977, p. 151).

Tres años más tarde, en *Gertz vs. Robert Welch, Inc.* (1974), la Corte repudió la decisión alcanzada en *Rosenbloom vs. Metromedia* y estableció que el estándar de real malicia se activaría en consideración al estatus del demandante (Elder, 2007, p. 573). La Corte ratificó que aunque la publicación de hechos falsos por sí misma no merece protección constitucional, es inevitable en el debate público y debe ser protegida para evitar la autocensura de los medios de comunicación (*Gertz vs. Robert Welch, Inc.*, 1974, p. 340). Es decir, el derecho a la libertad de expresión tolera cierto grado de falsedad para proteger los discursos que realmente importan. No obstante, la necesidad de evitar la autocensura no es el único interés en juego, ya que, de ser así, se habría adoptado una regla capaz de conferir inmunidad absoluta a la prensa. La protección del buen nombre y la reputación de las personas es un interés constitucional legítimo que permite a los Estados compensar a quienes han sido afectados por publicaciones difamatorias, en consideración a la dignidad que tiene cada ser humano (pp. 341-342). Así, el estándar de

real malicia define el nivel de protección constitucional apropiado en el contexto de difamación a personajes públicos, pero no respecto de ciudadanos comunes (pp. 342-343).

La Corte afirmó que no hay dificultad en distinguir el estatus de los demandantes. Primero, los personajes públicos disfrutan de un mayor acceso a los canales de comunicación efectiva y tienen una oportunidad más realista de autoprotgerse y reaccionar frente a publicaciones falsas. Segundo, una persona que decide ocupar un puesto gubernamental acepta el riesgo de someterse a un intenso escrutinio público. Las figuras públicas están en la misma posición, ya que han asumido roles de especial trascendencia en los asuntos de la sociedad, pues invitan la atención y el comentario de la misma (*Gertz vs. Robert Welch, Inc.*, 1974, pp. 344-345). Pero, incluso si estas generalidades no están presentes en todos los casos, es razonable que la prensa presuma que las figuras públicas se han expuesto a un escrutinio público que genera un mayor riesgo a ser afectados por difamaciones, presunción que no se justifica en el caso de los ciudadanos comunes, que no han asumido roles de influencia en la sociedad ni tampoco han renunciado en forma alguna a su interés de proteger su reputación y, por lo mismo, son más vulnerables (pp. 345-346).

Por consiguiente, la Corte concluyó que «siempre que no impongan responsabilidad sin culpa, los Estados pueden definir por sí mismos el estándar apropiado de responsabilidad» para los casos de difamación a ciudadanos comunes por publicaciones sobre temas de interés público (*Gertz vs. Robert Welch, Inc.*, 1974, p. 347). Extender el estándar de real malicia a publicaciones sobre particulares, aun si versan sobre asuntos de interés público, lesionaría injustificadamente el interés legítimo de proteger su reputación. Así, en estos casos, es constitucional que los ciudadanos comunes puedan demandar una indemnización compensatoria si demuestran que el medio de comunicación publicó en forma negligente información falsa y difamatoria; sin embargo, no pueden reclamar el pago de daños presuntos¹³ y punitivos¹⁴, a menos que prueben que la publicación se hizo con real malicia (pp. 348-349).

Gertz vs. Robert Welch, Inc. (1974) también introdujo el concepto de figuras públicas para propósitos limitados (p. 351). Luego, en los casos *Time Inc. vs. Firestone* (1976), *Wolston vs. Reader's Digest Association* (1979) y *Hutchinson vs. Proxmire* (1979), la Corte Suprema aclaró que

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

13 Estos daños presuntos se asemejan a los daños compensatorios de carácter extrapatrimonial que se valoran *in re ipsa* en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en aplicación del último inciso del artículo 2232 del Código Civil.

14 La sentencia dictada por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia el 12 de noviembre de 2013 en el Juicio N° 174-2012, parte del caso *Aguinda Salazar María y otros vs. Chevron Corporation*, ratificó que en el ordenamiento ecuatoriano no existen los daños punitivos. Estos daños tienen fines ejemplarizantes y no son de naturaleza resarcitoria.

para calificar a una persona como una figura pública para propósitos limitados primero se requiere acreditar la existencia de una controversia de naturaleza pública. Estas son más reducidas que el universo amplio de asuntos de interés general y, en su mayoría, están vinculadas a la función de autogobierno que protege el derecho a la libertad de expresión. Segundo, debe demostrarse la exposición voluntaria de la persona a dicha controversia a través de una acción afirmativa de la persona, con el objeto persuadir a una audiencia pública para la resolución de la misma (Sheer & Zardkoohi, 1985, p. 407).

En definitiva, una figura pública para todos los propósitos es quien ocupa una posición de influencia y poder decisivo en la comunidad, o asume voluntariamente un rol de especial notoriedad en los asuntos de la sociedad. Una figura pública para propósitos limitados es quien se ha expuesto voluntariamente al frente de un asunto de interés público específico con el objeto de influenciar su resolución (Jensen, 1977, p. 160). Las figuras públicas para todos los propósitos conforman un grupo muy reducido. «A falta de evidencia clara sobre la notoriedad o fama general en la comunidad, o de su participación generalizada en los asuntos de la sociedad, un individuo no debe ser considerado una personalidad pública para todos los aspectos de su vida» (*Gertz vs. Robert Welch, Inc.*, 1974, pp. 351-352). Así, las figuras públicas para propósitos limitados conforman un grupo más grande, pero tampoco considerable (Sheer & Zardkoohi, 1985, p. 400).

Posteriormente, en *Dun & Bradstreet, Inc. vs. Greenmoss Builders, Inc.* (1985), la Corte examinó si el estándar de real malicia aplicaba cuando la publicación versa sobre ciudadanos comunes y no está relacionada a asuntos de interés público. Esta señaló que los discursos sobre asuntos privados no tienen la misma relevancia constitucional que los asuntos de interés público pues, cuando el Estado regula este tipo de expresión, no se amenaza el debate libre sobre asuntos públicos ni se afecta el autogobierno de la sociedad. Por tanto, para estos casos, los Estados pueden permitir que los ciudadanos comunes demanden la reparación de daños compensatorios, presuntos y punitivos, demostrando que la publicación se hizo con negligencia (p. 749).

IV.2. Significado de real malicia

Cuando se emitió la sentencia *New York Times*, el concepto de real malicia ya existía en el *common law*, pero tenía un significado diferente al adoptado en el caso. El concepto de real malicia del *common law* se originó en el caso *Coleman vs. MacLennan*, resuelto en 1908 por la Corte Suprema del Estado de Kansas, el cual requería prueba de *evil mindedness* (Lewis & Ottley, 2014, p. 23). En el *common law*, la existencia de real malicia se centraba en examinar si la persona que hizo la publicación

tenía animadversión o tenía el deseo de lesionar a la persona aludida en la misma. Por el contrario, el estándar de real malicia del *New York Times* está relacionado a la actitud de la persona frente a la veracidad del material que publicó; es decir, el análisis se dirige a establecer si la persona recolectó y publicó el material con conocimiento de su falsedad o con serias dudas sobre su veracidad (p. 27).

En *Beckley Newspapers Corp. vs. Hanks* (1967), la Corte Suprema dejó en claro que el estándar no se satisface con evidencia que indique que la persona que hizo la publicación simplemente estaba motivada por rencor o mala voluntad en contra del funcionario público aludido (Jensen, 1977, p. 149). En *Letter Carriers vs. Austin* (1974), la Corte ratificó que sería impermisible probar la real malicia con base en criterios como el rencor personal, la mala voluntad, la indebida motivación o un deseo pernicioso de la persona que publicó hacia la persona afectada, que son propios del *common law* (p. 281).

En *Garrison vs. Louisiana* (1964), precedente que extendió la aplicación del estándar de real malicia a juicios penales por difamación, la Corte Suprema de los Estados Unidos enfatizó que el estándar de real malicia del *New York Times* requería prueba de que la publicación se había hecho con un «alto grado de conciencia sobre la probable falsedad» (p. 74)¹⁵. Asimismo, en *Curtis Publishing Co. vs. Butts* y *Associated Press vs. Walker* (1967), la Corte indicó que es esencial probar falsificación deliberada o temeridad en la publicación para satisfacer el estándar (p. 153). Posteriormente, en *St. Amant vs. Thompson* (1968), la Corte aclaró en forma categórica que la publicación temeraria:

no se mide en función de si un hombre razonablemente prudente habría publicado, o habría investigado antes de publicar. Deben existir pruebas suficientes que permitan concluir que el acusado en realidad entretenía serias dudas sobre la veracidad de su publicación. Publicar con dichas dudas evidencia la temeraria despreocupación sobre la veracidad o falsedad y demuestra real malicia (p. 731).

