

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS DE
COMUNICACIÓN SOCIAL POR LA VULNERACION DE LOS
DERECHOS A LA PERSONALIDAD EN EL EJERCICIO DEL
DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

Andrea Patricia Espinel Galárraga

Tesis de Grado Presentada como Requisito para la Obtención del Título de Abogacía

Quito, Mayo 2008.

© Derechos de Autor

Andrea Patricia Espinel Galárraga

2008

Resumen

La libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido y amparado en nuestra Constitución Política como en diferentes Convenios y Declaraciones sobre Derechos Humanos, éste derecho, garantiza que toda persona pueda expresar libremente sus opiniones y a la vez permite recibir, acceder y difundir información. La libertad de expresión en virtud de su dimensión social es atribuible a los medios de comunicación social, siendo éstos, el vehículo indispensable para generar una sociedad democrática.

Los periodistas y medios de comunicación social al momento de informar los hechos noticiables, deben actuar con diligencia corroborando los hechos reales con datos objetivos para generar información de contenido veraz y parcial. El empleo inadecuado de la actividad informativa puede generar vulneraciones a los derechos ajenos, es por esto que el objetivo de la presente investigación es entablar la responsabilidad civil de los medios de comunicación social como una medida menos restrictiva al ejercicio de la libertad de expresión.

Abstract

Freedom of expression is a fundamental right recognized and protected in various conventions and declarations on human rights, this right, ensures that everyone can express their views freely and simultaneously allows receive, access and disseminate information. Freedom of expression under its social dimension is attributable to the media; they remain the indispensable vehicle for generating a democratic society.

Journalists and media at the time of reporting the facts News must act with diligence corroborating the actual facts with objective data to generate information content objective and truthful. The misuse of the information activity can generate violations to the rights of others, which is why the objective of this research is to engage the civil liability of the media as a less restrictive measure on the exercise of freedom of expression.

*Dedicada a mis padres Mónica y Patricio,
A Mishell mi querida hermana y,
A mí mismo, como ejemplo de fuerza y dedicación.*

Agradezco a mis padres por haberme apoyado en cada etapa de mi vida, por su amor y preocupación, les agradezco por brindarme serenidad y seguridad; sus enseñanzas son herramientas que guiarán el sendero de mi vida.

Gracias Mishell por ser una hermana ejemplar, a través de tu fuerza, constancia y ganas de vivir, me has enseñado que todo lo que me proponga, lo alcanzaré.

A Dios por permitirme vivir junto a personas especiales dotadas de muchas cualidades que me han guiado por el camino del bien, y por cierto, gracias por la vaca y el toro.

Tabla de Contenido

Introducción	
Capítulo I	
Alcance del Derecho de Libertad de Expresión y sus Limitaciones	
1.1. Antecedentes Históricos.....	12
1.2. Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Derechos Civiles.....	19
1.3. Libertad de Expresión	
1.3.1. Libertad de Expresión y Legislación Internacional	28
1.3.2. Concepto.....	31
1.3.3. Objeto de la Libertad de Expresión.....	36
1.3.4. Personas Privadas y de Relevancia Pública.....	40
Capítulo II	
Responsabilidad	
2. Responsabilidad Ulterior y Libertad de Expresión	
2.1. Concepto y Alcance.....	46
2.2. Responsabilidad Civil	
2.2.1. Concepto y Alcance.....	56
2.2.2. Hecho Ilícito.....	59
2.2.3. Nexo Causal.....	61
2.2.4. Delitos y Cuasidelitos Civiles.....	63
2.2.5. Daño como elemento de la Responsabilidad Civil Extracontractual.....	68
2.2.6. Resarcimiento del Daño.....	72
Capítulo III	
Análisis de Casos	
3. Aplicación Excesiva o Indebida de la Responsabilidad Ulterior en virtud del delito de injuria.	
3.1. Caso Verbistky Vs. La República de Argentina.....	77
3.2. Caso Ivcher Bronstein Vs. La República de Perú	79
3.3. Caso Herrera Ulloa Vs. La República de Costa Rica.....	81
3.4. Caso Ricardo Canese Vs. La República de Paraguay.....	84
3.5. Caso Ing. León Febres Cordero Ribadeneyra contra Dr. Rodrigo Fierro....	86
3.6. Caso Rafael Correa contra Diario la Hora.....	88
Conclusiones	91
Recomendaciones	94
Bibliografía	95

INTRODUCCIÓN

“El que hurta mi bolsa,
Me roba únicamente una vil mercancía,
Pero el que roba la honra de mi nombre
Me empobrece de veras”.
Shakespeare, acto III de Otel

La libertad de expresión es un derecho humano garantizado en nuestra Constitución Política como en los diferentes Convenios, Declaraciones y Pactos sobre Derechos Humanos, en ellos se plasma la respectiva garantía y protección para que cada individuo ejerza tanto la libertad de opinión como la libertad de información que se derivan del derecho de libertad de expresión.

La libertad de opinión garantiza que todos los individuos puedan expresar sus opiniones, creencias, juicios de valor y pensamientos, la libertad de información por su parte, permite acceder, recibir y difundir la misma. Esta actividad informativa se encuentra vinculada por lo general con los medios de comunicación social, el compromiso con la sociedad les obliga generar información objetiva y veraz, transparentando las actuaciones Estatales como aquellas desvinculadas con el gobierno en sí, de esta forma en virtud del ejercicio de la libertad de expresión los medios de comunicación social son una herramienta indispensable para fomentar una sociedad democrática.

Los medios de comunicación social son el vehículo de información, su labor es esencial para el esclarecimiento de la verdad, actuar con diligencia corroborando los

hechos noticiables con datos objetivos es uno de los deberes a cumplir, sin embargo, hemos sido partícipes de cómo se ha desvirtuado el objetivo para el cual fueron creados, porque amparados en el derecho de libertad de expresión se han vulnerado derechos a terceros.

Pero si la existencia del derecho de libertad de expresión es una garantía para que nadie pueda ser reprimido por la información u opinión que se transmite, ¿Qué pasa con la persona que en virtud de una publicación, se le ha infringido un derecho?, ¿Cuál es la responsabilidad que tienen los medios de comunicación social, cuando en el ejercicio de la libertad de expresión vulneran derechos contra la imagen, honor, reputación de una persona?

Los medios de comunicación social son responsables civilmente por las vulneraciones que se generan a derechos de terceros en virtud del ejercicio de la libertad de expresión.

Este argumento es la tesis que se desarrolla en el contenido de esta investigación, en el Capítulo I se realiza un análisis histórico del surgimiento de los derechos que ahora se conocen como derechos humanos universales e inalienables. Establecida la primicia de derechos humanos, se examina específicamente el derecho de libertad de expresión para entender su alcance dentro de la legislación internacional como en nuestra normativa interna. Esclarecer las directrices que el derecho de libertad de expresión envuelve en su ejercicio, es el objetivo primordial de este capítulo. El análisis de la diligencia de los medios de comunicación social, más el contenido de la información, como la diferenciación entre ciudadanos comunes y aquellos de relevancia pública, nos llevarán a establecer bajo qué circunstancias un medio de comunicación social es responsable de los daños que se generan en virtud de afirmaciones o información que vulneran los derechos de la personalidad.

De esta forma, en el capítulo II se hace el respectivo estudio sobre la responsabilidad. Se analiza primero la responsabilidad ulterior de los medios de comunicación social, que se establece en la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, para luego aplicar este precepto en la legislación ecuatoriana como la responsabilidad civil extracontractual de los medios de comunicación social. Pero la importancia del desarrollo de este capítulo, es demostrar cómo debe existir una debida proporcionalidad entre las sanciones y la infracción cometida para que en virtud de la aplicación de la responsabilidad ulterior, no se genere restricciones al ejercicio del derecho de la libertad de expresión y su vez se repare del daño generado.

En el capítulo III se fundamenta con análisis de casos la aplicación de la responsabilidad ulterior y se demuestra que si bien los periodistas o medios de comunicación social son responsables por las vulneraciones de los derechos de la personalidad, las diferentes sanciones establecidas no son las medidas más adecuadas para reparar el daño ocasionado porque se transgrede el ejercicio de libertad de expresión, corroborando así la importancia de la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES

1.1 Alcance del Derecho de Libertad de Expresión y sus Limitaciones

1.1.1 Antecedentes históricos

En la antigüedad, la organización de templos-Estados daba una clara tendencia absolutista y centralizadora. Los derechos civiles y judiciales los ejercían aquellos que tenían bajo su manga la potestad de jerarquía y poder, la división de clases sociales era latente, por lo que el goce y el ejercicio de los derechos era limitado dependiendo del status social que se desempeñaba para la época.¹

En la época de Hammurabi, la filosofía para la organización política y el sistema social, era generar una sociedad en base a la igualdad y justicia, se eliminó las diferencias jurídicas en virtud de la raza, siendo la situación económica y el status jurídico las razones por las que se generaba divergencias sociales y por ende las respectivas restricciones de derechos. Si bien se habla de una equidad, ésta hacía referencia a las personas que estaban en el estrato superior, mientras que los hombres semi-libres o los esclavos tenían

¹ Cfr. CÍRCULO DE LECTORES, *Historia Universal Ilustrada Prehistoria Mundo Clásico*, Volumen I, Editorial Printer Latinoamericana LTDA., Santafé de Bogotá, 2000, p. 99-110

menos protección, y aquellos soldados de guerra vivían en peores condiciones sin personalidad jurídica.²

Las condiciones sociales durante la Edad Antigua no cambiaron, las culturas de Oriente, Egipto, China y la India, Grecia y el Imperio Romano se regían bajo el mismo principio de gobernar en virtud del poder absolutista y autoritario, los estratos sociales seguían vulnerando los derechos de ciertos hombres y nunca se generó una sociedad equitativa y justa. Más tarde, en la Etapa Medieval, el poder ilimitado que gozaban los monarcas, poco a poco se iba debilitando a favor de la nobleza. Por ejemplo, la Alta Edad Media se caracterizó por el surgimiento del feudalismo, sistema de concesión de feudos en forma de tierras y trabajo, a cambio de una prestación política y militar. Tanto el señor como el vasallo eran hombres libres para poder realizar este sistema contractual. En sí, los privilegios y derechos ya no estaban concentrados en un grupo determinado sino que había organizaciones eclesiásticas o bien pobladores de determinados terrenos que a cambio de sus tierras recibían dichos beneficios.³

“En la península Ibérica fue frecuente otorgar privilegios económicos o específicas libertades civiles para fomentar la repoblación de los territorios a medida que eran reconquistados a los musulmanes. Al estar la sociedad compartimentada en estamentos, los derechos no se reconocían a todos los hombres por igual sino que cada capa social tenía los suyos propios.”⁴

La Edad Media tiene relevancia también respecto a la evolución en el reconocimiento de ciertos derechos civiles en virtud de la Carta Magna Inglesa de 1215, en ésta se detallaba la relación entre el Rey y la nobleza, estableció la regularización del sistema judicial (nadie puede ser detenido, ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de la ley sin un juicio), garantizó algunos derechos feudales y otorgó libertad de comercio para los extranjeros. La Carta Magna Inglesa fue el primer escrito en donde se reconocieron derechos civiles, éste generaba soluciones para determinadas circunstancias

² Cfr. *Ibíd.*, p, 110-120

³ Cfr. *Ibíd.*, p, 170-250

⁴ L. DE CARRERAS, *Régimen Jurídico de la Información*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996, p. 23.

pero no fue catalogado como una Declaración Universal de Derechos. La trascendencia de la Carta Magna fue esencial para siglos posteriores, la interpretación de la misma estableció principios generales y dio lugar a instituciones inglesas como el Habeas Corpus 1679, Independencia del Poder Judicial 1701, y el Control Parlamentario 1689, que luego fueron acogidas por el Continente Europeo como por los Estados Unidos de América.

La Edad Moderna se da inicio con la reforma -movimiento de la Iglesia Cristiana surgido en el siglo XVI-su objetivo era poner fin a la hegemonía de la Iglesia Católica. Varios acontecimientos, pugnas y conflictos se suscitaron por la aparición de éste movimiento más conocido como protestantismo. La reforma combatió la contrarreforma, movimiento creado para revitalizar la Iglesia Católica, cada uno defendía sus propios intereses, y poco a poco se fue desencadenando la guerra civil religiosa. El fin de esta guerra se dio con la Paz de Augsburgo, en la que se reconoció la división religiosa legalizando por primera vez el protestantismo y se otorgó a cada individuo como derecho principal de la persona, el de la libertad de religión.⁵

El reconocimiento de la libertad religiosa fue un gran inicio para entablar una aparente igualdad, por lo que se lo comenzó asociar con otros derechos civiles y políticos, incitando a que todos los hombres tengan las mismas libertades, siendo una campaña liderada por los burgueses para reducir los privilegios de la nobleza y la imprenta.

Para la época del movimiento intelectual histórico más conocido como la Ilustración, THOMAS JEFFERSON el tercer presidente de Estados Unidos de Norteamérica redactó la Declaración de Independencia (Declaration of Independence 1776). El republicanismo, fue una de las ideologías de gobernar una nación que se estableció dentro de esta Declaración, su fin último era terminar con todas las jerarquías de poder y generar un sistema que proteja la libertad, rigiéndose en derecho y ley. La Declaración de Independencia puso fin a todas las actuaciones tiránicas de poder, reconoció que todos

⁵ Cfr. CÍRCULO DE LECTORES, *Historia Universal Ilustrada Edad Media Siglo XVII*, Volumen II, Editorial Printer Latinoamericana LTDA., Santafé de Bogotá, 2000, p. 403-420

los hombres nacen y crecen iguales, se garantizó los derechos a la vida, libertad y la búsqueda de la felicidad.⁶

Así mismo, en el Estado de Virginia surgió la Declaración de Derechos en el año de 1776 (GEORGE MASON), la cual influyó en gran medida a T. JEFFERSON para el surgimiento de la Declaración de Independencia mencionada con anterioridad; se instituyeron diferentes derechos para el hombre, y fue aquí, donde se comenzó a dar transcendencia al derecho de libertad de expresión, el artículo 12 estableció, “la libertad de prensa es uno de grandes baluartes de la libertad, y que jamás puede restringirla un gobierno despótico”⁷.

Pocos años después, THOMAS JEFFERSON manifestó⁸, “Nuestra Libertad depende de la libertad de prensa, y ésta no se puede limitar sin el riesgo de perderla (1786)”, la concientización del ejercicio de las libertades era latente, en 1791 en virtud de la Declaración de Derechos de los Estados Unidos, se establece a través de la primera enmienda de su Constitución que “el Congreso no hará ninguna ley por la cual (...) se limite la libertad de palabra o la de prensa”, otorgando la protección a una prensa libre.

Otro suceso histórico con gran relevancia para el ejercicio y goce de los derechos del ser humano y en especial para la libertad de expresión, es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que fue aprobada por la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa el 26 de agosto de 1789. Ésta declaración es Universal, por lo que los derechos consagrados en ella no solo vinculaba a los ciudadanos franceses sino que se dirige aparentemente a todos los hombres, aquí, se reconocen los derechos naturales e imprescriptibles como la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Así mismo, el artículo 11 hace referencia a la libertad de expresión y nos dice, “la libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más

⁶ Cfr. Declaration of Independence, July 4, 1776. Documento disponible en http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html, consultado el 3 de abril del 2008.

⁷ Declaración de Derechos de Virginia, adoptado por el Estado de Virginia el 12 de junio de 1776 documento disponible en <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html>, consultado en enero 15 del 2008.

⁸ L.FARISH, *The first amendment, freedom of speech, religion and the press*, Enslow publishers, Springfield Union County N.J., 1998, p.4.

preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.”⁹

La evolución histórica puso fin a los gobiernos absolutistas que no reconocían en gran plenitud derechos inherentes al ser humano, grandes acontecimientos permitieron dejar a un lado las monarquías para dar paso al Estado Liberal de Derecho en el que prima la libertad, la garantía de los derechos fundamentales del hombre y la separación de poderes. En el Estado Liberal de Derecho¹⁰, el Estado experimenta ciertas restricciones en su poder, garantizando y reconociendo a los hombres un conjunto de derechos que no existen por manifestación de ley, sino que se los entiende como derechos anteriores y superiores al Estado. Si bien el reconocimiento de ciertos derechos generó un mejor desenvolvimiento de la sociedad, el otorgamiento de los mismos, buscaba protección ante el poder que el Estado podía ejercer en cada persona, siendo el Estado Liberal de Derecho puramente individualista, ya que estos derechos no abarcan a “todos los hombres” sino aquel hombre burgués que ostentaba de la propiedad de los bienes y del control de la economía.

Para el siglo XIX, la nueva clase social que surge del Estado Burgués, comienza a exigir derechos colectivos y se van conformando como derechos humanos otros derechos que no se derivan de la propiedad en sí, como son el derecho al trabajo, a la educación, etc. El Manifiesto Comunista redactado por MARX y ENGELS en el año de 1848, es uno de los textos en los que se plasma la idea de lucha de clases, que será utilizado posteriormente como un elemento básico para el movimiento obrero contra la burguesía explotadora.¹¹

⁹ Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por los miembros de la Asamblea Constituyente Francesa del 17 al 26 de agosto de 1789, documento disponible en <http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm> consultado el 13 de abril del 2008.