La Corte admitió que el estándar de real malicia puede ser criticado por desincentivar la investigación periodística o por permitir que las personas difamadas obtengan sentencias favorables en menos ocasiones que si se aplicara un estándar menos estricto, como el de un hombre razonable o el de un publicador prudente. Sin embargo, el interés de *New York Times* de proteger los discursos sobre la conducta de funcionarios públicos es tan grande que ni la defensa de veracidad, ni un estándar de

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

¹⁵ En este caso, la Corte Suprema analizó los límites del derecho a la libertad de expresión en casos penales por difamación contra funcionarios públicos. Aunque el derecho a la libertad de expresión no impide el procesamiento penal por difamación, debe satisfacerse el estándar de real malicia.

cuidado ordinario, podrían proteger a los medios ante los peligros de la autocensura (*St. Amant vs. Thompson*, 1968, pp. 731-732).

Para probar temeraria despreocupación, el juez debe determinar, con base en los hechos y las circunstancias de cada caso, si la publicación se hizo de buena fe¹⁶. (*St. Amant vs. Thompson*, 1968, pp. 727-728). No hay buena fe, por ejemplo, si la historia es fabricada por el demandado, es producto de su imaginación, está basada enteramente en una llamada telefónica no verificada o cuando las alegaciones son tan improbables que solamente un hombre temerario las habría puesto en circulación. Igualmente, existe temeraria despreocupación cuando hay obvias razones para dudar de la veracidad de la fuente o la precisión de sus reportes (p. 732).

En *Harte-Hanks Communications vs. Connaughton* (1989), la Corte reiteró que probar que el demandado se apartó de una conducta prudente al momento de investigar no es suficiente para demostrar temeraria despreocupación, pero evitar intencionalmente la verdad sí lo es (Stone *et al.*, 2017, p. 1121). En definitiva, los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos establecen que el examen para determinar real malicia es de naturaleza subjetiva, pues requiere verificar si el demandado de hecho conocía o entretuvo serias dudas sobre la falsedad de la publicación (Elder, 2007, p. 562).

IV.3. La carga de la prueba le corresponde al demandante
En *Philadelphia Newspapers, Inc. vs. Hepps* (1986), se acusó a Hepps a través de una serie de artículos publicados por el *Philadelphia Inquirer* de estar vinculado con el crimen organizado y haberse aprovechado de tales vínculos para influenciar en la legislatura del estado de Pensilvania. La Corte Suprema de Pensilvania falló a favor de Hepps y sostuvo que el medio de comunicación estaba obligado a probar que sus acusaciones eran verdaderas. La Corte Suprema de los Estados Unidos, por su parte, reversó la decisión y estableció como un requisito constitucional el que al demandante le corresponda la carga de la prueba sobre la falsedad de una declaración efectuada por un medio de comunicación sobre un asunto de interés público (p. 767).

IV.4. El demandante debe tener acceso amplio a la prueba
En *Herbert vs. Lando* (1979), la Corte Suprema estableció que el derecho a la libertad de expresión no confiere un privilegio que impida al demandante indagar el proceso editorial de los responsables de

¹⁶ La confesión judicial o declaración de parte del demandado que indique que realizó la publicación con buena fe no es conclusiva para tal efecto.

la información agravante a través de un *discovery*¹⁷, a fin de tener la posibilidad de probar que se publicó con real malicia. Debido a que los precedentes exigen al demandante probar el estado mental de quienes editaron, produjeron o publicaron la información, este debe tener la posibilidad de investigar ampliamente si el demandado conocía o tenía serias dudas sobre la falsedad de la publicación. Prohibir al demandante examinar las decisiones editoriales que llevaron a la publicación de los hechos, en la práctica, eliminaría la posibilidad de que personajes públicos puedan demandar y ser indemnizados en casos de difamación. Esto frustraría los precedentes de la Corte y las expectativas de la sentencia del *New York Times* (pp. 153-154).

IV.5. La publicación debe versar sobre hechos

En *Milkovich vs. Lorain Journal Co.* (1990), la Corte Suprema distinguió entre declaraciones que contienen hechos y aquellas que contienen opiniones. La Corte explicó que el estándar de real malicia aplica respecto de declaraciones de hechos falsos y, excepcionalmente, de opiniones cuando estas razonablemente impliquen hechos falsos sobre funcionarios o figuras públicas. En cambio, las opiniones relacionadas con asuntos de interés público que no puedan ser razonablemente interpretadas como aseveraciones de hechos sobre una persona determinada recibirán protección constitucional completa (p. 2).

En *Greenbelt Cooperative Publishing Association vs. Bresler* (1970), un periódico difundió publicaciones efectuadas en una reunión pública que caracterizó al señor Bresler, un desarrollador de proyectos inmobiliarios, como un «chantajista» en sus negociaciones con funcionarios públicos por la venta de un inmueble. La Corte Suprema indicó que la expresión «chantajista» fue usada como una hipérbole retórica, la cual no genera responsabilidad dado que un lector razonable, a la luz del contexto completo de la declaración, no entendería el significado de la frase como una acusación literal (pp. 13-14).

En *Letter Carriers vs. Austin* (1974), la Corte Suprema resolvió que la utilización de lenguaje exagerado o eslóganes indefinidos, como por ejemplo las palabras «traidor», «injusto» o «fascista», son usuales en las discusiones políticas, sociales y económicas en una sociedad libre, y generalmente no se refieren a hechos falsos. Así, la palabra «traidor», en el contexto del caso, fue usada en sentido figurado para demostrar el fuerte desacuerdo del sindicato con la posición de aquellos trabajadores que se opusieron a la sindicalización; y era imposible que cualquier lector

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

¹⁷ El *discovery* es la fase previa al juicio civil federal en los Estados Unidos en la que cada parte investiga los hechos de un caso mediante la obtención de evidencia de la parte contraria con solicitudes de testimonios y producción de documentos. El *discovery* es amplio y permite a las partes de un juicio civil solicitar elementos que sean razonablemente conducentes a descubrir prueba admisible (Federal Rules of Civil Procedure, 2018).

del boletín pudiera haber entendido que el sindicato los acusó de haber cometido el delito penal de traición¹⁸ (pp. 282-284).

En *Hustler Magazine vs. Falwell* (1988), la revista *Hustler* publicó una parodia sobre Jerry Falwell, un pastor evangélico muy famoso en los Estados Unidos. Esta publicación contenía una caricatura del pastor Falwell y una entrevista ficticia en la que reconocía que tuvo su primera experiencia sexual en una cita con su madre ebria en una letrina. En letra pequeña, la publicación decía que era una parodia y que no debía tomarse seriamente. La Corte Suprema señaló que la publicación no podía entenderse razonablemente como una aseveración de hechos reales en los que participó Falwell, y que las figuras públicas, como Falwell, tampoco pueden demandar daños por angustia emocional, a menos que satisfagan el estándar de real malicia. Además, permitir que figuras públicas puedan demandar daños sin prueba de que una caricatura falsamente les difamó sería contrario al derecho a la libertad de expresión (p. 46).

IV.6. Los hechos publicados deben ser materialmente falsos

La siguiente pregunta que abordó la Corte fue establecer el grado de falsedad que se requiere para que una declaración sea considerada falsa. En *Masson vs. New Yorker Magazine, Inc.* (1991), la Corte estableció que la falsedad debe ser material; es decir, las imprecisiones menores de una declaración no la convierten en falsa, siempre que la substancia o la esencia de la acusación pueda ser justificada. Así, una declaración no puede ser considerada falsa a menos que hubiera producido un efecto distinto en la mente del lector o receptor del que habría producido la verdad alegada (pp. 496-497). Esta consideración es crucial ya que, en materia de difamación, el daño reputacional causado por una expresión falsa es el efecto que produce en el lector o receptor de tal declaración (*Air Wisconsin Airlines Corp. vs. Hoeper*, 2014).

Masson es un caso ilustrativo, pues analizó si la alteración de una cita textual constituye falsedad. La Corte razonó que los periodistas alteran las declaraciones por necesidad, al menos para eliminar imprecisiones gramaticales o de sintaxis. Por ello, si cada alteración de una cita constituyera una falsedad, la práctica del periodismo se vería seriamente afectada. Un periodista, al tomar notas, intenta parafrasear las afirmaciones del entrevistado y, en ocasiones, conscientemente utiliza en el reportaje otras palabras que las realmente usadas. Por la necesidad de incluir signos de puntuación, editar el contenido y hacer

¹⁸ Sin embargo, la Corte Suprema indicó que pueden existir situaciones en las que la utilización de este tipo de lenguaje retórico en una disputa laboral podría ser accionable, particularmente si algunas de las palabras fueron sacadas de contexto y usadas para aseverar un hecho falso.

entendibles las afirmaciones a la audiencia, es razonable esperar que las declaraciones no se publiquen en forma exacta, ni siquiera cuando se utilizan comillas. En otras palabras, incluso si un periodista altera las palabras de la declaración, pero no cambia materialmente el significado de lo dicho, el entrevistado no sufre daño alguno a su reputación que sea compensable (*Masson vs. New Yorker Magazine, Inc.*, 1991, pp. 496-497).

V. CRÍTICAS AL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA

Si bien la sentencia dictada en el caso *New York Times* marcó un hito en la protección del derecho a la libertad de expresión frente a demandas de difamación, su implementación no siempre ha tenido los mejores resultados y ha causado varias preocupaciones prácticas. Por ello, décadas después de la emisión de la sentencia, varios sectores de la academia estadounidense han criticado la implementación del estándar de real malicia (Barron, 2007, p. 74).

V.1. El estándar sobreprotege la expresión

La primera crítica es que el estándar sobreprotege la expresión al promover prácticas irresponsables de los medios de comunicación. El estándar de real malicia limita por concepto la responsabilidad civil, ya que no admite que el periodista que publica declaraciones falsas y difamatorias en forma negligente sea obligado al pago de una indemnización (Barron, 2007, p. 84). Se ha dicho también que el estándar desincentiva la investigación de noticias más allá del mínimo necesario. Mientras más se investiga, se incrementa proporcionalmente la posibilidad de que el periodista descubra información que genere dudas sobre la falsedad de la noticia y, en consecuencia, se expone a mayor riesgo de responsabilidad civil (pp. 86-87).

Además, la omisión de investigar completamente una historia constituye una actuación negligente que no genera responsabilidad. El estándar desincentiva a los editores a revisar los reportajes, verificando los hechos o recomendando al reportero realizar investigaciones adicionales, ya que cualquiera de estas acciones puede ser considerada en juicio como una evidencia de que entretenía serias dudas sobre la falsedad de la publicación. Este riesgo se incrementa por el amplio *discovery* que se requiere para satisfacer el estándar de real malicia, en vista de que la Corte en *Herbert vs. Lando* (2007) estableció que «los procesos de pensamiento» de los reporteros, periodistas y editores están abiertos a los demandantes en casos de difamación (pp. 86-87).

391

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

V.2. El estándar no protege adecuadamente la reputación de las personas

La segunda crítica es que el estándar de real malicia no protege adecuadamente la reputación de las personas. Elena Kagan (1991) señala que el lado oscuro del estándar permite que daños reputacionales graves ocurran sin una compensación monetaria u otro remedio adecuado (p. 205). Además, se limita considerablemente la posibilidad de que personajes públicos sean indemnizados, aunque no todos ellos tengan el mismo acceso a los medios de comunicación para contradecir efectivamente las declaraciones ni asuman el mismo riesgo de ser sometidos al escrutinio público (Barron, 2007, p. 88). Pero incluso si tuvieran el mismo acceso, tal como la Corte indicó en *Gertz vs. Robert Welch, Inc.* (1974), la oportunidad para una réplica raramente es suficiente para reparar el daño causado por declaraciones difamatorias, ya que «la verdad raramente alcanza a una mentira» (p. 394).

Pese a que el estándar de real malicia ha sido utilizado en varios países del mundo, existen otros que han rechazado su aplicación por no proteger adecuadamente la reputación de las personas. Por ejemplo, la Cámara de los Lores del Reino Unido, en el caso *Reynolds vs. Times Newspapers Limited*, rechazó la alegación de un medio de comunicación respecto a que las declaraciones difamatorias hechas en el contexto de una discusión política solo podrían generar responsabilidad si el demandante demuestra que se hicieron con real malicia. La Corte señaló que pese a que la prensa tiene un rol preponderante al informar asuntos públicos, también es necesario proteger la reputación, la cual es parte de la dignidad del individuo e influencia decisiones en una sociedad democrática que son esenciales para su autogobierno, como por ejemplo a quién elegir para un cargo público. La reputación de una persona puede ser dañada para siempre por una acusación infundada difundida por la prensa y, cuando esto sucede, el individuo y la sociedad se perjudican, pues la protección de la reputación conduce al bien común (*Reynolds vs. Times Newspapers Limited*, 1999).

La Cámara de los Lores señaló que condicionar la posibilidad de demandar en estos casos a la existencia de real malicia, en el contexto particular del Reino Unido, no es adecuado puesto que la malicia es difícil de probar. En ese sentido, si un medio de comunicación se niega a proporcionar acceso al demandante a sus fuentes o al proceso editorial, este verá mermada su capacidad de probar que la publicación se hizo con real malicia. Así también un medio, en el afán de publicar una primicia, podría difundir hechos falsos con base en fuentes mínimas. Por tanto, el balance entre el derecho a la libertad de expresión y la reputación debe

analizarse con base en diez criterios, dependiendo de las circunstancias del caso concreto¹⁹ (1999).

Igualmente, en *Hill vs. Church of Scientology* (1995), la Corte Suprema de Canadá no consideró conveniente adoptar el estándar de real malicia, ya que las afirmaciones difamatorias están tenuemente relacionadas a los valores esenciales que protege la libertad de expresión y no son útiles para la búsqueda de la verdad ni coadyuvan al autogobierno; por el contrario, impiden el avance de estos valores y son dañinas para los intereses de una sociedad democrática. Las difamaciones disuaden a personas honorables de alcanzar posiciones públicas de valía y las dejan expuestas al irrespeto de su reputación. Además, la Corte indicó que la sentencia *New York Times* ha sido criticada por jueces y académicos en los Estados Unidos y en otros lugares, por lo que no veían la necesidad de adoptarla como referencia en Canadá. Finalmente, ninguno de los factores que llevaron a reescribir la ley de difamación en los Estados Unidos está presente en Canadá, puesto que un estudio de los precedentes demuestra que no hay peligro de que sentencias cuantiosas amenacen la viabilidad de los medios de comunicación.

V.3. El estándar no protege adecuadamente la libertad de expresión

Aunque el estándar de real malicia se introdujo para conferir una protección especial que limitara la responsabilidad de los medios de comunicación en casos de difamación, en la práctica las estadísticas en los Estados Unidos demuestran una tendencia a conceder indemnizaciones cada vez más altas y, por consiguiente, la necesidad de los medios de comunicación de alcanzar transacciones con costos significativos. Un estudio demostró que treinta de 47 sentencias favorables a los demandantes ordenaron el pago de daños punitivos, y siete de ellas por valores superiores a USD 1 000 000. Resulta, pues, innegable que el prospecto de tales valores lucrativos genera un mayor incentivo para la presentación de demandas por difamación (Smolla, 1982, pp. 4-7).

Adicionalmente, los jurados han emitido veredictos en contra de los medios de comunicación en más de la mitad de los casos. La mayoría

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

19 a) La seriedad de la alegación. Mientras más seria la acusación, más se desinformará al público y se afectará al individuo, si es falsa. b) La naturaleza de la información y el grado en que la materia constituye un asunto de interés público. c) La fuente de la información. Algunos informantes no tienen conocimiento directo de los eventos, otros tienen intereses propios o son remunerados por sus historias. d) Los pasos tomados para verificar la información. e) El estado de la información. La alegación pudo ya ser objeto de una investigación que debe ser valorada. f) La urgencia del asunto. Las noticias son un bien perecible en ocasiones. g) Si se buscó el comentario del demandante antes de la publicación, aunque no siempre sea necesario. h) Si el artículo contiene al menos el mínimo contraste con la posición del demandante. i) El tono del artículo. La noticia puede generar preguntas o llamar a una investigación. j) Las circunstancias de la publicación. Esta lista no es exhaustiva y el peso dado a cada uno de los factores debe variar en cada caso (*Reynolds vs. Times Newspapers Limited*, 1999).

de las sentencias están basadas en dudosa evidencia de real malicia, cuestionándose la efectividad del estándar. Irónicamente, el estándar buscó proteger reforzadamente a la prensa, pero en la práctica ocasionó que el ámbito del *discovery*, antes del inicio de los procesos judiciales, se extienda para que los demandantes tengan la posibilidad de probar real malicia. Así, el estándar abrió la puerta para que las personas afectadas por publicaciones tengan amplio acceso al proceso editorial de los medios de comunicación para probar el estado mental de los demandados (Barron, 2007, p. 92). Finalmente, hay quienes sostienen que la única garantía para criticar al Gobierno es un privilegio constitucional absoluto para poder decir lo que uno desea sin que exista la posibilidad de ser responsabilizado (LeBel, 1987, p. 293).