¹⁰Cfr. A. BADILLA, F. FLORES, L. LÓPEZ, J. SALGADO Y R. VILLANUEVA, *Genero y Derecho Constitucional*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003, p. 11.

¹¹ Cfr. K. MARX Y F. ENGELS, *Manifiesto Comunista*, Ciencia Política Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 14.

“El Manifiesto es por lo tanto, un texto juvenil, cuya finalidad no era ofrecer un análisis riguroso del capitalismo, sino señalar con claridad las líneas maestras de lo que ha supuesto y está suponiendo la industria moderna en la sociedad, la redistribución de clases que está operando y el papel de esas clases”¹². La revolución social industrial tuvo un gran apogeo, puso fin a imperios coloniales surgiendo la cultura de masas, los movimientos sindicalistas, liberación de la mujer, doctrinas sobre enfrentamientos entre clases sociales, entre otros. La concatenación de estos acontecimientos, da paso al Estado Social de Derecho, el cual se ve reflejado en la Constitución de Weimar de 1919, en ella se definen derechos fundamentales de los alemanes y se reconoce derechos colectivos, económicos, sociales y culturales. A pesar de la poca trascendencia histórica que tuvo la constitución de Weimar, fue un gran inicio para la concepción de los derechos sociales.

El Estado social de Derecho¹³ se caracterizaba por generar igualdad y seguridad social para todos los hombres, buscaba la protección desde el nacimiento hasta la muerte, recayendo esta responsabilidad sobre el Estado. En este nuevo régimen de gobierno, se pone en vigencia la protección de derechos sociales para que se pueda salvaguardar la vivienda, economía, la sanidad, el mundo laboral o la protección social en sí, dejando a un lado los derechos individualistas del Estado Liberal de Derecho, para enfocarse en derechos sociales dentro de la categoría de derechos humanos. Pero en virtud de este movimiento social de masas, se generaron tendencias fascistas o comunistas, en donde se vulneró una gran secuela de derechos humanos; guerras y enfrentamientos fueron producto de estos acontecimientos.

A raíz de la violación masiva de los derechos y después de la segunda Guerra Mundial, se generó una conciencia de Comunidad Internacional para precautelar la vida y libertad de los hombres que habían sido víctimas de tales movimientos sociales, es por esto que la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos, vinculando en ella a todos los hombres, no solo de

¹² *Ibíd.*, p. 20.

¹³ Cfr. C. GAVIRIA, *El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio*, FORO revista de Derecho No.7, UASB-Ecuador/CEN, Quito, 2007, p. 5.

un determinado Estado en particular, sino a todos los seres humanos dentro de la Comunidad Internacional. Ésta declaración otorga internacionalmente a todos los hombres el reconocimiento inherente de los derechos humanos en virtud de su naturaleza propia como persona.

En relación con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en donde se precautelan y garantiza derechos humanos, surgieron más Convenios y Declaraciones que exhortan el mismo objetivo protector, como por ejemplo el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en 1950, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de N.N.U.U de 1966, entre otros.

Actualmente, los derechos humanos gozan de protección internacional, los Estados en concordancia con los múltiples Tratados y Convenios Internacionales se obligan a respetar y garantizar el cumplimiento de estos derechos, no existe argumento o justificación aceptable que pueda trasgredir los derechos universales e inalienables del hombre. Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifiesta, “al aprobar estos Tratados sobre Derechos Humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual, ellos, por el bien común asumen, varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.¹⁴

La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de Tratados, en sus artículos 31 y 32 determinan:

Artículo 31.- Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la

¹⁴ Corte IDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derecho Humanos Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 Serie A No. 2, párrafo 29. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>, consultado el 3 de abril del 2008.

aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32.- Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.¹⁵

En virtud de estos preceptos, la interpretación de las normas internacionales deben realizarse de buena fe, precautelando siempre el objetivo y fin para el que fueron creados, de esta forma, en materia de derechos humanos se debe tener en cuenta siempre lo más favorable para el individuo, ningún Estado podrá adoptar medidas que pongan en riesgo el ejercicio y goce de los derechos humanos.

1.2 Derechos Humanos, Derechos Fundamentales y Derechos Civiles

La libertad de una persona termina cuando comienza la libertad de alguien más, la aplicación de éste principio de derecho correlacionado con el respeto a los derechos y libertades de los hombres, permite al ser humano convivir armoniosamente dentro de una masificación de acontecimientos en una sociedad. Éste axioma, se ve reflejado en la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 en el que se manifestó, “No deben interferir aquellos derechos que aseguran a los otros miembros el disfrute de los mismo derechos”.¹⁶

¹⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, Viena 23 de mayo de 1969, ratificada por el Ecuador el 10 de Abril de 1990, documento disponible en <http://www.cajpe.org.pe/rij/BASES/Sinternacional/convencionviena.htm>, enero 15 del 2008.

¹⁶ Cfr. Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano 1789, op. cit, artículo 4: la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.

La no vulneración de los derechos a terceros se ampara dentro de los ordenamientos jurídicos que tienen como fin precautelar el interés social. Las limitaciones de las libertades de cada persona reposan en un conjunto de normas legales aplicables a cada derecho, por lo que en virtud del derecho subjetivo se determina lo que cada uno puede o no hacer.

A través de la evolución histórica y en relación a innumerables acontecimientos, el ser humano goza actualmente de una plenitud de derechos que le garantiza el ejercicio de sus libertades, “la Declaración de Derechos de 1789 cita a los derechos naturales; mientras que la Declaración Universal de Derechos en 1948 impulsada por las Naciones Unidas, construye un ejercicio positivo de acceder a la libertad para su ejercicio”¹⁷, por lo que en relación con esta afirmación, surten grandes controversias entre filósofos iusnaturalistas y positivistas que en base a sus teorías defienden el surgimiento de los derechos y libertades del hombre.

La discusión se da en relación a si las libertades o los derechos humanos son inherentes al hombre por su naturaleza como ser humano o si bien éstos provienen del derecho positivo, que va cambiando dependiendo de las circunstancias, de la época y el tiempo.

Los iusnaturalistas, que puntualizaremos más adelante, sostienen que existe un Derecho Natural permanente y universal, independiente de cualquier legislación, convenio o norma que pueda producir el ser humano. El Derecho Natural dependiendo de la época y del filósofo tenía diferentes acepciones, pero mantenían la misma idea de derechos provenientes directamente de la naturaleza.

Para que los dictados de la razón- es decir, los principios del Derecho natural- lleguen a tener a fuerza de ley, debe mantenerse ante todo que el Derecho natural incumbe a Dios. Solo de este modo puede concebirse que la ley que proviene de la naturaleza sea eterna e inmutable, a diferencia de la ley positiva, que, creada por el hombre, no es más que un orden pasajero y cambiante. Sólo de este modo se puede llegar a pensar que los derechos establecidos por el derecho natural son sagrados para el hombre, ya que le han sido inculcados por una naturaleza divina, y la ley positiva no puede

¹⁷C. MOLINERO, *Libertad de Expresión Privada*, A.T.E, Barcelona, 1981, p.8

establecer ni abolir estos derechos, sino únicamente protegerlos. En esto consiste la esencia de la Doctrina del Derecho natural¹⁸.

Para los griegos el Derecho Natural estaba ligado con elementos de la naturaleza humana que no se modifican o cambian con el pasar del tiempo y menos aún, con el surgimiento de nuevos pueblos. Los Estoicos por su parte, vinculaban al Derecho Natural con la razón, “el hombre, en cuanto parte de la naturaleza cósmica, era una criatura esencialmente racional. Al seguir los dictados de la razón conducía su vida de acuerdo con la leyes de su propia naturaleza”¹⁹.

La igualdad de los hombres es un axioma importante dentro del derecho natural, IMMANUEL KANT (1724-1804) y JUAN JACOBO ROUSSEAU (1712-1778) - grandes filósofos iusnaturalista y activistas del derecho de libertad de expresión - consideraban la libertad como un derecho innato de todo individuo, buscaban su protección en virtud de la aplicación del derecho natural en manos de la mayoría (ROUSSEAU) o bien por medio del contrato social (KANT).²⁰

Otro planteamiento esencial iusnaturalista es el de JHON LOCKE (1632-1704), la libertad y la igualdad del ser humano es una característica natural de las personas, el Derecho Natural en virtud de estos dos elementos permite al hombre ser independiente sin dejar que se afecte su vida, libertad, o su propiedad. Según LOCKE, “el Derecho Natural, permanece como norma eterna para todos los hombres, legisladores o legislados”.²¹

En este sentido, la teoría iusnaturalista atribuye al ser humano intrínsecamente derechos y libertades en virtud de la ley natural, siendo ésta entendida como el conjunto de tendencias o inclinaciones racionales que manifiestan una estructura de naturaleza humana propia del hombre como persona, pero conscientes también de la necesidad de

¹⁸ H. KELSEN, ¿Qué es Justicia?, Editorial Ariel S.A., Barcelona , 2001, p.64

¹⁹E. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1999, p.134.

²⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 150, los filósofos que defienden la tesis de los derechos y libertades como parte de la naturaleza del ser humano, buscaban la forma adecuada para investir de protección al derecho natural y evitar el abuso de poder, por lo que varios planteamientos se fueron generalizando hasta que la teoría de división de poderes (MOSTEQUIEU) fue la más acertada para generar un fin garantizador.

²¹ J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Editorial Temis S.A., Santafé de Bogotá, 2000, p.130.

un mecanismo de protección que obligue a los miembros de la sociedad cumplir con los preceptos del derecho natural.

Los defensores del Derecho Natural creían que los hombres serían capaces de descubrir un sistema jurídico ideal por el mero uso de sus poderes racionales. Era, pues, natural que trataran de elaborar en forma sistemática todos los varios principios y normas de Derecho Natural y de incorporarlos a un código²².

Por otro lado, la teoría positivista no reconoce la existencia del derecho natural, atribuyen ser una filosofía científica que no se basa en cuestiones razonables y metafísicas; otorgando veracidad a la mera experiencia y a la realidad. El fin último del positivismo es dejar de lado las tendencias abstractas y filosóficas que amparan el derecho natural, limitando su análisis positivista al mundo real empírico. Existe por lo tanto, dos divisiones importantes: el positivismo analítico que implica el análisis y la interpretación concreta de las normas jurídicas establecidas por el Estado, y por otro lado, el positivismo sociológico, el cual hace referencia al estudio de las fuerzas sociales que influyen en el desarrollo del derecho.

Filósofos analíticos como JEREMY BENTAM (1784-1832) y RUDOLF VON JHERING (1818-1892) coinciden en rechazar la percepción de derecho natural y manifiestan un pensamiento realista, la fuerza es el elemento que genera normas jurídicas que reconocen derechos, estableciendo orden y organización en el Estado. Esta tendencia implica que todo derecho positivo es resultado de un soberano, negando por lo tanto toda explicación relacionada a la metafísica o voluntad divina; vincula la existencia del derecho con la manifestación del hombre consciente y realista.²³

El positivismo sociológico se ocupa de los elementos históricos y sociológicos que influyen en la actividad legisladora, los cuales son atribuibles también a la existencia de derechos del hombre. LUDWIG GUMPLOWICZ (1838-1909), afirma que el factor que impulsa al ser humano a través de la historia es la lucha por el poder y la supremacía; esto es lo que ha desencadenado en Derecho, “las nociones de derecho natural y de derechos

²² E. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, op. cit., p.196.

²³ Cfr. *Ibíd.*, p. 198.

inalienables son productos absurdos de pura imaginación, tan carentes de significado como los conceptos de voluntad libre o de razón.”²⁴.

El predominio del empirismo sobre el racionalismo es uno de los fundamentos del positivismo sociológico en los Estados Unidos, el cual niega la existencia de principios eternos e inmutables ya que se opone con las condiciones sociales que son estudio de ésta filosofía.

ROSCOE POUND manifiesta, “el orden jurídico no se ocupa primordialmente de derechos. Se ocupa de intereses, aspiraciones y pretensiones. Un derecho no es más que uno entre los varios medios para la satisfacción de los intereses, se ha exagerado mucho su importancia en el pasado”²⁵.

De esta forma, los positivistas otorgan un enfoque diferente a la concepción de derechos como tal, ya que atribuyen su origen no a las causas originales de la naturaleza propia del hombre, sino a los actos conscientes que se derivan de él.

En contexto con estos fundamentos filosóficos, la concepción de los derechos y libertades del hombre varía dependiendo la doctrina que se justifique. Si mantenemos un pensamiento iusnaturalista, los derechos humanos serán intrínsecamente inherentes a la persona generando una postura de derecho natural, y en argumento con esta afirmación, la positivación de los mismos no será más que una declaración de derechos ya existentes.

No se puede negar que el hombre por su propia naturaleza, goza desde el nacimiento derechos intrínsecos, por lo que sustentar una teoría positivista en su pleno contexto, vulneraría la esencia misma del ser humano. Si bien la positivación de los derechos humanos tiene un alcance protector, no implica por ningún aspecto un elemento constitutivo de derecho²⁶.

Inclinarnos hacia una u otra tendencia nos llevaría a ámbitos ideales o meramente formales, considero que sería óptimo preferir una doctrina dualista en la que se vincule elementos del iusnaturalismo como del positivismo, de esta forma, tendríamos una

²⁴GUMPLOWICZ, *Outlines of Sociology*, p.180, citado por E. BODENHEIMER, op.cit , p. 341.

²⁵ POUND, *Interpretations of Legal History*, p. 159, citado por Ibid., p. 351.

²⁶ La Doctrina positivista alega que los derechos no subsisten por ellos mismos, y que la positivación es lo que genera el reconocimiento de derecho como tal.

posición más eficaz y en vez de buscar lineamientos concretos obtenemos una derivación de derechos humanos más coherente y menos conflictiva. Podemos concluir, que los derechos humanos y libertades son inalienables e inherentes a la persona, entendidos como normas de derecho para poder exigir, garantizar y proteger la no vulneración por parte de los Estados o las personas en sí.

La internalización de los derechos humanos a través de la Declaración de la Naciones Unidas en 1948, obliga a los Estados a cumplir en su totalidad con las disposiciones que garantizan igualdad de derechos, libertad y dignidad a todos los hombres.

Los derechos humanos son catalogados como una norma imperativa de la Comunidad Internacional, es decir, no permite que los Estados pacten entre sí disposiciones que contravengan la esencia fundamental que predomina en los hombres como es su libertad, igualdad, respeto a la vida y demás derechos consagrados.²⁷

La Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, en su párrafo 1.1 establece el carácter universal de los derechos y libertades, y en su párrafo 5 manifiesta que “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La Comunidad Internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”²⁸ sin

²⁷ Cfr. M. HERDEGEN, *Derecho Internacional Público*, Fundación Konrad Adenauer, México D.F., 2005, p. 155. El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados hace referencia las normas imperativas y manifiesta: (...) una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter.

²⁸ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena 14 a 25 de Junio de 1993, documento disponible en [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument), consultado en marzo 26 del 2008.

importar cuales fueren sus sistemas económicos, políticos, culturales y sociales en los que se rigen.

“El concepto de derechos humanos es un concepto ideológico, abstracto, es un desiderátum filosófico o deontológico, que en este siglo ha acabado concretándose en declaraciones formales de organismos internacionales. Pero solo cuando se aceptan en la legislación positiva de cada Estado adquirirán la condición de derechos fundamentales.”²⁹

Los derechos fundamentales son derechos humanos reconocidos en la esfera Constitucional, por lo que se les denomina también derechos constitucionales; conceptualmente implican lo mismo, pero su diferenciación radica en el cuerpo normativo en el que se encuentran tipificados.

“GARCÍA PELAYO sostiene que la Constitución es pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una sola vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsumas todo los casos particulares posibles.”³⁰

La Constitución es una norma jerárquicamente superior a cualquier otra normativa dentro del derecho interno de los Estados, sus normas tienen el objetivo de garantizar y tutelar; en este cuerpo normativo se encuentran la igualdad y libertad de sus individuos en sus relaciones privadas o civiles y la libertad e igualdad de sus individuos en sus relaciones políticas o públicas, por lo tanto, se consagran derechos fundamentales, derechos políticos, derechos civiles, y la división de poderes.

El artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789³¹ establece que, “toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada y la división de poderes determinada, no tiene Constitución”, la Constitución Política dentro

²⁹ L. DE CARRERAS, *Régimen Jurídico de la Información*, op.cit. P. 29

³⁰ M. PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 78.

³¹ Declaración de los derechos del hombre y ciudadano, Adoptada por la Asamblea Constituyente Napoleónica el 26 de agosto de 1789 Documento disponible en <http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>, consultado en abril 3 de 2008

de su ámbito de aplicación, garantiza a todos sus habitantes el cumplimiento de los derechos humanos. Se puede por lo tanto afirmar, que los derechos fundamentales gozan de una amplia protección internacional como de una protección interna de cada Estado.

La Constitución Política del Ecuador en su artículo 16 reconoce que “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución”. Así mismo en su artículo 17 afirma que el “Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las Declaraciones, Pactos, Convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.” En este sentido, todos los Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador forman parte de la normativa del Estado Ecuatoriano.

Si bien nuestra Constitución reconoce los derechos humanos per se, la libertad de expresión se incorpora dentro de los derechos civiles por lo que nos conlleva a establecer el significado de los mismos. Los derechos civiles son privilegios y protecciones de los poderes personales, “es el derecho por excelencia del individuo aisladamente considerado; el que marca su radio de acción dentro del grupo social, indicándole cuáles son sus derechos y en que parte, sus intereses encuentran el lindero de los intereses ajenos.”³²

La división de los derechos humanos en tres generaciones no es más que un fin pedagógico, por lo que no se puede atribuir que los diferentes derechos de la primera (civiles y políticos), segunda (económicos, sociales y culturales) tercera generación (derechos colectivos), tengan un alcance diferenciador siendo unos más importantes que otros, porque en virtud del principio de integralidad todos los derechos humanos son catalogados como una unidad³³.

Por esta razón, la libertad de expresión es catalogado como un derecho humano que entra bajo la primera generación de derechos civiles, gozando la protección de los

³² L. PARRAGUEZ, *Manual del Derecho Civil Ecuatoriano*, Personas y Familia, Volumen I, Graficas Hernández, Cuenca, 1999, p. 41

³³ Cfr. A. PONCE, *Introducción a los Derechos Humanos*, mimeo, Quito, USFQ, 2002.

Instrumentos Internacionales como de las normativas internas del Estado ecuatoriano que reconocen los derechos fundamentales en toda su plenitud.

Nuestra Constitución Política ampara la libertad de expresión en el artículo 23 numeral 9 y manifiesta:

El Estado garantizará (...) El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley (...) y el artículo 81 del mismo cuerpo normativo también garantiza el derecho de libertad de información : El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales(...).

Es preciso mencionar también, que las libertades de las que gozan los seres humanos, corresponden al ejercicio de determinados derechos que se efectúan individualmente, por ejemplo, al derecho fundamental de libertad de expresión le corresponde su ejercicio a través de la libertad de informar, dar y recibir información, por lo que estas libertades también gozan de protección para que no sean vulneradas por los agentes de poder de los Estados.

Podemos concluir, que la libertad de expresión es un derecho humano reconocido y protegido por toda la Comunidad Internacional a través de las infinitas Declaraciones, Pactos, y Convenios que lo amparan y adoptan como derecho universal e inalienable, así mismo el derecho de libertad de expresión es un derecho fundamental amparado en nuestra Constitución Política, gozando de una protección rigurosa ante cualquier vulneración del mismo, por último el derecho de libertad de expresión es un derecho civil individual subjetivo entendido como la facultad que tienen los individuos de hacer o no hacer, en este caso de manifestar y recibir información.

1.3 Libertad de Expresión

1.3.1. Libertad de Expresión y Legislación Internacional

Respecto de la libertad de expresión, la primera norma importante que se debe mencionar es el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁴ que establece:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

A su vez y en relación con este precepto, el Convenio de Europa de Derechos Humanos³⁵ lo análogo en el primer párrafo de su artículo 10 y manifiesta:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Así mismo expresa el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:³⁶

³⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre documento disponible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>. 26 consultado en febrero 14 del 2008.

³⁵ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Adoptado por el Consejo de Europa el 4 de Noviembre de 1950 en la ciudad de Roma. documento disponible en <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>, consultado en febrero 6 del 2008.

- 1.-Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
- 2.-Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sean oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección.
- 3.- El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Por su parte, el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ³⁷ dice: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁸ en su artículo 13 también se expresa sobre este derecho y afirma:

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.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel

³⁶Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Entro en vigor el 23 de marzo de 1976, documento disponible en http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ccpr_sp.htm, consultado en abril 15 del 2008.

³⁷ Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá-Colombia, 1948. documento disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res98/res1591.htm>, consultado en abril 15, 2008.

³⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. documento disponible en http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html, consultado en abril 5 del 2008.

para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966 ³⁹ en relación a su artículo 19 ampara al derecho de libertad de expresión y establece lo siguiente:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la Ley y ser necesaria para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Como se ha demostrado, el derecho de libertad de expresión está amparado y reconocido en diferentes Convenios y Declaraciones Internacionales, obligando que su ejecución y aplicación sea vinculante y obligatoria para todos. Las normas internacionales respecto de la libertad de expresión son muy claras en su contenido, logrando que no exista una indebida interpretación o errónea aplicación de los principios mencionados con anterioridad.

³⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrita en New York el 19 de diciembre de 1966, documento disponible en http://constitucion.rediris.es/legis/1966/tr1966-12-19_derechos_civiles_y_politicos.html, consultado en febrero 13 del 2008.

Cada Estado parte de los diferentes Pactos y Convenios sobre Derechos Humanos, debe buscar la forma para garantizar dentro de su derecho interno la debida aplicación de cada uno de los derechos consagrados y reconocidos por la comunidad internacional.

El Ecuador es reconocido como un Estado social democrático de derecho, como tal, brinda protección a los derechos humanos, siendo ésta protección pilar fundamental que rige un sistema de gobierno democrático. La libertad de expresión ayuda al fortalecimiento de la democracia, la transparencia y eficacia de un gobierno se mide a través de la apertura que se brinda a los medios de comunicación social y a toda la sociedad en sí para ejercer el derecho de libertad de expresión, bajo ninguna circunstancia se puede reprimir o restringir el libre ejercicio de comunicar y recibir información.

EMILIO ÁLVAREZ ICAZA, Presidente de la Comisión de derechos Humanos del Distrito Federal de México, piensa que: “La vida pública se juega en buena medida en los medios de comunicación y no es posible concebir una democracia moderna sin una prensa libre e independiente. Los medios vigilan a las autoridades y denuncian el abuso del poder.”

Dentro del margen Constitucional interno, la libertad de expresión garantiza a todos los habitantes dentro del territorio Ecuatoriano la libertad de opinión e información, promoviendo un sistema democrático de gobierno basado en una convivencia humana justa y pacífica, asegurando igualdad, seguridad y equidad.

1.3.2. Concepto

Las diferentes creencias, ideas y pensamientos que generamos los seres humanos por nuestra naturaleza de ser individuos meramente racionales, se exteriorizan a través del intercambio de opiniones como una manifestación para comunicarnos, siendo éste desarrollo innato del pensamiento lo que deriva las diferentes libertades que se originan del derecho de libertad de expresión.

La libertad de expresión en general es el derecho a difundir públicamente, por cualquier medio y ante cualquier auditorio, cualquier contenido simbólico.⁴⁰

Siguiendo los parámetros del Pacto Internacional de Nueva York de 1966 y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de Roma 1950, el análisis del derecho del libertad de expresión denota dos acepciones importantes: la libertad de opinión y la libertad de información. La libertad de opinión deviene en virtud de la libertad de pensamiento originaria en cada ser humano, por lo que no es más que la manifestación de las opiniones, pensamientos e ideas, y corresponde a la libertad de expresión para garantizar que nadie sea molestado o reprimido al momento de expresar sus opiniones; por otro lado la libertad de información supone el derecho de acceder a información, informar y ser informado.⁴¹

Este concepto de libertad de expresión entendido como libertad de opinión y libertad de información se concibe dentro del margen de una tendencia unificadora, mientras que varios sectores doctrinales diferencian el derecho de libertad de expresión del derecho de libertad de información, afianzando una concepción dual como es el caso de la legislación Española. El Tribunal Constitucional Español en sentencia 107/1998 separa y reconoce individualmente estos dos derechos:

Nuestra Constitución consagra por separado la libertad de expresión – (artículo 20.1.a y la libertad de información artículo 20.1.d.)- acogiendo una concepción dual, que se aparta de la tesis unificadora, defendida por ciertos sectores doctrinales y acogida en los artículos 19.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de Nueva York y 10.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de Roma. Según esa configuración dual-que normativiza a nivel constitucional la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión en la que tiene su origen y con la cual sigue manteniendo íntima conexión y conserva elementos comunes-, la libertad del artículo 20.1.a tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse

⁴⁰ M. SAAVEDRA, *Libertad de Expresión en el Estado de Derecho*, entre utopía y la realidad, Ariel Derecho, Barcelona 1987, p.18

⁴¹ Cfr. Pacto Internacional de Nueva York 1966, op. cit. Artículo 19, y Convenio Europeo de Derecho Humanos para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales de Roma 1950, op. cit. Artículo 10.

las creencias y juicios de valor; y el de la libertad del artículo 20.1.d el de comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez mas restringidamente sobre hechos que puedan considerarse noticiables.⁴²

La libertad de expresión tiene un vínculo muy cercano con el derecho de libertad de información, si bien varias legislaciones tienen diferentes posturas sobre cómo tratarlos -sea de forma independiente o correlacionados- este derecho a pesar de la tendencia que se aplique, mantiene el mismo eje conceptual, por lo tanto, la una postura como la otra no genera diferencias al momento de su aplicación. Cabe recalcar que lo importante del concepto de libertad de expresión es la protección que se brinda a las diferentes libertades que se derivan del mismo derecho.

Dentro de este contexto se podría pensar, que nuestra legislación toma una posición unificadora porque no existe distinción específica entre la libertad de opinión y la libertad de información, si bien la Constitución Política del Ecuador en su normativa separa la libertad de expresión (artículo 23 numeral 9) de la libertad de información (el artículo 81), pero no implica que no exista una vinculación esencial para el ejercicio del derecho del libertad de expresión.

La Federación Nacional de Periodistas del Ecuador en el preámbulo del Código de Ética Profesional para normar la conducta de los periodistas ecuatorianos, establece el concepto de libertad de expresión y manifiesta:

La libertad de expresión del pensamiento es derecho fundamental del hombre y piedra angular de todas las libertades consagradas en la Constitución Política de la República y es, por tanto, una necesidad vital del pueblo ecuatoriano. Un derecho irrenunciable del periodista profesional y una obligación ineludible de los medios de comunicación social y del Estado. La libertad de expresión se plasma esencialmente en la libertad de información y de opinión, a través de los medios de la comunicación social.⁴³

⁴² L. DE CARRERAS, *Régimen Jurídico de la información*, op. cit., p, 40.

⁴³ Código de Ética Profesional del Periodista, Promulgado en el Registro Oficial No. 120, de 4 de febrero de 1980, Disponible en http://fenape.org/www/index.php?Itemid=40&id=24&option=com_content&task=view, consultado el 29 de abril del 2008.

La libertad de información conexamente vinculada con la libertad de expresión, abarca la facultad de recibir, producir y tener acceso a informaciones objetivas, sin restricciones, veraz, imparcial y libre de todo tipo de monopolio. La protección que se brinda en virtud del derecho de libertad de expresión no solo se debe otorgar al medio de comunicación social o individuo que difunde sus propios ideas opiniones o información en general (sujeto activo) sino también a las personas receptoras de dicha información (sujeto pasivo), por lo tanto debe surgir una protección integral, en conjunto, tanto para el emisor como para el receptor.⁴⁴

La libertad de expresión siempre es entendida como el derecho que tiene todo individuo de poder manifestar, expresar, o difundir sus opiniones; pero, ¿Qué pasa en realidad con los sujetos pasivos de esta relación jurídica provenientes de la actividad informativa?, ¿Acaso, los lectores o aquellas personas de las que publican ciertas noticias no tienen a su vez protección? La respuesta es completamente afirmativa, el derecho de libertad de expresión no se limita a proteger únicamente aquellas personas que ejercen su derecho de libertad de opinión, sí no que también protege a los individuos que absorben la comunicación.

En este punto, la libertad de información entendida desde el aspecto de emisor, por lo general es propia de la profesión periodística, esto no excluye en ningún sentido a que cualquier otra persona no periodista, pueda ejercer este derecho. Aunque, reiteradas veces se lo asocia con la libertad de prensa. Es por esta razón, que la libertad de información ligada con la libertad de expresión es catalogada como un derecho social, entendiendo el elemento social en relación a su función de comunicar.⁴⁵

El derecho de la información es un derecho social porque se manifiesta y expresa a nivel colectivo y publico; es el derecho de la función informativa-función social que en ultimo termino consiste en el respeto, la garantía y la efectividad del derecho humano a la información-, pero su carácter social no deriva de ser el derecho de organizaciones colectivas como sucede

⁴⁴ Cfr. M. EKMEKDJIAN, *Derecho a la Información, Reforma Constitucional y Libertad de expresión*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 62-68

⁴⁵ La acepción de social no se refiere a un derecho social colectivo que garantiza el ejercicio o goce de un derecho a una colectividad, sino que seguimos hablando de un derecho individual subjetivo que cada persona o medio de comunicación social tiene como potestad para difundir sus opiniones.

generalmente en los otros derechos sociales, más bien es lo contrario su carácter social y su manifestación pública no elimina su naturaleza de derecho individual.⁴⁶

La libertad de expresión por lo tanto debe ser entendida en dos dimensiones: individual, que se realiza a través del derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho a recibirlas, y la social, como medio de intercambio de ideas e información para la comunicación masiva entre los seres humanos. Ambas dimensiones forman parte del derecho de libertad de expresión y como tal deben ser garantizadas.⁴⁷

En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social.

Esta dimensión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerla llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles⁴⁸.

En base a todos los preceptos anteriormente mencionados, se puede concluir desde una perspectiva amplia, que el derecho de libertad de expresión garantiza que toda persona pueda manifestar, acceder, expresar, difundir y recibir de cualquier forma o medio, las diferentes ideas, pensamientos, creencias o información que crea necesario transmitir; por ende entraña implícitamente a la libertad de información como a la libertad de opinión, considerando estas libertades la totalidad del derecho de libertad de expresión.

⁴⁶ J. ORDÓÑEZ, *Periodismo, Derechos Humanos y Control del Poder Político*, IIDH, San José, 1994.

⁴⁷ Cfr. R. NOBOA Y X. FLORES, *Entre la Libertad de Expresión y el Derecho a la Honra: Un análisis desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y garantías judiciales reconocidas en las Constituciones Políticas del Estado*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, disponible en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=115&Itemid=39, consultado el 4 de abril de 2008.

⁴⁸ Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No 73. documento disponible en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/>, consultado en marzo 10 del 2008.

La libertad de expresión es el derecho humano universal, inalienable que garantiza a una sociedad el pleno ejercicio de la libertad de opinión como el de la libertad de información.

1.3.3. Objeto de la Libertad de Expresión

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución No. 59 de 14 de diciembre de 1946, estableció el objeto de la libertad de información y manifestó:

La libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas; la libertad de información implica el derecho de recopilar, transmitir y publicar noticias en cualquier parte y sin restricción alguna y como tal es un factor esencial en cualquier esfuerzo serio para fomentar la paz y el progreso del mundo; la libertad de información requiere, como elemento indispensable, la voluntad y la capacidad de usar y no abusar de sus privilegios. Requiere además, como disciplina básica, la obligación moral de investigar los hechos sin perjuicio y difundir las informaciones sin voluntad maliciosa; la comprensión y la cooperación entre las naciones son imposibles sin una opinión mundial sana y alerta, la cual, a su vez, depende absolutamente de la libertad de información.

En virtud de este preámbulo se puede entender que la libertad de opinión tiene por objeto la expresión de pensamientos o ideas que pueden conllevar juicios de valor, creencias, opiniones pudiendo ser manifestados de palabra, por escrito o a través de lenguaje simbólico.

Una persona puede utilizar brazaletes negros como protesta en contra de los ataques violentos que ocurren en los colegios norteamericanos, siendo una muestra de manifestación simbólica de la libertad de opinión, de esta forma, toda persona tiene derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, creencias, ideas y opiniones.⁴⁹

Muchas veces cuando se ejerce el derecho de libertad de expresión respecto a opiniones sobre una persona, se afirman posiciones que no son necesariamente ciertas, por ejemplo, en una columna para el diario El Comercio una persona escribe y manifiesta:

⁴⁹ Cfr. L. FARISH, *The First Amendment, Freedom of speech, religion and the press*, op. cit., p. 29.