VI. APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA EN ECUADOR

Una vez que se ha identificado el origen del estándar y las finalidades que persigue, como un escrutinio estricto para la protección del derecho a la libertad de expresión, podemos determinar si su incorporación al ordenamiento ecuatoriano a través de una jurisprudencia vinculante es justificada. Asimismo, luego de haber descifrado cómo se conciben en su país de origen los elementos configurativos del estándar de real malicia y el ámbito de aplicación, es posible analizar la manera en que este estándar foráneo se aplicará en Ecuador a partir de la Sentencia N° 282-13-JP/19 (2019) dictada por la Corte Constitucional.

VI.1. Sobre la justificación de la incorporación del estándar de real malicia

Si bien es cierto que la situación de los Estados Unidos de América en 1964 y la de Ecuador en la actualidad son muy distintas, particularmente en lo que respecta a la lucha por la no discriminación racial que marcó la historia estadounidense, se puede sostener que la premisa fundamental que justificó la adopción del estándar de real malicia en dicho caso es también aplicable al Ecuador. El estándar de real malicia, como se ha visto, se introdujo ante el riesgo de que funcionarios públicos pudieran utilizar los procesos judiciales para disuadir la labor periodística, inhibiéndola ante el peligro de la condena a pagar cuantiosas indemnizaciones.

En Ecuador, desde el año 2007 y hasta la actualidad, la prensa enfrenta el riesgo permanente de que los procesos judiciales sean utilizados por el poder público como un instrumento para inhibir y disuadir la cobertura periodística. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión documentó entre los años 2007 y 2017 que el Gobierno de Ecuador, encabezado por el expresidente Rafael Correa, implementó una política sistemática para desacreditar, estigmatizar, constreñir y sancionar a

periodistas, medios de comunicación y opositores políticos mediante la utilización de procesos judiciales (Lanza, 2018).

Durante este periodo, «se instauró como política de Estado una batalla en contra de los medios de comunicación, así como de cualquier otra forma de crítica o disidencia» (Salazar & Caballero, 2018, p. 2). Un ejemplo patente de lo dicho es el caso *Rafael Correa vs. Diario el Universo*, en el cual el medio de comunicación, sus directivos y un periodista fueron condenados a tres años de prisión y al pago de treinta millones de dólares por concepto de daños y perjuicios por la publicación de «una columna de opinión del periodista Emilio Palacio en relación con un tema de interés público» sobre el expresidente Rafael Correa (*Emilio Palacio Urrutia y otros*, 2015).

En el caso *Miguel Palacios vs. Rafael Correa* (2015), un periodista demandó al expresidente por afectación a su reputación. El señor Correa, al contestar la demanda, presentó veinte pretensiones reconventionales por daños a su reputación y solicitó una indemnización de veinte millones de dólares. La Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia rechazó la demanda y aceptó la reconvenición, ordenando al señor Palacios a pagar una indemnización de USD 40 000. Asimismo, en el caso *Rafael Correa vs. Calderón y Zurita* (2012), dos periodistas fueron condenados al pago de un millón de dólares cada uno por concepto de indemnización de daño moral, derivada de la publicación del libro de investigación *El Gran Hermano*, que supuestamente vincula al expresidente con hechos falsos e irreales que mancharon su reputación.

A pesar de que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión reconoció que en el año 2018 esta situación sufrió un giro progresivo y sustancial con la llegada del actual presidente, Lenín Moreno, el proceso de transición hacia una democracia inclusiva que garantice un espacio de autonomía libre de amenazas para periodistas y medios debe continuar y consolidarse. Para tal efecto, recomendó la incorporación del estándar de real malicia en el ámbito civil (Lanza, 2018).

En el informe del 2019, Fundamedios²⁰ reportó que los malos tiempos para la libertad de expresión continuaban. Ese año se reportaron 373 casos en los que medios, periodistas, activistas y ciudadanos fueron agredidos por ejercer su derecho a la libertad de expresión. De estos casos, el 20,58 % de las agresiones provinieron del Estado y de altos funcionarios, autoridades locales y empleados públicos. Igualmente, del total de casos, el 12,46 % corresponde a procesos penales, administrativos y civiles en los que se verifica el uso abusivo del poder del Estado. Adicionalmente, en el 7,18 % del total de casos la agresión se verifica por la aplicación

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

20 Organización no gubernamental que se dedica al monitoreo de las agresiones y los riesgos que enfrentan los periodistas en América Latina.

de un marco jurídico contrario a «los parámetros interamericanos de protección del derecho a la libertad de expresión» (Ricaurte, 2019).

Cabe recordar que otra premisa fundamental que llevó a la Corte Suprema de los Estados Unidos a adoptar el estándar de real malicia fue la existencia de un marco jurídico insuficiente para proteger a la prensa. La Corte Suprema resaltó que la aplicación de un estándar de negligencia para establecer responsabilidad civil en estos casos no confiere la protección necesaria para que en la sociedad exista un debate desinhibido, robusto y abierto sobre temas de interés público. Esta premisa es aplicable al contexto ecuatoriano, ya que la legislación ecuatoriana admite la responsabilidad civil por culpa en demandas por difamación²¹, con base en la cual se dictaron las sentencias en los casos antes referidos.

Por lo expuesto, considero que la introducción del estándar de real malicia al Ecuador es justificada. Este escrutinio exigente protegerá en forma reforzada al derecho a la libertad de expresión en un país en el que los funcionarios públicos han utilizado los procesos judiciales civiles para inhibir la cobertura periodística sobre los asuntos de interés colectivo. Adicionalmente, la incorporación del estándar servirá para que los medios de comunicación y periodistas puedan cumplir su labor libremente y sin el temor constante de ser demandados por difamación, lo cual evitará la autocensura. Inclusive, en caso de que la prensa sea demandada, el estándar de real malicia reducirá la posibilidad de que se dicten sentencias en su contra (Weaver & Bennet, 1993, pp. 1181-1183).

VI.2.El ámbito de aplicación del estándar de real malicia en Ecuador

Según los precedentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el estándar de real malicia se aplica en los procesos judiciales civiles (*New York Times Co. vs. Sullivan*, 1964) y penales (*Garrison vs. Louisiana*, 1964). Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador aplicó el estándar en un ámbito distinto, en una acción de protección presentada para declarar la vulneración del derecho a la respuesta y rectificación de información; y examinó si el diario *La Hora* tenía la obligación de rectificar la información publicada, como lo solicitó el subsecretario de la Administración (Sentencia N° 282-13-JP/19, 2019).

En términos amplios, la Corte Constitucional del Ecuador determinó que «Las autoridades judiciales que evalúen la legitimidad de una posible restricción del derecho a la libertad de expresión deberán tomar

21 Artículo 2229 del Código Civil. «Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta».

en consideración los estándares de reporte fiel y real malicia» (Sentencia N° 282-13-JP/19, 2019, § 88). Además, consideró a los mecanismos de réplica o rectificación de información como una «limitación a la libertad de expresión» que debe justificarse en forma estricta (§ 76) y, en este caso, aplicó el estándar de real malicia para determinar si la información publicada por el diario *La Hora* era susceptible de réplica o rectificación (§ 99).

Es cuestionable que la aplicación de un estándar instituido para combatir el efecto inhibitorio y de autocensura que producen las demandas civiles a los medios de comunicación pueda ser trasladada a procesos judiciales que tienen por objeto dar a la persona agraviada la posibilidad de rectificar información falsa o replicar información que le alude personalmente. Si bien es cierto que las solicitudes de respuesta o rectificación pueden ser utilizadas por funcionarios públicos como mecanismos de imposición de contenidos a la prensa, su negación claramente no implica el pago de indemnizaciones monetarias cuantiosas que pongan en riesgo la supervivencia de los medios de comunicación. En este sentido, estos procesos no tienen el mismo efecto disuasivo ni inhibitorio.