Yo pienso que Luis Jácome es un mentiroso...si bien el columnista alega que él está dando su opinión sobre esta persona, no se puede amparar en el derecho de libertad de expresión para afirmar posiciones sin una previa corroboración de hechos objetivos que le lleven a pensar eso de Luis Jácome. A pesar de que las opiniones, creencias e ideas devienen de la libertad de pensamiento del ser humano, las mismas deben tener cierta exactitud con hechos fácticos, para no entrar en el abuso del derecho de libertad de expresión, alegando que en virtud de la libertad de opinión cada individuo puede manifestar lo que cree oportuno sin medir si sus opiniones, afectan gravemente a terceros. En virtud de este antecedente, la Corte Suprema de Estados Unidos ha mencionado:

The Ohio Courts that reviewed Milkovich's defamation action conclude that the column was expressing an opinion rather than a fact and therefore was protected by the first amendment. The U.S. Supreme Court disagreed with this analysis, arguing that expressions of opinion may often imply an assertion of objective fact.⁵⁰

Por lo tanto, el objeto de la libertad de información atribuible a los medios de comunicación social se refiere a hechos noticiables que manifiesten una realidad social en su sentido más amplio y genérico, la información que se trasmite debe ser objetiva y veraz, así como se contempla en el artículo 81 de nuestra Constitución Política del Ecuador.⁵¹ En concordancia, el artículo 1 del Código de Ética Profesional del Periodista sostiene, “El periodista tiene la obligación de proporcionar a la comunidad una información objetiva, veraz y oportuna”⁵².

La veracidad en la información es un elemento esencial, es de conocimiento, que no existe tal cosa como la verdad única, ya que el pluralismo hace que cada individuo tenga una visión diferente de la realidad social, pero no se trata de que las opiniones en sí

⁵⁰D. FRALEIGH Y J. TUMAN, *Freedom of speech, in the marketplace of ideas*, St. Martins Press, New York, 1997, p. 218, caso Milkovich v. Lorain Journal Co., 497 U.S.A. (1990).

⁵¹ Artículo 81: El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales.(..)

⁵² Código de Ética Profesional del Periodista del Ecuador, op.cit.

sean diversas (libertad de expresión) sino que un mismo hecho explicado de diferentes maneras sean verídicas desde un punto de vista plural (libertad de información).⁵³

La información que se transmite debe recaer sobre hechos reales y objetivos, si bien se puede realizar una valoración de estos acontecimientos, la manipulación de los mismos para desvirtuarlos contradice la parcialidad. La información no puede ser relatada en forma mecánica, el comunicador social debe mostrar diligencia en su averiguación, logrando transmitir una información correcta, porque si bien la actividad informativa no se caracteriza por ser una investigación exhaustiva -como la función que le corresponde a un juez- los medios de comunicación social tienen la obligación de corroborar los hechos reales con otros datos objetivos para obtener como resultado un hecho cierto que puede ser catalogado como razonablemente veraz.

Sin embargo, hemos podido observar que los medios de comunicación social tienen como fin transmitir la información de manera inmediata, dejando de lado la calidad de la de información para concentrarse tan solo en la inmediatez que la misma actividad laboral les exige. La competitividad entre los medios de comunicación social hace que exista la posibilidad del error en la aparente noticia veraz, por ejemplo, en las noticias de último momento los comunicadores no tienen el tiempo, ni los datos objetivos suficientes para coincidir con los hechos reales, así, la información catalogada como inmediata lleva en su contenido ciertos preámbulos de inexactitud. Pero esta equivocación no es equivalente en ningún sentido a un contenido falso, porque si bien pueden existir errores en datos, lugares, fechas, horas, éstos no alteran en gran medida el contenido de los hechos ocurridos. Es en virtud de estas situaciones, que la diligencia de los periodistas o medios de comunicación social es primordial al momento del ejercicio de la actividad informativa.

Por lo tanto la libertad de expresión debe estar vinculada con hechos objetivos que fundamenten las opiniones o información que se manifiesta, entendiendo bien que no se trata de una especie de censura previa en la que se restringe la información que se puede o no transmitir, al contrario, se trata de que las opiniones y la información que se difunde

⁵³ Cfr. C. Molinero, Libertad de Expresión Privada, op, cit, p. 37.

mantengan un grado de veracidad conexos con hechos objetivos, los cuales sumados a la diligencia respectiva, generen una actividad informativa fiable .

Si bien se trata de obtener una información veraz, cabe analizar ahora los hechos que pueden ser objeto de la libertad de información, porque solamente aquellos acontecimientos que tienen trascendencia pública son considerados como hechos noticiables. Los sucesos que versan sobre el interés público, son hechos de interés nacional, hechos que ocurren en los bienes de dominio público como las calles, ríos, playas, montes, monumentos, parques, etc., hechos en los que intervienen personas de relevancia pública, hechos que vayan contra lo ley, la moral, y el orden, es decir todo es absolutamente informable siempre y cuando caiga dentro del presupuesto de trascendencia pública, porque la justificación de que todo es susceptible de comunicación es errada.

La diferencia entre el interés público y la vida privada es el contexto en el que se enmarca los hechos noticiables objeto de la libertad de información.

El derecho de libertad de expresión brinda protección aquellos individuos que manifiestan sus opiniones e informan a toda la sociedad hechos noticiables, pero los sujetos pasivos conocidos como receptores, tienen el derecho también de ser bien informados con información objetiva, veraz y libre de cualquier vulneración a la vida privada de las personas.

La libertad de opinión es la facultad que posee toda persona para expresar su pensamiento, de palabra o por escrito, siempre que él no se contrario a la moral o al orden público⁵⁴.

La línea entre el ejercicio del derecho de libertad de expresión y la vulneración de los derechos a otros es muy delgada, es por esta razón que los medios de comunicación social tienen el deber de informar, transmitir, y difundir hechos noticiables reales afianzando veracidad y objetividad, para evitar caer en violaciones de los demás derechos fundamentales.

⁵⁴ M. PACHECO, *Teoría del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 178.

1.3.4 Personas Privadas y de Relevancia Pública.

La vida privada de las personas no es un hecho noticiable, al contrario, intervenir en asuntos de índole personal, vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar consagrados en nuestra Constitución Política artículo 23 numeral 8.⁵⁵

Estos derechos fundamentales de la honra, la imagen, reputación, privacidad, son atribuibles a la personalidad, por lo que al momento de difundir una noticia -sea por el medio que fuese- se debe tener cautela de si la persona a la que se hace referencia en una publicación, genera interés público para la nación, caso contrario, su mención no es de importancia en el hecho como noticia y en vez de ejercer la actividad informativa se vulneran derechos de la vida privada.

Los particulares, gozan de mayor protección en sus derechos de la personalidad, ya que la vida personal de cada ser humano no es de interés público. “La difusión sobre información de la vida privada de una persona está relacionado con el hecho de difamación. Esta información personal puede no ser difamatoria porque la información es cierta o porque el testimonio falso no pone a la persona en ridículo o descredito. En este caso, el argumento para reclamar no recae sobre el daño ocasionado en la reputación de una persona sino en el argumento de que esa información de la vida privada debe mantenerse en secreto porque no es información de interés público.”⁵⁶

Escenario distinto sucede con las personas de relevancia pública, su posición especial de poder e influencia, fama, o notoriedad pública en el ámbito social, les otorga un status diferente como sujetos pasivos de la libertad de expresión. La vida privada de las personas de relevancia pública es más noticiable que la de un ciudadano común, porque en virtud del cargo que desempeñen, su actuar necesita mayor transparencia siendo menor el grado de protección a su privacidad. Por lo que dentro de este contexto y

⁵⁵ El artículo 23 numeral 8 manifiesta: (...) El Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes (...) El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona.

⁵⁶ D. FRALEIGH Y J. TUMAN, *Freedom of Speech, in the marketplace of ideas*, op. cit. p.220. Traducción literal.

en relación a una persona de relevación pública, una aparente conducta privada carente de interés se convierte en información noticiable.⁵⁷

Se podría decir que consecuencia de esta protección menor, las personas de relevancia pública soportan innumerables críticas, juicios desaprobatorios, y cuestionamientos por parte de los demás miembros de la sociedad, pero el hecho que su vida privada sea noticiable por su condición especial, no implica que estén desprotegidos en su totalidad a los derechos de personalidad. Al ser personas más vulnerables, es común que estén expuestos la mayor parte del tiempo a injurias o difamación, y si bien no se puede pretender que la protección sea nula, la garantía que se brinda, no es tan exhaustiva como la de un particular.

Sobre el tema, la Comisión Interamericana en su informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y las normas de la Convención Americana manifestó:

En una sociedad democrática, las personalidades políticas y públicas deben estar más expuestas -y no menos expuestas- al escrutinio y la crítica del público. La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica.⁵⁸

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho también distinción entre personas privadas y públicas, manifestando:

Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin

⁵⁷ Cfr. European Court of Human Rights, Case of Dichand and others v. Austria, (*Application no. 29271/95*), STRASBOURG, 26 February 2002, document disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Court%20%7C%20H.R.%2C%20%7C%20Case%20%7C%20of%20%7C%20Dichand%20%7C%20others%20%7C%20v.%20%7C%20Austria%2C&sessionId=7446888&skin=hudoc-en>, consultado el 25 de abril del 2008.

⁵⁸ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas, supra nota 2, parr. 46. y CIDH, Informe sobre la Incompatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 Rev. (1995) 17 de febrero de 1995 documento disponible <http://www.cidh.org/Relatoria/showarticle.asp?artID=442&lID=2>, consultado el 5 de abril del 2008

duda, el artículo 10, inciso 2 (art.10-2) permite la protección de la reputación de los demás –es decir, de todas las personas- y esta protección comprende también a los políticos, aún cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos.⁵⁹

El mayor grado de tolerancia al que la Comisión Interamericana y el Tribunal Europeo hacen referencia en los textos citados, es el factor esencial para comprender el alcance atribuible a la protección de los derechos de personalidad que gozan las personas de relevancia pública, ya que sin esta aparente tolerancia, todos los días y a cada momento en el ejercicio de la libertad de expresión, existiría el argumento de vulneración del derecho a la honra, a la imagen, y reputación.

La distinción entre los particulares y aquellas personas de relevancia pública es de suma importancia para el ejercicio de la libertad de expresión, nuestra Constitución Política no menciona esta diferenciación y grado de tolerancia en ninguno de los artículos pertinentes a este derecho fundamental. Si no existe una clara especificación de este tema dentro de la sociedad ecuatoriana, las causas penales por delito de injurias interpuestas por políticos, jueces, funcionarios públicos, presidentes de la República, entre otros, seguirán siendo materia de cada día. Con esta afirmación no se trata de justificar aquellas publicaciones de contenido injurioso respecto de personas públicas, sino que se pretende que exista una mayor concientización al momento de receptor comentarios, opiniones o afirmaciones de hechos que vinculen a personas con este status diferencial.

De esta forma, la importancia de la veracidad, objetividad y diligencia al momento de informar cae sobre aquellos que ejercen activamente el derecho de libertad de expresión, mientras que el sujeto pasivo también debe por su parte tener un grado mayor de tolerancia al momento de recibir una noticia, así, tanto el emisor como el receptor contribuyen al ejercicio de la libertad de expresión.

Pero, hay que tener claro que en virtud del derecho de libertad de expresión no puede afectarse la reputación, nombre, imagen, honor de una persona. Nuestros medios de

⁵⁹ European Court Human Rights, *Case of Dichand and others v. Austria*, *op. cit.*

comunicación social lamentablemente han desvirtuado la razón de ser de la actividad informativa, se ha utilizado la prensa, la radio y la televisión como mecanismos para desacreditar, injuriar y difamar, entonces cabe preguntarnos ¿dónde queda la combinación diligente mutua entre medio de comunicación social y receptor en la actividad informativa?

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la “libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo.”⁶⁰

Los medios de comunicación social, no conciben el alcance del derecho de libertad de expresión vinculado con la libertad de información; la razón de existir de los medios de comunicación es informar, educar, difundir los diferentes sucesos que se suscitan en el entorno, transparentar las actividades del gobierno y garantizar a través de la libertad de opinión un sistema democrático.

Los medios de comunicación social en vez de ser una garantía de objetividad y veracidad son una amenaza para los miembros de la sociedad, amparados en el derecho de libertad de expresión critican, injurian e influyen en el pensamiento de las personas como en el sistema interno de la sociedad. Por ejemplo si se trasmite el hecho de un asesinato en la vía pública, el presunto responsable es tachado de antemano como “asesino”, vulnerando el principio de presunción de inocencia garantizado en nuestra Constitución Política del Ecuador en su artículo 24 numeral 7 que dice, “(...) Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada”, por lo tanto, ¿Que sucediera en el caso que el supuesto “asesino” condenado por los medios de comunicación social fuera declarado inocente? La noticia ya se hizo pública, la primera página de los periódicos ya publicó y vinculó su nombre como el de un asesino, su reputación y su imagen ya fue afectada, entonces, la diligencia de los

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54. Documento disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, consultado el 27 de abril del 2008.

comunicadores de coincidir los hechos noticiables con datos objetivos es precisamente el trabajo que se debe realizar, ya que en virtud con el ejemplo de análisis, los datos objetivos afirmarían que nadie es culpable o responsable de un acto hasta que no se compruebe, quedando por lo tanto las imputaciones realizadas como injurias calumniosas.

Entonces, si el objeto de la libertad de información es desviado por los medios de comunicación social y los derechos de personalidad han sido ultrajados, ¿Dónde queda la responsabilidad de los medios de comunicación social? La Ley de Ejercicio Profesional del Periodista del Ecuador y su Código de Ética Profesional establecen las actuaciones de los periodistas en el ejercicio de la libertad de expresión y entre los más importantes podemos señalar:

Artículo 2.- El periodista debe lealtad a las aspiraciones y a los valores fundamentales de su comunidad.

Artículo 3.- El periodista está obligado a promover el desarrollo integral del país, la educación, la ciencia, la cultura y a luchar por la liberación del hombre y los pueblos.

Artículo 4.- La comunidad tiene derecho a ser correctamente informada y el periodista está obligado a evitar la deformación y tergiversación de las informaciones.

Artículo 5.- El periodista no debe utilizar su profesión para denigrar o humillar la dignidad humana.

Artículo 6.- El periodista está obligado a respetar la convivencia humana. Le está prohibido preconizar la lucha racial o religiosa. Defenderá la supervivencia de los grupos étnicos y sus derechos a la integración y al desarrollo del país

Como podemos observar, los medios de comunicación social a través de sus periodistas deben cumplir con los elementos de la libertad de expresión que han sido materia de análisis del presente capítulo, su vulneración trae consigo sanciones que serán impuestas por el Tribunal de Honor, miembro activo de la Federación Nacional de Periodistas. Sin embargo, las sanciones consideradas en el artículo 12 de la Ley de ejercicio profesional de Periodistas del Ecuador,⁶¹ hacen referencia a multas,

⁶¹ Ley de Ejercicio Profesional de Periodistas del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 900 de Septiembre 30 de 1975. Disponible en

amonestaciones y suspensiones temporales del ejercicio profesional, las cuales si bien abarcan la responsabilidad de los periodistas al vulnerar derechos de otros, no amparan la reparación del daño en sí.

Por esto, considero que la responsabilidad en virtud del ejercicio de la libertad de expresión debe ser entendida de una manera mucho más global que simples sanciones establecidas en un código de ética, dejando claro, que en ningún momento se rechaza la existencia de las mismas, sino que la coexistencia de medidas complementarias como civiles o penales son fundamentales para atribuir responsabilidad a los medios de comunicación social y aquellas personas que intervienen en la actividad informativa.

Cabe por lo tanto entrar al estudio específico de la responsabilidad ulterior para comprender su alcance y aplicación tanto en el sistema Interamericano de Derechos Humanos como en nuestra legislación.

CAPITULO II

RESPONSABILIDAD

2. Responsabilidad Ulterior y Libertad de Expresión

2.1. Concepto y Alcance

La responsabilidad es “la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, el mal ingerido o el daño originado”, entendido también como la “capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario.”⁶²

Sus raíces latín nos dicen, “la voz de la responsabilidad provienen de *respondere*, que significa *inter alia*: prometer, merecer, pagar. Así, *responsalis* significa: el que responde. En un sentido más restringido *responsum* (*responsable*) significa: el obligado a responder algo de alguien”.⁶³

En virtud de estos preceptos, la responsabilidad ulterior que se deriva del ejercicio de la libertad de expresión es la obligación de asumir las consecuencias que en el ejercicio de la actividad informativa se puede contraer por vulneración de derechos a terceros.

⁶² G. CABANELLAS, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Tomo VII, R-S, Buenos Aires, 1981, p. 191.

⁶³ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo IX, R-S, Buenos Aires, 2005, p.358.

Las responsabilidades ulteriores que autoriza restrictivamente el artículo 13.2, las cuales no pueden tender en sí mismas a producir efecto impeditivo, sino únicamente a lograr, por medios no indirectos y no preventivos (la sanción posterior derivada del abuso), que el ejercicio del derecho se mantenga dentro de límites legítimos.⁶⁴

En este sentido, el objeto de la responsabilidad ulterior es establecer parámetros para impedir el abuso del derecho de libertad de expresión, y evitar así, que se deje impune los actos por los cuales periodistas o medios de comunicación social trasgreden derechos de la personalidad, tomando en cuenta que toda persona es responsable por los actos que se encuentran bajo su propia jurisdicción. La libertad de expresión no es eximente de responsabilidad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13 manifiesta:

- (...)2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. (...)