Además, debido a que la real malicia implica un escrutinio sumamente alto y difícil de probar, en teoría debe satisfacerse en casos excepcionales. Esta excepcionalidad es justificada para proteger a la prensa frente a los efectos disuasivos antes indicados, mas no para obstaculizar el derecho a solicitar la réplica o rectificación de información que afecta el honor de las personas. Así, la aplicación del estándar de real malicia en estos procesos no guarda una proporcionalidad adecuada entre la protección del derecho a la libertad de información, reconocido en los artículos 18.1 de la Constitución de la República (2008)²² y 13.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969)²³ (CADH); y la del derecho a la rectificación o respuesta garantizado a toda persona, contenida en los artículos 66.7 de la Constitución de la República y 14 de la CADH²⁴.

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

22 «Art. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior».

23 «Artículo 13.1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

24 «Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta. 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agravantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986) ha enfatizado que al momento de regular el «derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes deben respetar el derecho de libertad de expresión [...] y éste último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1» (§ 25). Aquello puede suceder si la réplica o rectificación procede solamente después de que la persona agraviada acredite un estándar tan exigente como el de real malicia, instituido para combatir los riesgos contra la libertad de expresión generados por otro tipo de procesos.

De igual manera, es cuestionable que se pueda condicionar el derecho de la persona afectada por una publicación a solicitar la tutela judicial efectiva de sus derechos en el ámbito civil a que previamente haya activado los mecanismos de réplica y de rectificación, y solamente cuando estos resulten insuficientes. La Sentencia N° 282-13-JP/19 no explica cuándo estos mecanismos son insuficientes ni condiciona su eficacia a la temporalidad, oportunidad, horario u espacio otorgado por el medio de comunicación para tal efecto. Este aspecto debe ser aclarado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que los artículos 23 y 24 de la Ley Orgánica de Comunicación (2013), pese a establecer parámetros bajo los cuales debe hacerse la réplica o rectificación, expresamente indican que estos mecanismos «en ningún caso eximirán de otras responsabilidades legales en que se haya incurrido», incluyendo la civil.

Adicionalmente, no existe claridad sobre el efecto procesal que tendrá la omisión al deber de presentar una solicitud de respuesta o rectificación de información antes de que la persona agraviada presente la demanda civil. Ciertamente, la omisión a este deber no puede ser entendida como un condicionamiento para presentar la demanda y obtener su admisión a trámite, puesto que aquello violaría la garantía de acceso a la justicia, reconocida en el artículo 75 de la Constitución de la República. No obstante, este deber podría ser considerado como un presupuesto de la pretensión; es decir, como un requisito de agotamiento de una vía previa sin el cual no es posible que el juez dicte una sentencia de fondo (Mazón, 2020). De ser así, dicha cuestión podría ser objeto de resolución del juez, como una excepción previa, en la audiencia preliminar. En su defecto, la omisión podría ser analizada como un aspecto de fondo por el juez al momento de dictar sentencia. Cabe indicar que esta alternativa podría ser gravosa para las partes procesales, ya que se podría tramitar un dilatado proceso ordinario para que al final el juez rechace la demanda solamente por no haber agotado previamente la solicitud de réplica o rectificación de información.

VI.3. La aplicación del estándar de real malicia en Ecuador dependerá del carácter público de la información

La Corte Suprema de los Estados Unidos de América, a través de su jurisprudencia, procuró encontrar un balance adecuado entre la libertad de expresión y la protección de la reputación de las personas. En Ecuador también es necesario alcanzar un equilibrio apropiado, toda vez que el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor de las personas tienen la misma jerarquía (Constitución de la República del Ecuador, 2008)²⁵.

En los Estados Unidos, a partir del caso *Gertz vs. Robert Welch, Inc.* (1974), la aplicación del estándar de real malicia se activa con base en el estatus del demandante; es decir, si la persona afectada por la publicación de información de interés público es un funcionario público, un candidato a un cargo gubernamental o un personaje público. En cambio, si el afectado es un ciudadano común, los Estados pueden establecer estándares menos estrictos, siempre que no admitan la responsabilidad sin culpa a fin de que las personas particulares tengan mayor posibilidad de ser indemnizadas por daños a su reputación.

En contraste, la Corte Constitucional del Ecuador consideró que el criterio que determina la aplicación del estándar es el carácter público de la información (Sentencia N° 282-13-JP/19, 2019). Además, indicó que, al analizar la legitimidad de una restricción a la libertad de expresión, los jueces deben «determinar si se trata de un discurso que amerita una protección especial y, si es así, aplicar un escrutinio más estricto» (§ 108.v). La Corte también señaló que las informaciones y opiniones atinentes a asuntos de interés público gozan de mayor protección (§§ 65-66) y que los discursos especialmente protegidos comprenden, inclusive, a «particulares que voluntariamente se involucran en asuntos públicos» (§ 64).

Esta forma de concebir el estándar es coincidente con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha dicho que el «umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona» (*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004, p. 70). Al mismo tiempo, es discordante con el estado actual de la jurisprudencia estadounidense, pues nos remonta a la aplicación del estándar según *Rosenbloom vs. Metromedia* (1971), que fue derogada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Gertz vs. Robert Welch, Inc.* (1974).

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

25 «Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones. [...] 18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.»

Naturalmente, al incorporar un estándar foráneo al ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Corte Constitucional no estaba obligada a incorporarlo sin matices. Es posible abrazar los aspectos más relevantes del estándar de real malicia para proteger el derecho a la libertad de expresión en un país determinado sin seguirlo doctrinalmente (Sachs, 2019, p. 185). Al balancear los intereses en juego, la Corte Constitucional del Ecuador consideró que no hay diferencia en que el demandante sea una figura pública, un funcionario público o un ciudadano común, puesto que lo relevante es el carácter público del discurso en cuestión. Esto no significa que la calidad del demandante sea irrelevante, puesto que los temas de interés colectivo muchas veces involucrarán a funcionarios oficiales o a personajes públicos, pero este criterio no será determinante en Ecuador.

Sin embargo, cabe reflexionar que ni siquiera la jurisprudencia estadounidense, la cual confiere el nivel de protección más alto para el derecho a la libertad de expresión en casos de difamación en el derecho comparado (Abrams, 2017, pp. 51-56), consideró adecuado aplicar el estándar de real malicia cuando el demandante es un ciudadano común. Aplicar el estándar de real malicia a personas privadas puede tener serias implicaciones para el derecho al honor, pues los medios de comunicación podrían causar graves daños a la reputación mediante publicaciones falsas y difamatorias, sin que estas personas tengan un recurso efectivo que indemnice los perjuicios causados.

En general, el ciudadano común no tiene la notoriedad o el poder que tienen los funcionarios gubernamentales o los personajes públicos para influenciar la resolución de los asuntos de interés general, ni la misma capacidad para responder ante acusaciones falsas. Además, el estándar de real malicia no se diseñó para proteger a la prensa frente a demandas de difamación de ciudadanos comunes, sino ante el efecto inhibitorio que produce la presentación de civiles por parte de funcionarios o personajes públicos. Por tanto, es discutible que la Corte haya alcanzado el balance ideal al aplicar el estándar de real malicia respecto de personas que son más vulnerables y merecen mayor protección.

VI.4. La aplicación de los demás elementos configurativos del estándar

La Sentencia N° 282-13-JP/19, expedida por la Corte Constitucional del Ecuador en 2019, señaló claramente que el estándar de real malicia aplicará cuando se trate de información de interés público; es decir, respecto de hechos y no de opiniones (§ 79). Esta forma de concebir el estándar, aparte de guardar concordancia con la jurisprudencia estadounidense, es plenamente compatible con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la libertad de expresión, que ha señalado que la expresión de una opinión no puede

generar responsabilidad, puesto que no es susceptible de ser considerada como verdadera o falsa (*Usón Ramírez vs. Venezuela*, 2009).

Adicionalmente, la Corte Constitucional del Ecuador indicó que el estándar de real malicia aplicará cuando los hechos sean falsos, erróneos o agraviantes (Sentencia N° 282-13-JP/19, 2019, § 75), aunque no especificó el grado de falsedad requerida. Por tanto, este elemento configurativo del estándar de real malicia también debería ser entendido como lo hace la jurisprudencia estadounidense, en el sentido de exigir falsedad material de los hechos publicados. Si las imprecisiones o inexactitudes de la información son mínimas y no tienen por efecto cambiar la mente del receptor de la publicación, no existirá daño a la reputación que pueda ser indemnizado. Más aún, si se admitiese que cualquier imprecisión menor que no altere el significado real de la publicación pudiera ser una fuente de responsabilidad civil, se limitaría injustificadamente la actividad periodística (*Masson vs. New Yorker Magazine, Inc.*, 1991).