De la lectura de esta norma, sobresalen diferentes elementos que deben ser considerados para la aplicación de la responsabilidad ulterior. El primer elemento es la prohibición de la censura previa, ésta forma de control se ve reflejado en la aprobación o denegación del contenido de una información, antes de su publicación o difusión. La censura previa bajo ninguna circunstancia puede ser utilizada como un mecanismo de

⁶⁴ Opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>, 27 de abril del 2008.

responsabilidad ulterior porque vulnera la protección y alcance del derecho de libertad de expresión, generando limitaciones no permisibles al ejercicio de esta libertad. Entendiendo como la única limitación del derecho de libertad de expresión los derechos de los demás. (Art. 32 Convención Americana Derechos Humanos).

La responsabilidad ulterior que se deriva de la norma anteriormente citada, genera también restricciones al derecho de libertad de expresión, pero ésta restricción tiene un enfoque diferente, “en efecto, la definición por la ley de aquellas conductas que constituyen causal de responsabilidad según el citado artículo, envuelve una restricción a la libertad de expresión. Es en el sentido de conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad por el abuso de la libertad de expresión como se usará en adelante respecto de este artículo la expresión "restricción"”⁶⁵. De esta forma el tipo de restricción que genera la censura previa no es equiparable a la restricción que se genera por la aplicación de responsabilidad ulterior.

Como bien se ha señalado, la responsabilidad ulterior atribuible a quien ejerza el derecho de libertad de expresión, debe estar fijada por ley, siendo éste el segundo elemento a considerar. La fijación de la responsabilidad ulterior por ley, tiene como fin precautelar los derechos de la personalidad, temas de orden público, moral o seguridad nacional. Su tipificación debe ser de forma expresa y específica, garantizando el desarrollo de los preceptos que rigen una sociedad democrática.⁶⁶

El tercer aspecto del artículo 13 que antecede, se refiere a que la responsabilidad ulterior no puede dar pasó a restricciones indirectas al derecho de libertad de expresión.

El artículo 13.3 no sólo trata de las restricciones gubernamentales indirectas, sino que también prohíbe expresamente "controles... particulares" que produzcan el mismo resultado. Esta disposición debe leerse junto con el artículo 1.1 de la Convención, donde los Estados Partes "se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos (en la Convención)... y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..." Por ello, la violación de la Convención en este ámbito puede ser producto no sólo de que el Estado imponga por sí

⁶⁵ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de los Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, Disponible <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>, consultado el 30 de abril del 2008.

⁶⁶ Cfr. *Ibíd.*

mismo restricciones encaminadas a impedir indirectamente "la comunicación y la circulación de ideas y opiniones", sino también de que no se haya asegurado que la violación no resulte de los "controles... particulares" mencionados en el párrafo 3 del artículo 13.⁶⁷

Pero en relación con este precepto, han surgido controversias en cuanto a las leyes internas de cada Estado. Se ha considerado que las sanciones que se establecen por la vulneración de los derechos de la personalidad, son medios indirectos que muchas veces generan restricciones lesivas para el ejercicio de este derecho universal, siendo esencial por lo tanto la adaptación de medidas pasivas que sin bien resarcen el daño ocasionado no restringen el ejercicio de la libertad de expresión.

La " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo⁶⁸.

Una vez determinado el alcance de la responsabilidad ulterior bajo los parámetros de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, es preciso aplicar los elementos analizados en nuestra legislación interna. Si bien el Estado ecuatoriano no tiene una ley específica de responsabilidad social de los medios de comunicación, la Constitución Política, Código Civil y el Código Penal ecuatoriano entablan cierta responsabilidad en virtud del ejercicio de la libertad de expresión.

La Constitución Política del Ecuador en el artículo 23 numeral 9 inciso segundo manifiesta:

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo 46, disponible <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>, consultado del 25 de abril del 2008.

(...) La persona afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agraviada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que éstos hagan la rectificación correspondiente en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica.

Una de las responsabilidades a las que están sometidos ya sea los medios de comunicación social o un individuo en particular por publicar información que no tenga un contenido objetivo y veraz, vulnerando derecho a terceros, es la rectificación de la información publicada. La Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere al derecho de rectificación en el artículo 14.1 el que manifiesta:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentada 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.

En este punto, es preciso mencionar que la Comisión Interamericana, reconoce la rectificación y respuesta como un derecho atribuible a todas las personas que han sido objeto de vulneración de su honra, reputación y nombre. La función de este derecho es restituir el equilibrio de la información que se vio afectada por publicaciones de contenido falso. Es por esto, que si bien la rectificación es catalogada como un derecho, su aplicación en cada Estado miembro es lo que hace recaer en responsabilidad ulterior de quienes ejercen el derecho de libertad de expresión.

La existencia de un derecho de rectificación o respuesta es una vía para hacer jugar la responsabilidad prevista por el artículo 13.2, en los casos en que las libertades de pensamiento, de expresión o de información sean

utilizadas de forma que ofenda el respeto " a los derechos o a la reputación de los demás.⁶⁹

Dentro del contexto ecuatoriano, nuestra Constitución en su respectivo artículo mencionado *supra* establece como se deriva la responsabilidad del derecho de rectificación. Por lo tanto es deber de los medios de comunicación social en aplicación de la responsabilidad ulterior frente a violaciones de los derechos de personalidad la obligatoria, inmediata y gratuita, rectificación, en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación.

La responsabilidad ulterior que se deriva del derecho de rectificación, es insuficiente porque solo disminuye el efecto de la injuria o de la ofensa en relación con la sociedad pero, ¿qué pasa con el ilícito cometido y el daño generado? El sistema de administración de justicia no puede permitir que hechos ilícitos queden impunes. Por esta razón, el cuerpo de normas que regulan las actuaciones entre los ciudadanos, establecen sanciones y formas de resarcimiento frente a los daños cometidos derivados de hechos ilícitos.

El Código Penal ecuatoriano en el Título VI de los delitos contra las personas, capítulo VI referente a los Delitos contra la Honra, articula la injuria y su debida responsabilidad, concordando en todos sus artículos referentes a este delito, que la obligación de reparar se verá mostrada con prisión dentro del rango de un mes hasta tres años, ligada con su respectiva multa. Si bien los medios de comunicación social son responsables por la vulneración de los derechos ajenos, la pena de las injurias determinado en el Código Penal ecuatoriano es completamente desproporcional para la infracción cometida, tomando en cuenta que dentro de un sistema democrático la libertad y la protección a los derechos humanos prevalece.

Así mismo, nuestra Constitución Política en el artículo 24 referente al debido proceso y a la justicia sin dilaciones numeral 3 afirma:

⁶⁹Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86, 29 de agosto 1986, (Ser. A) No. 7 (1986) <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>, consultado el 25 de abril del 2008.

(...) 3. Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado.

En virtud de este precepto Constitucional, el delito de injuria tipificado en el artículo 489 y siguientes de Código Penal, no están garantizando la debida aplicación de las sanciones respecto de los delitos cometidos. La libertad personal de una persona no puede ser privada como consecuencia de la vulneración de los derechos de la personalidad. En relación con este análisis, no se presume que la privación de la libertad de un individuo sea más importante que los derechos de la personalidad, ya que en virtud de la integralidad de los derechos humanos, “Todos” los derechos son iguales. La protección que se brinda al ser humano debe ser entendida en su globalidad como individuo, por lo que todos los derechos atribuibles por su esencia misma de persona deben ser garantizados sin preferencia de unos sobre otros.⁷⁰

En la esfera de lo penal, las penas impuestas son justificables siempre y cuando éstas sean necesarias y efectivas para la protección de los intereses de la sociedad. Así, para que la pena sea explicable, se debe tener certeza de que un mal va ocurrir, por ende la medida protectora tipificada debe ser tan efectiva que preverá ese mal, siendo la pena impuesta un mal menor que aquel que se trata de evitar. Bajo estos parámetros, la privación de la libertad es una aplicación irracional que en ningún sentido evitara que se vulneren derechos contra la personalidad, siendo una medida que implicara un daño mayor del ya generado.⁷¹

De este modo, si se habla de una pena proporcional a la sanción se trata de que las personas sean responsables acorde con el daño causado, y no sean por el contrario, objeto de penalidades excesivas que muchas veces no resarcen el perjuicio generado.

La responsabilidad ulterior de los medios de comunicación social cuando han afectado la honra, nombre y reputación de una persona en virtud de la publicación de

⁷⁰ Cfr. A. PONCE, *Integralidad y progresividad de los derechos: Los derechos Civiles y Políticos, Económicos, Sociales y Culturales: Los Derechos de los Niños*, mimeo, USFQ, 2002.

⁷¹Cfr. C. NINO, *Los Límites de la responsabilidad penal, una teoría liberal del delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 211.

una información injuriosa, no puede estar vinculado con la privación de la libertad, ya que en este sentido se está generando una grave restricción al derecho de libertad de expresión. Como se ha mencionado anteriormente, el ejercicio de la libertad de expresión garantiza a una sociedad el pleno desenvolviendo democrático porque sin expresión del pensamiento, sin libre circulación de las ideas, sin comunicación, sin libre acceso a todas las fuentes de información, no puede haber democracia.

Por lo tanto, la penalización con privación de la libertad de cualquier delito como la injuria o desacato, hace que los medios de comunicación se limiten a manifestar sus opiniones o a difundir información relevante por el riesgo existente de un juicio penal en el que fácilmente su libertad puede ser objeto de privación.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el 16 de abril de 2001 una Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y manifestó:

El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión e información generara, indudablemente, ciertos discursos críticos e incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. Las leyes de calumnias e injurias son, en muchas ocasiones, leyes que en lugar de proteger el honor de las personas son utilizadas para atacar o silenciar el discurso que se considera crítico de la administración pública. La Comisión Interamericana ha expresado que la penalización de las expresiones dirigidas a los funcionarios públicos o a particulares involucrados voluntariamente en cuestiones relevantes al interés público es una sanción desproporcionada con relación a la importancia que tiene la libertad de expresión e información dentro de un sistema democrático.

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos⁷², mediante la relevante jurisprudencia de sus órganos ha realizado interpretaciones sobre el derecho de libertad de expresión y el delito de injurias, manifestando que no se admite por ningún aspecto la penalización del delito de desacato, injurias y calumnias como forma de responsabilidad ulterior, ya que implican una grave restricción al derecho de libertad de expresión, consideran que el mecanismo adecuado para atribuir responsabilidad ante la

⁷² Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sede en Washington, D.C., EE.UU. y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en la Ciudad de San José de Costa Rica.

vulneración de derechos de la honra, imagen y reputación está vinculado con acciones civiles.

La obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formar opinión y expresarla.⁷³

Si bien la responsabilidad ulterior de los medios de comunicación social se encuentra regulada por la ley interna de los Estados, no se puede pensar que el Código Penal con la privación de la libertad atribuya correctamente con la responsabilidad de resarcir el daño ocasionado.

Art. 491.- El reo de injuria calumniosa será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de cuarenta a ciento sesenta sucres, cuando las imputaciones hubieren sido hechas: En reuniones o lugares públicos; En presencia de diez o más individuos; Por medio de escritos, impresos o no, imágenes o emblemas fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta, o expuestos a las miradas del público;

o, Por medio de escritos no publicados, pero dirigidos o comunicados a otras personas, contándose entre éstos las cartas.

Art. 492.- Serán reprimidos con uno a seis meses de prisión y multa de cuarenta a ochenta sucres, los que hicieron la imputación privadamente, o en concurrencia de menos de diez personas.

Art. 493.- Serán reprimidos con uno a tres años de prisión y multa de cuarenta a ciento sesenta sucres, los que hubieren dirigido a la autoridad imputaciones que constituyan injuria calumniosa. Si las imputaciones hechas a la autoridad constituyeren injurias no calumniosas, pero graves, las penas serán de prisión de seis meses a dos años y multa de cuarenta a ciento veinte sucres.

Art. 494.- Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de cuarenta a doscientos sucres, los que hubieren propuesto una acusación judicial, o hecho denuncia, que no hubiesen sido probadas durante el juicio.

Art. 495.- El reo de injuria grave no calumniosa, realizada de palabra o hecho, por escrito, imágenes o emblemas, en alguna de las circunstancias indicadas en el **Art. 491**, será reprimido con prisión de tres a seis meses y

⁷³ Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2000, documento disponible en <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=136&IID=2>, consultado el 23 de abril del 2008.

multa de cuarenta a ochenta sucres; y en las circunstancias del **Art. 492**, con prisión de quince días a tres meses y multa de cuarenta sucres.

Las medidas penales establecidos en éstos artículos, comparadas con otro tipo de normativa interna, son completamente severas porque se trata de generar un castigo para aquellos que ponen en riesgo la seguridad social. Se debe tomar en cuenta también, que la responsabilidad civil y la responsabilidad penal tienen fines diferentes y se derivan de elementos diferentes. La responsabilidad civil mira exclusivamente la reparación del daño, mientras que la responsabilidad penal sanciona al responsable en virtud de la gravedad del ilícito por atentar contra la sociedad, teniendo una concepción más cercana a la moral implicando sanciones más graves que la de indemnizar.⁷⁴

En el delito penal está comprometido el interés general y no solamente el particular de víctima. El legislador justamente eleva un acto a la categoría de delito penal cuando considera que se ha vulnerado algún valor de entidad social.⁷⁵

Sí bien es cierto que las publicaciones injuriosas afectan al desarrollo de la sociedad democrática, el abuso del ejercicio de la libertad de prensa puede generar una inseguridad social, pero considero que la pena privativa de la libertad, genera más inseguridad social que la misma vulneración a la honra de una persona, tomando en cuenta que al momento de atribuir responsabilidad penal, la actuación del agente debe recaer sobre el tipo penal, por lo tanto, la omisión de uno de los elementos del delito de injuria no produce responsabilidad. Así, no solo la pena es excesiva, sino que el hecho tipificado puede ser muchas veces eximente de obligación.

Es por esto, que descartando la tipificación penal de los delitos contra la honra, o aquellos delitos de desacato, la vía para generar el cumplimiento de responsabilidad ulterior ante los perjuicios que se generan en los derechos de personalidad son los juicios de indemnización de daños y perjuicios, medidas civiles que tienen como fin lógico reparar el daño mas no afectar otro derecho.

⁷⁴ Cfr. C. FOSTAN, *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo I, 1995, p. 209-211.

⁷⁵ R. ABELIUK, *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, Santiago, 1993.

Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia: en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.⁷⁶

2.2 Responsabilidad Civil

2.2.1. Concepto y Alcance

Los orígenes de la responsabilidad civil se remontan al Derecho Romano, en donde no se exigía culpa sino solamente la evidencia del daño causado, principio que regía la Ley de Talio que se encuentra en el Código de Hammurabi. Posteriormente en una visión más amplia de justicia, el ataque al patrimonio del ofensor era una forma para reparar el daño, siendo el dinero, el vehículo que servía para castigar y reparar, surgiendo así una política de restitución en virtud de un daño ocurrido.⁷⁷

En el contexto del Derecho Civil, responsabilidad implica el resarcimiento de un daño producido por un tercero. “Doctrinariamente se ha pregonado que el concepto de responsabilidad no es un concepto primario sino derivado, en el sentido de que no se es responsable por sí y ante sí, sino que se es responsable solamente frente a otro. La responsabilidad entraña entonces un vínculo civil en contra del agente que causo daño y a favor de la víctima que la padeció.”⁷⁸

⁷⁶ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión" aprobada por la Comisión Interamericana durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2000, principio No. 10 <http://www.cidh.org/Relatoria/showarticle.asp?artID=26&lID=2>, consultado el 26 de abril del 2008.

⁷⁷ Cfr. G. BARRAGÁN, *Elementos del daño moral*, Edino, Guayaquil, 1995, p.13-15.

⁷⁸ B. QUINTERO, *Teoría Básica de la Indemnización, manual de Responsabilidad civil*, Grupo Editorial Leyes, Bogotá, 2000, p. 7.

Las fuentes de la responsabilidad civil son, el contrato o mejor dicho su infracción, los delitos y los cuasidelitos, y la ley, corroborando este precepto el artículo Art. 1453 del código civil ecuatoriano manifiesta:

Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

En virtud de estas fuentes se genera las diferentes responsabilidades: aquel incumplimiento de un contrato del que se genere un daño se le denominada responsabilidad contractual; en la responsabilidad extracontractual, no existe un vínculo o contrato que se incumpla para provocar la responsabilidad de una de las partes, sino que proviene de los actos ilícitos (delitos y cuasidelitos civiles), mientras que la responsabilidad legal deviene de la ley.

La responsabilidad civil extracontractual tiene como objetivo el resarcimiento del daño ocasionado a un tercero, derivado por la ejecución de delitos o cuasidelitos civiles.

El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.⁷⁹

Estos hechos ilícitos se diferencian por la intención al momento de generar el daño, siendo el delito civil cometido con el propósito de dañar (dolo) mientras que el cuasidelito civil no tiene la intención de perjudicar (culpa, negligencia). La obligación de reparar el daño nace precisamente de habérselo causado, concluyendo así que sin daño no existe responsabilidad extracontractual civil.

La Corte Suprema de Justicia, en recurso de casación manifiesta, “la acción ilícita entonces puede provenir de un delito o de un cuasidelito, según sea que el agente haya obrado con dolo o con culpa, y que ese acto injusto haya ocasionado un perjuicio, de lo que nace la obligación de reparar el daño causado; pero en ninguno de los dos casos existe

⁷⁹ Código Civil del Ecuador, Título XXXIII de los Delitos y Cuasidelitos, artículo 2214.

una convención previa; esa es su diferencia esencial con las obligaciones generadas en los contratos, donde sí existe esa convención.”⁸⁰

De este modo, la responsabilidad ulterior de los medios de comunicación recae en la responsabilidad civil extracontractual ya que encaja perfectamente dentro de los parámetros para generar el resarcimiento de un daño generado a una persona, siendo así una medida que genera la menor restricción al derecho de libertad de expresión.

En la práctica laboral, se considera que en virtud que el delito de injuria se encuentra tipificado dentro de las normas penales, es necesario que primero se reconozca en materia penal la existencia del tipo (delito de injuria) para luego proceder a la debida indemnización que supone la responsabilidad extracontractual civil, pero es preciso mencionar ante este argumento, que la responsabilidad civil es independiente del ejercicio de aquella que cae en el ámbito penal.

Puede haber responsabilidad delictual o cuasi delictual civil sin que exista responsabilidad penal si se causa daño a la persona o propiedad de otro y puede haber responsabilidad delictual o cuasi delictual penal sin responsabilidad civil si no se ha causado el referido daño.

La capacidad penal es diversa e independiente de la capacidad delictual y cuasi delictual civil. Ambas pueden perseguirse separadamente: la responsabilidad penal ante el Tribunal Criminal competente y la civil ante el Tribunal Civil que corresponda.

Para intentar la acción civil proveniente de un delito o cuasidelito que es a la vez penal no es menester deducir previa o conjuntamente la acción penal ni que en sentencia haya establecido y penado ese delito cuasi delito con anterioridad.

El ejercicio de una no supone necesariamente el ejercicio de la otra.⁸¹

La tipificación del delito contra el honor de la persona no impide que se inicie una acción civil, porque no se necesita agotar ésta vía o demostrar en juicio penal la existencia del delito para activar la jurisdicción civil.

La responsabilidad penal y la responsabilidad civil son completamente independientes, por lo que iniciar un juicio indemnizatorio civil de daños y perjuicios contra los medios de comunicación social o contra cualquier individuo que haya vulnerado un derecho de la

⁸⁰ Resolución No. 501 del 2000, Publicado en Registro Oficial 284, 14-III-2001

⁸¹ R, ALLESANDRI, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Editorial Jurídica Editar Conosur, Santiago, 1983, p. 35

personalidad, no es contrario a los preceptos penales y tampoco precisa por ende, que reúna los elementos del tipo descrito en los artículos 489 y subsiguientes del Código Penal, ya que si bien no existe en el código civil una norma específica como delito de injuria se lo ejerce por responsabilidad civil extracontractual.

Nuestra Corte Suprema, a su vez concuerda con los argumentos expuestos y expresó:

El Código Civil en su título XXXIII del libro IV no establece como condición que haya como antecedente para la acción judicial de daños y perjuicios una declaración judicial que ordene su pago, porque la ley no prevé ni existe fundamento lógico. Nada hay en la doctrina ni en la jurisprudencia que impide a la jurisdicción civil el conocimiento de hechos que puede ser constituido de culpa o negligencia, aunque en ellos haya conocido también la jurisdicción penal en el aspecto que pueden ofrecer de delito o contravención.⁸²

Así, la vulneración de los derechos de la personalidad en virtud del ejercicio de libertad de expresión entra bajo el contexto de hecho ilícito que produjo daño a un tercero, teniendo que determinar la culpa o el dolo del medio de comunicación para fijar si hablamos de un delito o cuasidelito civil.

2.2.2 Hecho Ilícito

Si la intencionalidad en la ejecución del daño es lo que diferencia entre delito y cuasidelito civil, su característica común se relaciona en que ambos son considerados como hechos ilícitos. El concepto de hecho ilícito no es más que la antijuricidad que implica todo acto contrario a Derecho.⁸³

En el Derecho alemán el profesor Gschmitzer lo define como: Una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesione principios superiores. Para este

⁸² Corte Suprema de Justicia, Gaceta judicial No. 12 de la 13ª. Serie, p. 87. Citado por G. BARRAGAN, *Elementos del Daño Moral*, op., cit., p.57

⁸³ Entendiendo Derecho como el conjunto de normas jurídicas que regulan las actuaciones de los individuos dentro de una sociedad las cuales generando derechos y obligaciones a cumplir.

amplio criterio, el atentado a las buenas costumbres o a la moral media constituye un acto ilícito.⁸⁴

La antijuricidad formal es la que hace referencia a la acción u omisión de una norma específica, así, el hecho ilícito se deriva del incumplimiento de la norma que impone una cierta conducta, por ejemplo, el Derecho Penal requiere una antijuricidad formal ya que la violación de la norma específica es la que da paso al tipo para generar su pena respectiva. Por otro lado, la antijuricidad material tiene un alcance mucho más extenso que aquel acto ilícito formal, ya que no se trata de una normativa específica sino que hace alusión a cualquier acto que vaya en contra de la ley, las buenas costumbres, la moral, y el orden público.⁸⁵

En consecuencia de estos dos tipos de hechos ilícitos, y analizando la vulneración de los derechos de la personalidad en virtud del ejercicio del derecho de libertad de expresión, se puede alegar que existe concordancia con ambas posturas. En virtud del delito de injurias se caería bajo un hecho ilícito formal mientras que por la vulneración del orden público, las buenas costumbres y la ley nos encontraríamos frente a la antijuricidad material. Pero como el objetivo del presente análisis no vincula la penalización de los delitos que contravengan el honor, para efectos de la responsabilidad extracontractual civil de los medios de comunicación social, mantendremos presente la antijuricidad material.

Los hechos ilícitos cometidos por una persona no pueden existir sin ser sancionados ya que se estaría contraviniendo con la seguridad jurídica de una sociedad. Mantener el orden social es el objetivo último del Derecho por lo que todo acto ilícito tiene que tener un responsable, de esta forma se genera vinculación entre antijuricidad y la intención del agente para determinar su responsabilidad. “Si lo ilícito debe ser

⁸⁴ F. GSCHNITZER, *Schuldrecht besonderer Teil und schuldnersant*, Viena 1963, p.153 citado por J. MOSSET Y R.LORENZETTI, Revista de Derecho de Daños, *Relación de Causalidad en la responsabilidad civil*, volumen No.3, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003 , p.27.

⁸⁵ Cfr. J. MOSSET Y R.LORENZETTI, Revista de Derecho de Daños, op. cit. p, 45

considerado como integrando un caso de responsabilidad civil, se lo anexara a otros elementos como la culpabilidad.”⁸⁶

Pero antes de proceder al análisis de la intención del medio de comunicación social en realizar el hecho ilícito que genere daño o injuria a una persona por la publicación, manifestación o difusión de una determinada opinión o información, es preciso asimilar la importancia de la relación causal que ayudara posteriormente a determinar más claramente la autoría del agente.

2.2.3. Nexo Causal

El nexo causal es el vínculo que existe entre el acto cometido y la consecuencia que se generó del mismo, el estudio del nexo causal es una actividad meramente objetiva ya que examina la existencia de la conducta corporal con el resultado provocado.

El análisis del nexo causal lleva consigo un proceso de silogismo, entendido como “forma de razonamiento utilizado en la lógica por la que del contraste de dos proposiciones o premisas, se extrae una conclusión”.⁸⁷

El silogismo es el argumento que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce de las otras dos. El esquema del silogismo es un condicional enunciado en la forma siguiente: << si (premisa mayor) y (premisa menor) , entonces (conclusión).>> Consta de tres términos: mayor (P) o predicado de la conclusión, menor (S) o sujeto de la conclusión, y medio (M), repetido en las dos premisas y ausente de la conclusión.⁸⁸

En aplicación del proceso de silogismo, se estudia todas las condiciones que se suscitaron al momento del acto, ya que si no se mira el entorno completo de las probabilidades, puede darse el caso que por la omisión de una circunstancia no se genere el nexo y por ende no se puede exigir la responsabilidad civil.

⁸⁶ *Ibíd.*, p.32.

⁸⁷ “Silogismo” Microsoft ® Encarta ® 2007. © 1993--2006 Microsoft Corporation

⁸⁸ “Silogismo”, Diccionario Enciclopédico Océano Uno, Editorial Océano, Madrid, 1995.

Entendido entonces que el fin último de la relación de causalidad es determinar la causa adecuada o idónea que generó la consecuencia para poder atribuir responsabilidad, el uso de la previsibilidad en aplicación con el silogismo es uno de los mecanismos para encontrar la causa, considerando sí el daño ocasionado era previsible o no por el agente que lo ocasiono.

El juzgador debe estudiar si el daño causado era previsible según el curso natural y ordinario de los acontecimientos de conformidad con los hechos acaecidos, por ello debe utilizar la nota científica del pronósticos objetivo o prognosis postuma.⁸⁹

Sin embargo, existen otras teorías utilizadas para determinar la existencia del nexo causal, por ejemplo la teoría de la causa más próxima implica que el hecho más cercano al resultado será determinado como causa, aplicando así, un criterio temporal. La teoría de Von Bar por otro lado, sostiene que aquel hecho que interrumpa la marcha normal de los acontecimientos será determinado como causa. Mientras que la teoría de la Causa eficiente, mira a la acción productora de un efecto como la causa, siendo esta postura, el concepto tradicional.⁹⁰

De esta forma, para que pueda existir responsabilidad extracontractual civil, se debe demostrar la existencia del nexo, y para efectos del caso materia de esta investigación, el nexo causal se analizaría de la siguiente manera:

La publicación, difusión o manifestación de una información de contenido injurioso o falso puede generar un perjuicio a los derechos de la personalidad del agraviado, cuyo daño entra en la normativa legal de resarcimiento por lo que el agente generador de ese acto es responsable por el perjuicio creado. Sin la existencia de la publicación, manifestación o difusión de esta información injuriosa o falsa no se generaría daño por lo que se entiende que el nexo causal es en sí dicho acto de exteriorización de la libertad de expresión.

⁸⁹ T. CHIOSSONE, M. ORSINI, G. KUMMEROW, *Indemnización de Daños y Perjuicios*, Editorial Jurídica Bolivariana, Venezuela, 1998, p.45

⁹⁰ Cfr. B. QUINTERO, *Teoría básica de la indemnización*, op, cit, p.80.

Del estudio del nexo causal muchas veces se ha generado confusión respecto de la autoría de la persona, y una vez analizado que la publicación de la información es el nexo causal que responsabiliza a los medios de comunicación social (editores, periodistas, representante legal del medio de comunicación social a aquellos influyen o intervienen en la actividad informativa) del daño generado por la violación de los derechos de la personalidad, se da paso al análisis del elemento subjetivo como es la voluntad para determinar la intencionalidad que le motiva en la ejecución del acto.

2.2.4. Delitos y Cuasidelitos civiles

Las personas en el diario vivir, siempre manifiestan su intención en los actos y omisiones que ejecutan, sus acciones pueden derivarse en virtud de la voluntad o bien su accionar puede ser producto del descuido o negligencia, careciendo la existencia de la voluntad.

Dentro del derecho, esta gradualidad de la intención se encuentra en las figuras de dolo y culpa, de esta manera, el dolo es entendido como la voluntad de cometer un acto, mientras que culpa o negligencia es el acto realizado sin voluntad. Como estamos hablando de la responsabilidad extracontractual que se genera en virtud de un daño ocasionado, el dolo y la culpa serán analizados en virtud de la intención que el agente tuvo para generar el detrimento.⁹¹

Los preceptos de dolo, culpa o negligencia y su respectiva gradualidad se encuentran tipificados en el artículo 29 del Código civil:

La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

⁹¹ Cfr. R. ABELIUK, *Las Obligaciones*, op. cit. p, 178-181.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

Los delitos civiles son hechos ilícitos generados por una persona con la intención de generar un daño a otro, mientras que los cuasidelitos varían del primero por que el individuo no tenía el propósito de generar daño. El análisis de la intencionalidad de la persona al momento de cometer el daño es sumamente importante ya que en virtud de ésta se puede llegar a determinar el nivel de responsabilidad que su accionar le acarrea.

El hecho ilícito puede constituir un delito o un cuasidelito. Delito es el hecho cometido con la intención de dañar, esto es, con dolo, que según la definición del artículo 29 del C.C. es la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Cuasidelito es el hecho ilícito cometido con culpa, que según el inciso tercero del artículo 29 citado, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Un mismo hecho ilícito puede constituir delito y cuasidelito, de acuerdo con la circunstancia de haber sido cometido con malicia o dolo, o con negligencia o descuido.⁹²

En virtud del estudio de la voluntad del agente se deriva dos tipos de responsabilidades: la objetiva y la subjetiva, la diferencia entre estas radica que en la primera no se necesita de la comprobación de la culpa o el dolo, ya que para dar paso a la responsabilidad tan solo se necesita la demostración del daño generado, mientras que la responsabilidad subjetiva exige que se evidencie la intencionalidad de la persona.

La aplicación de la responsabilidad objetiva o la subjetiva varía dependiendo la legislación, por ejemplo Los Estados Unidos de Norteamérica bajo la figura de los *Torts* aplican responsabilidad objetiva en la que prima solamente el daño; la tendencia

⁹² Resolución No. 334 de 1999, Publicado en Registro Oficial 257, 18 –VII-1999.

mayoritaria en el caso ecuatoriano en cambio, es la aplicación de la responsabilidad subjetiva en donde prevalece la prueba de intencionalidad del individuo aunque sin embargo existen casos en los que se ha aplicado la responsabilidad objetiva.

La Corte Suprema de Justicia, Primera sala de lo Civil y Mercantil en el recurso de casación que interpuso el Comité Delfina Torres viuda de Concha contra Petroecuador y otros; destacó la responsabilidad objetiva y subjetiva, y dijo: ⁹³

Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable.

En otro fallo, la Corte Suprema de Justicia de la misma sala expuso:

La responsabilidad civil extracontractual por darlos es de dos clases: responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva. Si el autor del daño ha obrado con dolo o negligencia da origen a la denominada responsabilidad subjetiva. Si los daños causados han sido sin dolo o negligencia dan lugar a la responsabilidad objetiva o de pleno derecho. Estas dos clases de responsabilidades tienen como elemento común la existencia de un daño (...) ⁹⁴

La importancia de probar la intencionalidad es un requisito esencial para que se genere la responsabilidad extracontractual. Aplicando el principio de quien afirma prueba, se entendería que es la persona agraviada quien debe demostrar la culpa o dolo del agente, siendo los casos de riesgo la única situación en la que se invierte la carga de la prueba, teniendo el querellado que demostrar su diligencia. Ante este precepto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

Código Civil Art. 2256 .- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta". Por regla general, en la responsabilidad subjetiva la carga de la prueba de que el autor del daño ha obrado con dolo o negligencia, pesa sobre la víctima o

⁹³ Resolución No. 31 de 2002, Publicado en Registro Oficial 43, 19-III-2003

⁹⁴ Resolución No. 20 de 2004, Publicado en Registro Oficial 411, 1-IX-2004

damnificado. Sin embargo, hay daños que se producen por actividades peligrosas o de alto riesgo, en que prácticamente es imposible al damnificado probar la existencia de la culpa o dolo antedichos. La doctrina, para no dejar a la víctima sin la tutela de la reparación por los daños sufridos, ha encontrado solución a dicho problema al revertir la carga de la prueba, y dejar que sea el agente del daño el que tenga que demostrar que ha observado todo el cuidado y precauciones necesarias para que no se produzca el accidente que ha ocasionado tal daño, sino que éste ha sido el efecto de fuerza mayor o caso fortuito (definido en el artículo 30 del Código Civil). En otras palabras se presume (*ius tantum*) culpa en el agente del daño.⁹⁵

Como se manifestó con anterioridad, el dolo es la intención positiva de inferir daño, “el dolo se aprecia “in concreto” según las circunstancias del actor, ya que incluye un elemento psicológico: la intención, el deseo de causar daño, cuya prueba corresponderá siempre al demandante, ya que el dolo no se presume.”⁹⁶ Para atribuir esta intencionalidad al caso en concreto, nos encontraríamos frente a un delito civil si el periodista, editor o el medio de comunicación social hubiese tenido la intención de generar un daño en virtud de la injuria que se plasmo en la información o en la opinión que publicó.

En responsabilidad contractual existe una gradualidad de la culpa, por lo que es más fácil determinar la responsabilidad, para lo cual, se toma en cuenta la culpa leve cuando el contrato está en beneficio de las dos partes, leve cuando es el beneficio del acreedor, y levísima cuando es en beneficio del deudor, mientras que esta analogía no sucede en la responsabilidad extracontractual civil, en donde hay que determinar el grado de culpa en virtud de la prueba, por lo tanto, la persona afectada por la publicación, manifestación o difusión de información con contenido falso o injurioso debe comprobar dentro del juicio indemnizatorio la intención culposa del agente.