La Sentencia N° 282-13-JP/19 no indica expresamente a quién corresponde la carga de la prueba sobre la falsedad de los hechos y la existencia de real malicia; sin embargo, la norma procesal ecuatoriana obliga al demandante a probar los hechos afirmados en su demanda y que han sido negados por el demandado en su contestación (Código Orgánico General del Procesos, 2015)²⁶. Sobre este punto, hay que notar que en Ecuador no existe una etapa equivalente o similar al *discovery* de los Estados Unidos. Esta diferencia procedimental no es menor, puesto que la jurisprudencia estadounidense consideró que para que el demandante tenga la posibilidad de probar real malicia, debe permitírsele indagar ampliamente en el proceso editorial del medio de comunicación que condujo a la publicación en cuestión a través del *discovery* (*Herbert vs. Lando*, 1979). La falta de un instituto equivalente en Ecuador puede derivar en un impedimento procesal que limita las posibilidades del actor para satisfacer el estándar de real malicia, disminuyendo aún más la eficacia de la acción civil para indemnizar daños al honor.

En forma discordante con la jurisprudencia estadounidense, la Corte Constitucional del Ecuador entendió la relación entre el derecho a la libertad de expresión y la exigencia de veracidad de la información como:

un deber de los medios de comunicación de actuar diligentemente y realizar los esfuerzos razonables para verificar y contrastar la información que será publicada, de manera que se acredite que no se actuó con la

26 «Art. 169.- Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.

La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada».

intención directa de causar un daño al honor, a la reputación o a la intimidad de terceros, ni con la intención maliciosa de presentar hechos falsos como si fuesen verdaderos, a la luz del estándar de la real malicia (Sentencia N° 282-13-JP/19, 2019, § 79).

Aquí radica la diferencia más importante entre la sentencia ecuatoriana y la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, la cual deja en claro que el estándar de real malicia no es equivalente a otros escrutinios menos estrictos, como el de un hombre razonable o el de un publicador prudente (*St. Amant vs. Thompson*, 1968). Se debe recordar que desde la adopción de este estándar se descartó la posibilidad de establecer responsabilidad civil aplicando un parámetro de negligencia (*New York Times Co. vs. Sullivan*, 1964). En el *common law* se entiende que existe negligencia cuando «el demandado no tiene intención de causar el resultado dañoso, y el daño se ha producido por falta de cuidado o prudencia en su comportamiento» (Velásquez Posada, 2015).

Al asociar el estándar de real malicia con los referidos deberes de cuidado exigibles a los medios de comunicación, la Corte Constitucional atenta contra el espíritu del estándar de real malicia. Este es un tema sensible que deberá ser aclarado por el máximo órgano de justicia constitucional del Ecuador, ya que de lo contrario el estándar podría ser malinterpretado por los jueces en la práctica, si llegan a establecer la responsabilidad civil de un medio comunicación por la publicación de información falsa en forma negligente. De suceder aquello, la protección especial y reforzada que busca asegurar este estándar foráneo para la libertad de expresión se habrá desvanecido.

La aplicación del estándar de real malicia en Ecuador, en la práctica, será un verdadero desafío para las autoridades judiciales, pues la legislación civil ecuatoriana no contiene un factor de atribución de responsabilidad equiparable. El artículo 2229 del Código Civil establece que «Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta» (Codificación del Código Civil, 2005), pero no se exige una calificación de culpa determinada para que proceda la responsabilidad civil extracontractual. La culpa, en términos generales, «es un error de conducta o comportamiento que en las mismas circunstancias externas no hubiera realizado una persona prudente» (Velásquez Posada, 2015, p. 247). Por consiguiente, no se puede determinar la existencia de real malicia comparando el comportamiento del medio de comunicación en cuestión con la conducta abstracta de un publicador prudente y diligente.

Los jueces también deberán diferenciar el concepto de malicia previsto en el último elemento del artículo 29 del Código Civil, consistente en «la intención positiva de irrogar injuria a la persona» (Codificación del Código Civil, 2005), de la real malicia establecida a partir del caso

New York Times. Este último concepto, en cambio, está relacionado con el alto grado de conocimiento de la falsedad de la publicación (*Garrison vs. Louisiana*, 1964); así, al aplicar el estándar de real malicia, los jueces deberán determinar si el demandado publicó la información con conocimiento de su falsedad o con *reckless disregard for the truth*. Este concepto, traducido al español como «temeraria despreocupación por la veracidad», se asemeja a la acepción del dolo eventual, en el que el agente es indiferente a las consecuencias de su actuar (Alpa, 2016, p. 10).

Más precisamente, el dolo eventual implica que «no se actúa para dañar, sino que el sujeto obra, aunque se represente la posibilidad de un daño, que no descarta» (Picasso & Sáenz, 2019, p. 541), sin importarle si el resultado se produce o no. En países en los que se ha incorporado el estándar de real malicia, como Argentina, el dolo «se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos» (2019). Así también en México, al introducir por vía jurisprudencial el estándar de real malicia, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México consideró que la temeraria despreocupación del estándar de real malicia no es asimilable a la culpa grave, sino al dolo eventual (Ejecutoria 1a./J. 80/2019 (10a.), 2019).

Por otro lado, es problemático que la Sentencia N° 282-13-JP/19 (2019) exija al demandante probar que el medio de comunicación actuó con la intención de dañar su honor o reputación y, además, con real malicia (§ 79). Si la Corte Constitucional requiere acreditar real malicia y adicionalmente dolo, entendido este como la intención positiva de irrogar daño a una persona, en Ecuador no será conceptualmente posible establecer la responsabilidad civil de un medio de comunicación que publique información falsa sin la intención de afectar el honor de la persona aludida, pero con temeraria despreocupación sobre la veracidad de la información, lo cual sí es posible en Estados Unidos.

Finalmente, debido a que el estándar de real malicia en Ecuador se activará dependiendo de si la información en cuestión es de interés público, la calidad o estatus del demandante es irrelevante para establecer los tipos de indemnizaciones que pueden ser otorgadas por el juez en estos casos. Si el demandante acredita que la publicación se efectuó con real malicia, el juez podrá establecer la responsabilidad civil del medio de comunicación y condenarle al pago de una indemnización compensatoria. No obstante, el juez no podrá ordenar daños punitivos, los cuales son «otorgados en los supuestos de daños para castigar al demandado por una conducta particularmente grave, y para desalentar esa conducta en el futuro» (Picasso & Sáenz, 2019, p. 73).

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

Los daños punitivos no están reconocidos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano²⁷.

En Ecuador, únicamente están previstos los daños compensatorios; es decir, aquellos que buscan que la indemnización del daño no enriquezca ni aumente el patrimonio de la víctima, sino que se limita a recomponerlo en términos económicos (Ubiría, 2015, p. 87). Estos daños pueden ser patrimoniales y extrapatrimoniales. Una especie de daños compensatorios son aquellos de carácter extrapatrimonial que se valoran *in re ipsa*, según el artículo 2232 del Código Civil²⁸. Estos daños se estiman a partir de las circunstancias del hecho ilícito y de las condiciones que rodeaban a la víctima, de tal forma que el juez, aplicando presunciones, puede inferir el monto del daño causado (González Solano, 2019, p. 140).

VII. CONCLUSIONES

La Corte Constitucional del Ecuador, a través de la Sentencia N° 282-13-JP/19, introdujo al ordenamiento jurídico ecuatoriano el estándar de real malicia, originado en el caso *New York Times Co. vs. Sullivan*. Este escrutinio se generó ante la necesidad de proteger a la prensa frente a demandas civiles presentadas por funcionarios públicos que tenían por objeto inhibir la cobertura periodística de asuntos de interés público. Dicho estándar también se adoptó ante la insuficiencia de la defensa de veracidad y del marco jurídico existente, el cual permitía que un medio que publica hechos falsos y difamatorios sobre asuntos de interés público pueda ser responsabilizado con base a un estándar de negligencia.

La jurisprudencia estadounidense procuró alcanzar un balance adecuado entre el derecho a la libertad de expresión y la protección de la reputación; por ello, en ningún momento la Corte Suprema de los Estados Unidos confirió inmunidad absoluta a la prensa. Cuando la información de interés público versa sobre funcionarios gubernamentales, candidatos a cargos oficiales o personajes públicos, existe una mayor justificación para proteger el derecho a la libertad de expresión que el derecho al honor de dichas personas, al punto de admitir como inevitables las declaraciones de hechos falsos en el debate público. Sin espacio para falsedades, el derecho a la libertad de expresión no puede sobrevivir.

El límite a la publicación de hechos falsos sobre estos personajes se encuentra en el estándar de real malicia. Si un medio de comunicación

27 La sentencia dictada por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia el 12 de noviembre de 2013 en el Juicio N° 174-2012, parte del caso *Aguinda Salazar María y otros vs. Chevron Corporation*, ratificó que en el ordenamiento ecuatoriano no existen los daños punitivos.

28 El último inciso del artículo 2232 del Código Civil (2005) prescribe: «La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo».

publica información con el conocimiento de que era falsa o con temeraria despreocupación sobre su veracidad, será condenado al pago de una indemnización civil. Este análisis no está relacionado con la intención de causar daño a la persona, sino en el grado de conocimiento sobre la falsedad de la información; sin embargo, la jurisprudencia americana ha considerado que este límite no se justifica cuando las personas agraviadas son ciudadanos comunes. El balance entre los derechos a la libertad de expresión y al honor requiere que estas personas puedan ser indemnizadas bajo un estándar menos exigente, como el de negligencia.

En Ecuador, la adopción del estándar de real malicia también se justifica por la necesidad de proteger el derecho a la libertad de expresión frente al efecto inhibitorio y de autocensura que provocan los juicios civiles presentados por funcionarios públicos en contra de medios y periodistas. No obstante, en Ecuador este escrutinio no se aplicará solamente en procesos judiciales penales y civiles, como sucede en Estados Unidos, sino también en procesos judiciales iniciados por ciudadanos para hacer efectivos los derechos de respuesta y rectificación de información. Además, el criterio que determina la aplicación del estándar no es la calidad del sujeto, sino el carácter público de la información. Estas diferencias sobre el ámbito de aplicación del estándar tienen repercusiones importantes en los derechos constitucionales a la respuesta, rectificación y el honor, los cuales se ven menoscabados por esta formulación.

Adicionalmente, la Sentencia N° 282-13-JP/19 vincula indebidamente el estándar de real malicia con el deber de los medios de comunicación de actuar diligentemente y realizar los esfuerzos razonables para verificar y contrastar la información que será publicada, lo cual es incongruente. Este aspecto debe ser aclarado por la Corte Constitucional para que los fines que persigue el estándar sean alcanzados en la práctica. Igualmente, la Corte deberá esclarecer aspectos importantes, tales como la obligatoriedad de agotar previamente la solicitud de respuesta o rectificación de información, los efectos procesales de la omisión a dicho deber, qué implica la insuficiencia de los mecanismos de réplica y rectificación, y la incompatibilidad de exigir que el demandante demuestre la intención del medio de comunicación de causar daño al honor de una persona y, simultáneamente, la existencia de real malicia.

En definitiva, a partir de la Sentencia N° 282-13-JP/19, si una persona es agraviada en su honor por información falsa o inexacta sobre cuestiones de interés público, debe solicitar primeramente al medio de comunicación la respuesta o rectificación de la información. Si dichos mecanismos resultan insuficientes, podrá acudir a la vía civil, en la que aplicará el estándar de real malicia. Este estándar tiene cabida únicamente cuando la publicación verse sobre hechos y no opiniones,

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

las cuales gozan de protección constitucional completa, a menos que impliquen razonablemente hechos. Luego, los hechos verdaderos están protegidos y el estándar solo aplica respecto de hechos materialmente falsos; es decir, cuando producen un efecto distinto en la mente del lector o receptor del discurso, afectando la reputación de la persona objeto de la publicación.

Para satisfacer el estándar de real malicia, el demandante tendrá la carga de la prueba, tanto respecto de la falsedad material de los hechos como de la existencia de real malicia por parte del medio de comunicación. La real malicia, como factor de atribución, excluye la posibilidad de que el demandado pueda ser considerado responsable por haber publicado la información con negligencia. De hecho, ni siquiera la prueba de haber publicado con mala fe, rencor o animadversión hacia la persona afectada por la información es suficiente. Al contrario, el demandante debe enfocarse en la actitud que tenía el demandado hacia la veracidad de la información, y deberá probar que el demandado de hecho conocía la falsedad de la publicación o tenía serias dudas de su veracidad.

En definitiva, la Sentencia N° 282-13-JP/19, al igual que la sentencia *New York Times*, constituye un hito para la protección del derecho a la libertad de expresión, pero apenas es un primer paso para consolidar la protección del referido derecho fundamental. A través de su jurisprudencia, la Corte Constitucional podrá perfeccionar el ámbito de aplicación del estándar y definir en forma precisa sus elementos configurativos. Esto necesariamente demandará que la Corte analice detenidamente el equilibrio alcanzado entre los derechos constitucionales en juego y proporcione criterios inequívocos que permitan a litigantes y jueces comprender adecuadamente este nuevo estándar en la práctica procesal.

REFERENCIAS

Abrams, F. (2017). *The Soul of the First Amendment*. New Haven: Yale University Press.

Alpa, G. (2016). *La Responsabilidad Civil, Parte General* (vol. 1). Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.

Anderson, D. A. (1975). *Libel and Press Self-Censorship*. *Texas Law Review*, 53(3), 422-481.

Barron, B. (2007). A proposal to rescue *New York Times v. Sullivan* by promoting a responsible press. *American University Law Review*, 57(1), 73-127.6.

Bertoni, E. A. (2000). "New York Times vs. Sullivan" y la malicia real de la doctrina. En *Estudios Básicos de Derechos Humanos* (vol. X, pp. 121-150). San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Dobbels, D. J. (1982). *Edwards v. National Audubon Society, Inc: A Constitutional Privilege to Republish Defamation Should be Rejected*. *Hastings Law Journal*, 33(5), 1203-1125.

Elder, D. A. (2007). Truth, Accuracy and Neutral Reportage: Beheading the Media Jabberwock's Attempts to Circumvent *New York Times v. Sullivan*. *Vanderbil Journal of Entertainment and Technology Law*, 9(3), 551-830.

González Solano, G. (2019). La responsabilidad civil extracontractual en la actual jurisprudencia costarricense. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (148), 113-155.

Gullo, H. (2009). La doctrina de la "real malicia" y la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión. *Revista de Derechos y Ciencias Penales*, (13), 127-137.

Hancock, C. (2006). Origin of the public figure doctrine in first amendment defamation. *New York Law School Law Review*, 50(1), 81-153.

Jensen, D. C. (1977). Defamation After Firestone: Implications of the Supreme Court's Efforts to Zero in on the Public Figure. *Journal of Legislation*, 4(1), 147-169.

Jurkowski, S. (Junio de 2017). Writ of Certiorari. *Legal Information Institute*. Recuperado de https://www.law.cornell.edu/wex/writ_of_certiorari

Kagan, E. (1991). A Libel Story: Sullivan Then and Now (reviewing Anthony Lewis, *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment*). *Law and Social Inquiry*, 18(1), 197-217. <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.1993.tb00652.x>

Kalven Jr., H. (1964). The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment". *Supreme Court Review*, 191-221. <https://doi.org/10.1086/scr.1964.3108698>

Kaminsky, A. (1982). Defamation Law: Once a Public Figure Always a Public Figure? *Hofstra Law Review*, 10(3), 803-830.

Lanza, E. (2018). *Observaciones y recomendaciones preliminares sobre libertad de expresión en Ecuador*. Washington D. C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

Lanza, E. (2019). *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*. Washington D. C.: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

LeBel, P. (1987). Reforming the Tort of Defamation: An Accommodation of the Competing Interests within the Current Constitutional Framework. *Nebraska Law Review*, 88, 249-319.

Lewis, J. B., & Ortley, B. L. (2014). *New York Times v. Sullivan at 50: Despite Criticism, the Actual Malice Standard Still Provides "Breathing Space" for Communications on the Public Interest*. *DePaul University Law Review*, 64(1), 1-64.

Mazón, J. L. (2020). *Ensayos críticos sobre el COGEP* (vol. II). Quito: Legal Group Ediciones.

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

Nahabetián, L. (2015). Tensión entre el derecho a la privacidad y derecho a la libertad de información. Un análisis desde la responsabilidad civil. *Revista de Derecho. Segunda época*, 10(11), 179-210.

Nimmer, M. (1968). The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy. *California Law Review*, 56(4), 935-967. <https://doi.org/10.2307/3479467>

Picasso, S., & Sáenz, L. R. (2019). *Tratado de Derecho de Daños* (vol. 1). Buenos Aires: La Ley S.A.