Ante este análisis de la intencionalidad en virtud de la culpa, surge la interrogante de si realmente el periodista puede obrar sin la intención de generar un daño, ya que era de su conocimiento que la publicación realizada contenía información

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ R. ABELIUK, *Las Obligaciones*, op. cit, p, 178.

falsa o injuriosa, la cual iba en gran medida afectar a la honra, nombre, reputación e imagen de una persona, y que a pesar de ese discernimiento previo, lo publicó alegando su libre ejercicio de libertad de expresión.

Para responder la incógnita establecida, cabe entrar en el estudio de la culpa en sí, “la culpa puede ser de acción (in committing), esto es, obrar no debiendo hacerlo, o por omisión o abstención (in ommitendo), esto es, por dejar de actuar”.⁹⁷ Siendo la culpa por omisión la que con frecuencia se suscita en el ejercicio de una actividad. Ésta culpa, implica que no se tomo la precaución necesaria para prever lo que se sabía que podida pasar, llegando entonces a ser entendida como negligencia o culpa.

Por lo tanto, el periodista incurre en negligencia cuando teniendo conocimiento de las consecuencias que se iban a suscitar, difundió la información. Así, afirmar que los medios de comunicación social no actúan sin intención de generar un daño, contravendría con el precepto de culpa o negligencia.

La Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal de fecha 29 de octubre del 2004 manifiesta:

El periodista que redacta o difunde una noticia falsa que afecte o pueda afectar al derecho fundamental del honor, responde no solo cuando actúa con dolo, es decir, cuando publica como verdadero un hecho a sabiendas de que es falso, sino que también responde por culpa, cuando publica temerariamente una noticia inexacta, por su actuar desaprensivo. Esta doctrina conocida como la de la real malicia, que extiende al redactor o comunicador de noticias la responsabilidad hasta por culpa o descuido temerario (reckless disregard) cuando se agravie a un funcionario de gobierno, a una figura pública o a un particular involucrado en temas de relevante interés público imponiendo para estos casos la carga de la prueba de la falsedad a quien la alegue-, se desarrolló en los Estados Unidos (pero se aplica ahora universalmente), a partir del célebre caso "New York Times vs. Sullivan" (1964) y otras sentencias que la siguieron como: "Garrison vs. Lousiana" (1964); "St. Amant vs. Thompson" (1968); "New York Times vs Butts"(1967); "Rosembloom vs. Metromedia" (1971); Gertz vs. Welch" (1974), y muchas más.⁹⁸

⁹⁷Ibíd., p, 190.

⁹⁸ Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5091. (Quito, 29 de octubre de 2004)

Determinada la intencionalidad, es momento de estudiar la consecuencia del acto que genera un daño, el cual debe ser reparado para resarcir el perjuicio ocasionado por el hecho ilícito injurioso que afectó a una determinada persona.

2.2.5. Daño como Elemento de la Responsabilidad Civil Extracontractual

Si la responsabilidad civil extracontractual tiene un fin reparatorio, es lógico por ende que la existencia del daño es elemento esencial para que se puede generar el debido resarcimiento, por lo que si no existe *nada* que reparar no aplica la responsabilidad extracontractual.

La concepción del daño dentro de la doctrina tiene dos acepciones, FERNANDO FUEYO LANERI señala que el daño jurídico puede entenderse como “la violación de uno o varios de los derechos subjetivos que integran la personalidad jurídica de un sujeto, producida por un hecho voluntario, que engendra a favor de la persona agraviada el derecho de obtener una reparación del sujeto a quien la norma imputa el referido hecho, calificado de ilícito”,⁹⁹ esta postura se alinea con la primera tendencia de toma al daño como un atentado contra un derecho subjetivo.

ALESSANDRI, en cambio, sostiene el argumento contrario a esta tendencia y manifiesta que el daño “es todo detrimento, perjuicio, menoscabo o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”¹⁰⁰, siendo ésta la directriz mayoritaria dentro de las doctrinas del Derecho Civil que entiende al daño como la lesión a un simple interés.

Del análisis de las dos concepciones lógicas del daño se puede entender que la doctrina mayoritaria tiene una posición más amplia, brindando reglas generales para que

⁹⁹ R. BERBBIA, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p.364, citado por J. DIEZ, *El daño extracontractual, jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p.20.

¹⁰⁰ A. ALESSANDRI, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943, p.210.

las personas que resulten afectadas, puedan accionar la respectiva indemnización sin importar la calidad en virtud de la cual gozan o ejercen un derecho.

Nuestro Código Civil corrobora la tendencia mayoritaria ya que no exige que el daño consista en la lesión de un derecho del cual la víctima es poseedora, simplemente se delimita a decir: El que ha infringido daño a otro está obligado a la indemnización (artículo 2214)¹⁰¹, catalogando entonces al daño como el detrimento, perjuicio o menoscabo causado a alguien.

El daño que se genere tiene que ser cierto, por lo que debe estar bajo las cualificaciones de reales y efectivos para que puedan ser objeto de reparación, porque no se puede generar una obligación de un daño futuro o hipotético.¹⁰² De igual forma la Corte Suprema de Justicia manifestó:

El daño es el requisito primario, sine qua non, para la responsabilidad civil, daño que puede ser material o moral. El daño debe ser cierto, real, efectivo, evidente. Asimismo, el daño puede ser presente o futuro. El futuro es cierto e indemnizable cuando necesariamente ha de realizarse, sea porque consiste en la prolongación de las cosas existentes, o porque se han realizado determinadas circunstancias que lo hacen inevitable. En el daño futuro puede ser incierta su cuantía, pero no ocurre lo mismo en su existencia, ya que dentro de las probabilidades humanas su realización aparece evidente.¹⁰³

El presupuesto de la existencia de un daño cierto sirve para verificar que realmente se generó un detrimento porque si no, no habría necesidad de la aplicación de la responsabilidad extracontractual, “Para establecer en un caso concreto si un daño es cierto, hay que determinar si, de no haberse producido el hecho dañoso, la situación de la víctima sería mejor de lo que es a consecuencia de él.”¹⁰⁴

¹⁰¹ Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

¹⁰² El hecho que el daño será real y efectivo, no descarta la posibilidad de un daño futuro pero eminente.

¹⁰³ Resolución No. 393 de 1998, Publicado en Registro Oficial 140-III-1999.

¹⁰⁴ L. DIEZ, *El Daño Extracontractual jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p.55.

Por otro lado, existen daños que se derivan de su naturaleza, siendo éstos los daños materiales y los daños morales. Estas clasificaciones se las conoce comúnmente como los daños patrimoniales y extramatrimoniales. El daño material puede recaer en las personas como en las cosas, por lo que se entiende como detrimento material en la persona, cuando la personalidad física del individuo se ve afectada, por ejemplo si de un hecho ilícito alguien perdiera un ojo, una pierna, o le contagiase de una enfermedad, etc. En cambio, como su nombre mismo lo indica, el daño material que recae sobre las cosas son aquellos perjuicios que abaten contra los bienes de una persona o bien sobre el patrimonio económico.¹⁰⁵

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia, manifiesta:

De acuerdo con la doctrina, consagrada por nuestro derecho positivo, los daños que puede sufrir una persona por un hecho ilícito se clasifican en dos grandes categorías: danos patrimoniales y daños morales, que no es sino la consecuencia lógica de la clasificación de los derechos subjetivos en patrimoniales y extrapatrimoniales. Son derechos patrimoniales aquellos que poseen un valor pecuniario, o sea los que son susceptibles de ser apreciados adecuadamente en dinero. Son derechos extrapatrimoniales aquellos inherentes a la personalidad, como los de integridad física, integridad moral afecciones, etc.; se adquieren o pierden con independencia a la voluntad y no admiten apreciación adecuada en dinero, así como también son inalienables e imprescriptibles.¹⁰⁶

Se podría pensar que para efectos de la presente investigación, el daño material no tienen mucha relevancia, ya que el daño generado por los medios de comunicación social a través de sus periodistas al vulnerar los derechos de la personalidad no recaen en la personalidad física del individuo y menos en sus bienes o patrimonio. Sin embargo, puede darse el caso en el que la injuria que generó vulneraciones a los derechos de la honra y la reputación, afectó en gran medida la profesión del ofendido, viéndose su patrimonio afectado. Por lo tanto, la consecuencia generada de hechos ilícitos en ejercicio

¹⁰⁵ Cfr. G. BARRAGAN, *Elementos del daño moral*, op, cit, p, 57

¹⁰⁶ Resolución No. 334 de 1999, Publicado en Registro Oficial 257, 18 –VII-1999.

de la libertad de expresión genera un daño moral y daño material en el patrimonio de la persona.

Establecido el daño material, cabe entrar analizar el daño moral, “daño moral es la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos por acción culpable o dolosa de otros.”¹⁰⁷ En virtud de este concepto, se puede observar que éste detrimento moral es una consecuencia evidente del hecho ilícito violatorio de los derechos de la personalidad por el ejercicio de la libertad de expresión.

“El daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas, que si bien son extraños a valores económicos, su reparación tiene un carácter resarcitorio y no sancionatorio o ejemplar, en tanto lo que se trata de lograr a través de la indemnización es una compensación que en alguna medida morigere los efectos del agravio moral sufrido.”¹⁰⁸

Nuestra Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, en recurso de casación de 23 de mayo del 2002 expresa:

En el artículo innominado incorporado por la Ley No. 171, Título XXXIII del Libro IV, De los delitos y cuasidelitos, se caracteriza a los daños morales como los que provoquen sufrimientos psíquicos o físicos, como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. Enumera, especialmente, entre los delitos y cuasidelitos que ocasionan daño moral a aquellos que manchen la reputación ajena, mediante cualquier, forma de difamación, las lesiones, la violación, el estupro, los atentados contra el pudor, los arrestos ilegales o arbitrarios y los procedimientos injustificados.
109

Nuestro Código Civil en su artículo Art. 2231 manifiesta:

Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral.

¹⁰⁷ G, CABANELLAS, *Diccionario Jurídico Elemental*, decimoquinta edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 110.

¹⁰⁸ A. GHERSI, *Valuación económica del daño moral y psicológico, daño a la psiquis*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 103.

¹⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9. Página 2718 (Quito, 23 de mayo de 2002)

Según lo ha demostrado la jurisprudencia, se reconoce la existencia del daño moral por todas las lesiones que atenten contra la reputación y honor ajeno, así, una vez confirmado la existencia del daño moral, la reparación del mismo es el objetivo final de la vulneración de los derechos de la honra, imagen y reputación, generados por un individuo o medio en el ejercicio del derecho de libertad de expresión.

2.2.6. Resarcimiento del Daño

Se evidencia la concepción de la responsabilidad extracontractual como fuente de la obligación de indemnizar, porque antes de la ocurrencia del hecho culposo no existía vínculo jurídico entre el agresor y la víctima, sino que son, ese daño y ese hecho, los que se relacionan y se convierten, según los principios del *neminem laedere*, en fuente de la obligación de indemnizar.¹¹⁰

La existencia del daño genera la responsabilidad para resarcir, la importancia del tipo de daño que se genera en virtud de un hecho ilícito es determinante para entrar al estudio del resarcimiento, ya que es mucho más fácil analizar el perjuicio en virtud de un daño material que de aquel daño moral.

El daño material lesiona a la víctima pecuniariamente, sea disminuyendo su patrimonio o menoscabando sus medios de acción mientras que en el daño moral el patrimonio de la víctima está intacto porque la lesión afecta a los valores de su espíritu.¹¹¹

Nuestro código civil en el artículo 1572 manifiesta:

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúense también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.

¹¹⁰ SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de garantie*, Bruselas, 1884, citado por B. QUINTERO, *Teoría Básica de la Indemnización*, op. cit, p, 12.

¹¹¹ R. ALESSANDRI, Op. Cit., p. 45

La cuantificación del daño material se lo determina en virtud del daño emergente y lucro cesante, el primero, es el detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes, y el lucro cesante implica, la ganancia o beneficio que se ha dejado de percibir por el obrar de otro, siendo perjudicial para los propios intereses.¹¹² Del concepto de estos elementos, es muy fácil determinar cuál será la cantidad que se debe resarcir, ya que se hace un estimado de lo que se dejó de percibir más el valor del daño material que se generó en el bien.

En cambio, por la acepción del daño moral, que hace referencia específicamente al daño que se genera a la esencia en sí de la persona, afectando su equilibrio espiritual, generando humillación, angustia, dolor, aflicción, y muchas más sensaciones que se derivan de la integridad de la persona, hace que la determinación del monto por el cual se debe resarcir el daño sea difícil de calcular.

La valuación del daño puede darse de forma legal, cuando una norma en específico determina cual es el monto indemnizatorio o puede ser de forma judicial, en la que el juez determina el daño en virtud de los elementos ventilados en el proceso.¹¹³

En nuestro sistema, no se da aquella valoración legal porque no hay norma que determine el monto en sí del daño moral, de esta forma, la valoración económica del daño moral depende de un examen exhaustivo por parte del juez, siendo él quien bajo su criterio puede determinar la cantidad económica que será objeto del resarcimiento pecuniario.

CARLOS ALBERTO GHERSI, manifiesta que para la valuación económica del daño moral y psicológico, el juez debe tomar en cuenta ciertos elementos que le pueden ayudar a obtener una cifra económica un poco más cierta, “el modelo estructural tiene tres variables, que deben combinarse: a) la ubicación temporal del damnificado, en cuanto a su edad cronológica o, mejor aún, determinados periodos de su vida; b) la ubicación en el espectro económico, social y cultural, es decir, la clase social de pertenencia e identidad, y

¹¹² G. CABANELLAS, Op. Cit., p.109-241.

¹¹³ Cfr. J. MOSSET Y R. LORENZETTI, Revista de Derecho de Daños, *Cuantificación del Daño*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2001, p. 60.

c) la medición de la intensidad del daño moral por medio de los síntomas, lo que sin duda efectuara el perito psicológico.”¹¹⁴

Evaluar económicamente en virtud de la posiciones sociales, la edad, la profesión, el estilo de vida y el daño generado es lo más lógico y eficaz para tener una apreciación económica por daño moral, teniendo en cuenta, que muchas veces esta valoración puede ser ejercida con mucha discrecionalidad por parte del juez.

La cuantificación del daño es un tema muy delicado, el juez debe cumplir a cabalidad su función de administrar justicia y no dejarse influenciar por las partes para acreditar más cuantía económica, porque se debe recordar que las medidas aplicables como responsabilidad ulterior no pueden ser restrictivas al derecho de libertad de expresión. Una cuantificación exorbitante en reparación de daños morales puede limitar este derecho fundamental y se contrapone con la idea de que las sanciones civiles son medidas menos lesivas para la libertad de expresión.

La compensación por el daño cometido se encuentra tipificado en las normas de nuestro código civil, reconociendo que toda persona que sea víctima de un daño moral ocasionado por las imputaciones injuriosas contra la honra debe ser indemnizado.

Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.(...)

Art. 2231.- Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral

Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o

¹¹⁴ C. GHERSI, *Valuación económica del daño moral y psicológico, daño a la psiquis*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p, 155.

arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

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.

Para concluir el análisis de la responsabilidad extracontractual civil, la Corte Suprema de Justicia, Primera sala de lo civil y mercantil, estableció que:

Para que exista responsabilidad civil extracontractual por un hecho o acto ilícito, se requiere que concurran los siguientes elementos. a) que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) que exista daño patrimonial o moral y d) que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño.¹¹⁵

Del desprendimiento de esta disposición, y una vez analizado cada elemento requerido, se aplica los preceptos de la libertad de expresión y su responsabilidad ulterior frente a la vulneración de los derechos de personalidad con los requisitos de la responsabilidad extracontractual, concluyendo que:

El hecho ilícito de los medios de comunicación es la violación de los derechos de la personalidad consagrados en la Constitución Política del Ecuador artículo 23 numeral 8, su nexo causal es la publicación de la información injuriosa o falsa, la intencionalidad del agente puede ser dolosa o culposa y el perjuicio es considerado como daño moral. Todas estas concatenaciones nos llevan a determinar que el agente es responsable extracontractualmente y tiene la obligación de resarcir económicamente por medio de un juicio indemnizatorio de daños y perjuicios.

Se ha comprobado por lo tanto, que los medios de comunicación social, periodistas, editores, que en ejercicio del derecho de libertad de expresión han vulnerado

¹¹⁵ Resolución No. 79 de 2003, Publicado en Registro Oficial 87, 22-V-2003

derechos a terceros, pueden responder civilmente sin la necesidad de caer bajo el tipo penal del delito de injurias que tiene como consecuencia la privación de la libertad.

De esta forma, la responsabilidad ulterior es proporcional con el daño causado, evitamos restricciones al ejercicio de la libertad de expresión y a su vez el medio de comunicación social o la persona individual son responsables por las vulneraciones de derechos.