Ricarte, C. (2019). *Los malos tiempos continúan - Informe 2019*. Quito: Fundamedios. Recuperado de <https://www.fundamedios.org.ec/wp-content/uploads/2019/12/Informe-FDM-EC-2019-2.pdf>

Sachs, A. (2019). Reflections on the Firstness of the First Amendment in the United States. En L. C. Bollinger y G. R. Stone, (eds.) *The Free Speech Century* (pp. 179-192). Nueva York: Oxford University Press.

Salazar, D., & Caballero, D. (2018). Libertad de Expresión online en Ecuador: desarrollo legislativo de las dos últimas décadas. En A. del Campo (ed.), *Desafíos legislativos en América Latina* (pp. 1-23). Buenos Aires: Universidad de Palermo.

Sheer, A., & Zardkoohi, A. (1985). An analysis of the economic efficiency of the law of defamation. *Northwestern University Law Review*, 80(2), 364-475.

Smolla, R. A. (1982). Let the Author Beware: Rejuvenation of the American Libel. *University of Pennsylvania Law Review*, 132(1), 4-7. <https://doi.org/10.2307/3311823>

Stone, G. R., Seidman, L. M., Sunstein, C. R., Tushnet, M. V., & Karlan, P. S. (2012). *The First Amendment* (4ta edición). Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business.

Stone, G. R., Seidman, L. M., Sustein, C. R., Tushnet, M., & Karlan, P. (2017). *Constitutional Law* (8va edición). Nueva York: Wolters Kluwer Legal & Regulatory.

Sunstein, C. (25 de marzo de 2014). The Dark Side of New York Times v. Sullivan. *Bloomberg Opinion*. Recuperado de <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2014-03-25/the-dark-side-of-new-york-times-v-sullivan>

Ubiría, F. A. (2015). *Derecho de daños en el código civil y comercial de la nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Velásquez Posada, O. (2015). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis. <https://doi.org/10.2307/j.ctv13gvhkr>

Weaver, R., & Bennet, G. (1993). Is The New York Times “Actual Malice” Standard Really? *Louisiana Law Review*, 53(4), 1153-1190.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Aguinda Salazar y otros vs. Chevron Corporation, 174-2012 (Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 12 de noviembre de 2013).

Air Wisconsin Airlines Corp. vs. Hooper, 571 U.S. 237 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 27 de enero de 2014).

Beauharnais vs. Illinois, 343 U.S. 250 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 28 de abril de 1952).

Beckley Newspapers Corp. vs. Hanks, 389 U.S. 81 (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 6 de noviembre de 1967).

Chaplinsky vs. New Hampshire, 315 U.S. 568 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 9 de marzo de 1942).

Codificación del Código Civil (Congreso Nacional del Ecuador, 24 de junio de 2005). *Registro Oficial*, (Suplemento 46).

Código Orgánico General del Procesos (Asamblea Nacional del Ecuador, 22 de mayo de 2015). *Registro Oficial*, (Suplemento 506).

Constitución de la República del Ecuador (22 de octubre de 2008). *Registro Oficial* (449).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969).

Curtis Publishing Co. vs. Butts; Associated Press vs. Walker, 388 U.S. 130 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 12 de junio de 1967).

De Jonge vs. Oregon, 299 U.S. 353 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 4 de enero de 1937).

Dun & Bradstreet, Inc. vs. Greenmos Builders, Inc., 472 U.S. 749 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 21 de marzo de 1985).

Ejecutoria 1a./J. 80/2019 (10a.), Amparo Directo en Revisión 3111/2013 (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [México], 31 de octubre de 2019).

Emilio Palacio Urrutia y otros, Informe N° 66/15, Petición 1436 11, Admisibilidad (CIDH, 27 de octubre de 2015).

Opinión Consultiva OC-7/86, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos) (CIDH, 29 de agosto de 1986).

Febres Cordero vs. Fierro Benítez (Primera Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia [Ecuador], 29 de octubre de 2004). *Gaceta Judicial*, XVII(15).

Federal Rules of Civil Procedure (Congreso de los Estados Unidos, 1 de diciembre de 2018).

Garrison vs. Louisiana, 379 U.S. 64 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 23 de noviembre de 1964).

Gertz vs. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 25 de junio de 1974).

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

Greenbelt Cooperative Publishing Association vs. Bresler, 398 U.S. 6 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 18 de mayo de 1970).

Harte-Hanks Communications Inc. vs. Connaughton, 491 U.S. 657 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 22 de junio de 1989).

Herbert vs. Lando, 441 U.S. 153 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 18 de abril de 1979).

Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Corte IDH, 2 de julio de 2004).

Hill vs. Church of Scientology, 2 S.C.R. 1130 (Corte Suprema de Canadá, 20 de julio de 1995).

Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell, 485 U.S. 46 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 24 de febrero de 1988).

Hutchinson vs. Proxmire, 443 U.S. 111 (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 26 de junio de 1979).

Informe de Admisibilidad N° 66/15, Petición 1436-11 (CIDH, 2015).

Jorge Antonio Vago vs. Ediciones de La Urraca S.A. y otros, 314:1517 (Corte Suprema de la Nación Argentina, 19 de noviembre de 1991).

Letter Carriers vs. Austin, 418 U.S. 264 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 25 de junio de 1974).

Ley Orgánica de Comunicación (Asamblea Nacional del Ecuador, 25 de junio de 2013). *Registro Oficial*, (Suplemento 22).

Masson vs. New Yorker Magazine, Inc., 501 U.S. 496 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 20 de junio de 1991).

Miguel Palacios vs. Rafael Ric, 547-2010 (Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia [Ecuador], 1 de junio de 2015).

Milkovich vs. Lorain Journal Co., 497 U.S. 1 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 21 de junio de 1990).

Monitor Patriot Co. vs. Roy, 401 U.S. 265 (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 17 de diciembre de 1970).

New York Times Co. vs. Sullivan, 376 U.S. 254 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 9 de marzo de 1964).

Ocala Star-Banner Co. vs. Damron, 401 U.S. 295 (Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 17 de diciembre de 1970).

Philadelphia Newspapers, Inc. vs. Hepps, 475 U.S. 767 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 21 de abril de 1986).

Rafael Correa vs. Christian Zurita y Juan Calderón, 17305-2011-0265 (Juzgado Quinto de lo Civil [Ecuador], 6 de febrero de 2012).

Reynolds vs. Times Newspapers Limited (Cámara de los Lores [Reino Unido], 28 de octubre de 1999).

Ricardo Canese vs. Paraguay (Corte IDH, 31 de agosto de 2014).

Rosenblatt vs. Baer, 383 U.S. 75 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 21 de febrero de 1966).

Rosenbloom vs. Metromedia, 403 U.S. 29 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 7 de junio de 1971).

Sentencia N° 282-13-JP/19 (Corte Constitucional del Ecuador, 4 de septiembre de 2019).

Sentencia N° 1942, 01-0415 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 15 de julio de 2003).

Sentencia SU274/19 (Corte Constitucional de Colombia, 19 de junio de 2019).

Sentencia T-218-09 (Corte Constitucional de Colombia, 27 de marzo de 2009).

Sentencia T-391/07 (Corte Constitucional de Colombia, 27 de mayo de 2007).

St. Amant vs. Thompson, 390 U.S. 727 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 29 de abril de 1968).

Terminiello vs. Chicago, 337 U.S. 1 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 16 de mayo de 1949).

Tesis Jurisprudencial num. 1a./J. 80/2019 (10a.) (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [México], 11 de octubre de 2019).

Time, Inc. vs. Firestone, 424 U.S. 448 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 2 de marzo de 1976).

Time, Inc. vs. Hill, 385 U.S. 374 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 9 de enero de 1967).

Time, Inc. vs. Pape, 401 U.S. 279 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 24 de febrero de 1971).

Usón Ramírez vs. Venezuela (Corte IDH, 20 de noviembre de 2009).

Wolston vs. Reader's Digest, 443 U.S. 157 (Corte Suprema de los Estados Unidos, 26 de junio de 1979).

411

¿REAL MALICIA?
DESCIFRANDO
UN ESTÁNDAR
FORÁNEO DE
PROTECCIÓN
DEL DERECHO A
LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN PARA
SU APLICACIÓN EN
ECUADOR

ACTUAL MALICE?
DECIPHERING
A FOREIGN
STANDARD OF
PROTECTION OF
THE RIGHT TO
FREEDOM OF
SPEECH FOR ITS
APPLICATION IN
ECUADOR

Recibido: 27/05/2020
Aprobado: 20/08/2020