Si bien afirmamos que las acciones civiles son mas proporcionales con la infracción cometida, hay que tomar en cuenta que si no mantenemos los parámetros del ejercicio del derecho del libertad de expresión respecto de la actividad informativa: de contenido objetivo y veraz, de tolerancia mayor en las personas de relevancia pública, en los hechos noticiables de interés público y en la garantía del ejercicio de la libertad de expresión como un pilar fundamental de la democracia, se puede también generar restricciones exageradas en las indemnizaciones de daños y perjuicios.

Las medidas aplicables al momento de determinar la responsabilidad ulterior no pueden estar fuera de los parámetros que la Organización de Estados Americanos determina para el libre ejercicio de este derecho.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE CASOS

3. Aplicación excesiva o indebida de la Responsabilidad Ulterior

3.1. Caso Verbitsky Vs. La Republica de Argentina.¹¹⁶

Horacio Verbistky de profesión periodista, fue condenado por el delito de desacato en la República de Argentina.

La imputación penal surgió por la publicación de un artículo en el Diario Página 12, en ella, al referirse al Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Augusto Belluscio utilizó la expresión “asqueroso.” El periodista demandado, sostuvo que la expresión asqueroso no se dirigía al Ministro como tal, sino que hacía referencia a un comentario que éste había realizado en una entrevista anterior en la que manifestó que un “proyecto de reforma para ampliar la Corte Suprema de Justicia con dos Ministros adicionales, le dio asco.”

117

¹¹⁶ Informe No. 22/94 Caso 11.012 Argentina, Solución Amistosa, (Verbitsky), documento disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1844/16.pdf>, consultado el 30 de abril del 2008.

¹¹⁷ Cfr. *Ibíd.*, hechos.

A raíz de este antecedente, el Ministro inicio una acción privada de injurias, pero la Jueza que conoció de la causa consideró que el señor Horacio Verbistky “ha sobrepasado los límites del Honor” decidiendo iniciar una acción pública de desacato por difamar contra el Ministro. El periodista demandado fue condenado a un mes de prisión y al pago de indemnización por daño moral.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy explícita al establecer los parámetros de aplicación de la responsabilidad ulterior, si bien es cierto que el derecho de libertad de expresión trae consigo responsabilidades ulteriores con el fin de evitar el abuso de este derecho, no se pretende, que en virtud de éste mecanismo se impongan penas que restrinjan el ejercicio de este derecho.

Cabe cuestionarnos, ¿por qué la Jueza que conoció la causa en primera instancia sostiene que se han sobrepasado los límites del honor? ¿No es acaso una actuación muy discrecional por parte del juez? Como se mencionó en el capítulo II, no puede utilizarse ningún medio indirecto para restringir el derecho de libertad de expresión. Considero que la decisión de la Jueza de convertir el aparente delito de injuria en un delito de desacato fue un medio indirecto, que lo único que generó es otorgar una sanción más severa yendo en contra de los parámetros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El presente caso no fue resuelto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que las partes llegaron a un acuerdo amistoso en el que se dejó sin efecto la pena de prisión en virtud del delito de desacato. La Corte Interamericana ha manifestado que las leyes de desacato no pueden estar tipificadas dentro del ordenamiento interno de los Estados, porque impiden que la libertad de expresión cumpla el fin de mantener viva una sociedad democrática, ya que con la penalización de las sanciones, se restringe el ejercicio pleno de la libertad de expresión.

En concordancia con las recomendaciones de la Corte, y en virtud del acuerdo amistoso pactado, Argentina derogo los artículos penales correspondientes al delito de desacato.

3.2. Caso Ivcher Bronstein Vs. La República del Perú ¹¹⁸

El objetivo de análisis de este caso, es demostrar como en virtud de la responsabilidad ulterior, a la que están obligados los medios de comunicación social o las personas que trabajan en este campo, se puede restringir excesivamente el pleno goce y ejercicio del derecho de libertad de expresión.

El señor Ivcher Brosntein tenía nacionalidad originaria israelí, se naturalizo convirtiéndose en un ciudadano Peruano adquiriendo tácitamente todos los derechos y obligaciones que se garantizan a los ciudadanos dentro de este territorio. Logra por ende ser el accionista mayoritario, Presidente del Directorio y Director del Canal 2 de Televisión. Pero en virtud de un “reportaje que contenía información de interés nacional, se trasmitió las denuncias sobre las posibles torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército en contra de la agente Leonor La Rosa, el supuesto asesinato de la agente Mariela Barreto Riofano y los supuestos ingresos millonarios percibidos por el señor Vladimiro Montesinos Torres, asesor del Servicio de Inteligencia del Perú.”¹¹⁹

Acto seguido, el señor Ivcher fue víctima de severas violaciones a su derechos fundamentales, las Fuerzas Armadas emitieron un comunicado en el que se establecía que el agente estaba realizando una campaña calumniosa con la intención de desacreditar dicha Institución; correlacionado con este comunicado el Poder Ejecutivo del Perú, expidió un decreto supremo que reglamentó la Ley de Nacionalidad, estableciendo la posibilidad de cancelar la nacionalidad a los peruanos naturalizados.

Subsidiariamente, con base a una solicitud Directorial realizado por el respectivo Director de la Policía Nacional, cancelaron la nacionalización peruana del señor Ivcher alegando que no se encuentra el expediente en donde consta la carta de naturalización y la respectiva renuncia de su nacionalidad Israelí. A raíz de este acontecimiento un Juez retiró todos los derechos como accionista del señor Ivcher y los respectivos cargos que desempeñaba, porque para ser dueño del canal debía ser peruano.

¹¹⁸ Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, op. cit.

¹¹⁹ *Ibíd.*, párrafo 156

Por lo tanto, ¿Es posible, que por el ejercicio de la libertad de expresión se pueda suscitar este tipo de violaciones a los derechos fundamentales de una persona? La libertad de expresión no solo garantiza el derecho de poder expresar, difundir, acceder, y recibir información sino que es uno de los pilares fundamentales para promover la democracia, la Corte Interamericana como alegatos del presente caso señalo:

El mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse.¹²⁰

La Corte Europea también ha reconocido este criterio, al sostener que la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población.¹²¹

Se puede afirmar que el Estado peruano a pesar de ser catalogado como un Estado democrático, no opera bajos los principios que este sistema de gobierno impone como es la protección a los derechos humanos, libertad, transparencia y bienestar.

Por lo tanto, es el deber de los medios de comunicación social informar a la nación todos los sucesos que sean de interés público, siendo la sanción impuesta al señor Ivcher desproporcional con la infracción cometida. Analizando detenidamente el caso, nunca se genero un daño a los derechos de terceros, por lo que al no existir perjuicio no hay responsabilidad.

De esta forma, si es que existían reportajes calumniosos con el fin de desacreditar la imagen de las Fuerzas Armadas, la respectiva sanción del hecho ilícito debía estar fijada por una ley en la que se determine cuál es la responsabilidad del agente que ha vulnerado los derechos de la personalidad de un tercero, pero siguiendo la cadena de los hechos, el

¹²⁰ *Ibíd.*, párrafo 151

¹²¹ *Ibíd.*, párrafo 152

señor Ivcher fue restringido del ejercicio de la libertad de expresión y demás derechos fundamentales, si ni siquiera haber tenido un juicio en el que se compruebe el dolo o la culpa, el daño, y en la que se determine cuál es la sanción respectiva del supuesto hecho que trajo consigo la responsabilidad ulterior .

Si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce la existencia de responsabilidad ulterior de aquellos agentes que vulneren derechos a terceros, se ha establecido que en virtud de esta responsabilidad no se pueden generar medios indirectos que restrinjan el derecho de libertad de expresión. La Corte en el presente caso determinó que la resolución que dejó sin efecto el título de naturalización del señor Ivcher es considerado como un medio indirecto para restringir el ejercicio de la libertad de expresión ya que sin la nacionalidad peruana no puede ser accionista del Canal de Televisión y por ende no puede seguir transmitiendo reportajes en los que se informe las actuaciones ilícitas que se desarrollan dentro de las Fuerzas Públicas del Estado.

La importancia que tiene este caso como jurisprudencia aplicable es que no se puede ejercer la responsabilidad ulterior si es que esta no proviene de la una ley específica, menos aun restringir el derecho de libertad de expresión sin una proporcionalidad adecuada entra la sanción y la infracción.

3.3. Caso Herrera Ulloa Vs. La República de Costa Rica¹²²

El presente caso hace alusión a un ejemplo más de cómo la responsabilidad ulterior consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es excesivamente ejecutada en virtud de las alegaciones de violaciones contra los derechos de la personalidad, que se encuentran penalizados como delitos de calumnias e injurias.

¹²² Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107 documento disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> consultado el 20 de abril del 2008.

El señor Herrera Ulloa es un periodista de más de doce años de experiencia dentro del Periódico la Nación y se encontraba en el área de asuntos políticos al momento que publicó siete artículos, todos en diferente fecha, que contenía:

Información publicada en cuatro periódicos de primer orden y prestigio de Bélgica sobre el señor Félix Przedborski, quien en ese momento fungía como Embajador de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica. La información publicada por la prensa en Bélgica involucraba al señor Przedborski en el más grande escándalo financiero, político y militar en la historia de ese país. Los distintos periódicos belgas relacionaban al señor Przedborski con un oscuro negocio de comisiones ocultas que habían sido pagadas por la venta de helicópteros de combate, de lo cual resultó asesinado el Vice-Primer Ministro belga, André Cools. En medio de la investigación que había sobre el mencionado tema en Bélgica, apareció el nombre del señor Félix Przedborski relacionado con un lío fiscal multimillonario en Alemania y en Bélgica, y con distintos tráficos ilegales.¹²³

En virtud de este acontecimiento el periodista Herrera fue condenado penalmente por cuatro delitos, en virtud de una publicación de ofensas en la modalidad de difamación, siendo la sanción establecida en multa obligando también a resarcir los respectivos daños indemnizatorios civiles por la existencia de daño moral que se imputaron igualmente al periódico La Nación; también se exigía eliminar el vínculo de la página web del periódico en donde se encontraba las publicaciones del aparente ofendido y crear un link en donde aparezca la sentencia penal contra el periodista advirtiéndole que el incumplimiento de esta disposición recaería como desobediencia de autoridad. A su vez, se pedía que la sentencia condenatoria sea publicada en el periódico La Nación y que sea inscrita en el Registro Judicial de Delincuentes.

El Tribunal Penal respectivo al momento de dictar su veredicto no consideró la diligencia que tanto el periodista como el medio de comunicación social La Nación realizaron antes de publicar la información, en donde existió una corroboración de hechos reales con datos objetivos, teniendo la información publicada una consideración de veracidad y su divulgación tuvo como único fin el informar a la ciudadanía de los

¹²³ *Ibíd.*, Testimonio de Mauricio Herrera Ulloa.

acontecimientos de un funcionario que representa su país en una Organización, tema completamente de interés público que puede ser noticiable.

Lo interesante de este caso es como la sentencia penal en la que se atribuye responsabilidad al periodista en virtud del ejercicio de su derecho de libertad de expresión es excesiva para la aparente infracción cometida, si bien un daño genera su debido resarcimiento, no es dable que la compensación del daño sea generar perjuicio al agente que cometió el ilícito como sucedió en este caso, porque las solicitudes requeridas afectaban su derecho a la honra, imagen y reputación que el señor Herrera también tiene garantizado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos menciona que si bien existen restricciones al ejercicio del derecho de libertad de expresión en virtud de las responsabilidades ulteriores, es preciso optar por aquellas que generen un menor grado de restricción para no vulnerar los preceptos normativos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual es vinculante y obligatorio para todos los Estados miembros. De esta forma el Estado de Costa Rica violó el derecho de libertad de expresión porque sancionó la publicación de hechos noticiables referente a una persona de relevancia pública, la cual genera un interés público dentro del sistema democrático de ese país.

Es preciso aclarar que el contenido de las publicaciones no tenía información calumniosa ni falsa sino que se remitía a la información previamente analizada y corroborada con datos objetivos, que los diarios europeos sostenían sobre la vinculación del funcionario y ciertos hechos ilícitos. Si bien no se puede presumir que la información publicada era completamente veraz ya que es difícil determinar la verdad absoluta, consta de la diligencia del periodista como la del medio de comunicación social la exactitud en la información publicada.

El pago de multas o de indemnizaciones de daños y perjuicios es una forma de aplicar la responsabilidad ulterior en donde no se restringe en gran medida el ejercicio de la libertad de expresión, pero lo inadmisibles es que se trate de perjudicar a los agentes por cumplir con su función de informar, es por esto que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Corte Europea de Derechos Humanos exhortan que si bien

se da paso a la responsabilidad ulterior esta no puede ser excesiva y mucho menos restrictiva del ejercicio del derecho de libertad de expresión.

3.4. Caso Ricardo Canese Vs. La República de Paraguay¹²⁴

El señor Canese fue Concejal de la ciudad de Asunción en el año 1991 representando al movimiento ciudadano Asunción para Todos, terminada su respectiva gestión, se lanzó como postulante para la Presidencia de la República en el año 1993. El otro postulante Juan Carlos Wasmosy era del partido contrario Colorado, siendo éstas elecciones de suma importancia en la historia de Paraguay porque este Estado estuvo bajo el régimen dictatorial 35 años y éste paso de transición era completamente decisivo.

El señor Canese fue entrevistado por dos diarios de la nación sobre la candidatura de su oponente, transcurrido una semana salieron las publicaciones en los diferentes medios de comunicación social en los que manifestó su opinión: Wasmosy [...] pasó desde el estado de quiebra que se encontraba a la más espectacular riqueza, gracias al apoyo que le brindó la familia del dictador, y que le permitió ser el presidente de CONEMPA, el consorcio que gozó el monopolio por parte paraguaya, de las obras civiles principales de Itaipú.

En virtud de estas expresiones, el señor Canese fue víctima de un juicio penal por injurias y difamaciones condenándolo a prisión de cuatro meses, con multas e indemnizaciones en el ámbito civil, a más de restricción de salida del país hasta que no cumpla con la sentencia establecida.

Las opiniones que se generan en épocas electorales respecto de los diferentes postulantes deben ser tomadas con un mayor grado de tolerancia, si bien hemos manifestado que las personas de relevancia pública no tienen el mismo nivel de protección en sus derechos de la personalidad que aquellos individuos particulares, el

¹²⁴ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, documento disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, consultado el 27 de abril del 2008.

riesgo de crítica y comentarios desaprobatorios a los que normalmente están expuestos, aumenta en aquellas personas que forman parte de un proceso electoral como candidatos a elecciones presidenciales. En virtud de este aspecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos manifestó:

En el presente caso, las declaraciones por las que el señor Canese fue querellado, efectuadas en el marco de la contienda electoral y publicadas en dos diarios paraguayos, permitían el ejercicio de la libertad de expresión en sus dos dimensiones. Por un lado permitían al señor Canese difundir la información con que contaba respecto de uno de los candidatos adversarios y, por otra parte, fomentaban el intercambio de información con los electores, brindándoles mayores elementos para la formación de su criterio y la toma de decisiones en relación con la elección del futuro Presidente de la República.¹²⁵

La responsabilidad ulterior que se aplica en este caso en virtud de las sanciones penales son completamente excesivas dadas las circunstancias de los hechos. Como se ha mencionado en el desarrollo de la investigación, la aplicación de la responsabilidad ulterior siempre va a generar limitaciones al ejercicio del derecho de libertad de expresión, pero lo que se busca es que se trate de crear la mínima restricción a este derecho, lo cual no implica que se deje libre de sanción al ilícito cometido.

En el presente caso se demuestra como la penalización de los delitos de injuria y difamación no es la mejor vía para aplicar la responsabilidad ulterior ya que las sanciones que se tipifican dentro del ámbito penal tienen un alcance más severo en virtud del ilícito generando, de esta forma existe una desproporcionalidad ente el hecho y la sanción.

Las sanciones penales muchas veces pueden ser catalogadas como medios indirectos que restringen la libertad de expresión y si el objetivo de la responsabilidad ulterior es que exista un responsable por la vulneración de los derechos de la personalidad, no acepta que como consecuencia de un ilícito se genere otro ilícito, como es la privación de la libertad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado varias veces que el derecho de libertad de expresión no es catalogado como un derecho absoluto y que las

¹²⁵ *Ibíd.*, párrafo 81.

restricciones al mismo se dan solamente en virtud de la aplicación de la responsabilidad ulterior, por lo que abusar de la aplicación del mismo genera, contraposiciones con los principios de la Convención Americana sobre derechos Humanos.

Debido a las circunstancias del presente caso, la Corte estima necesario analizar detalladamente si para aplicar la responsabilidad ulterior al señor Canese por sus declaraciones, se cumplió con el requisito de necesidad en una sociedad democrática¹²⁶. El Tribunal ha señalado que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión¹²⁷.

Se comprueba por ende que en el presente caso la aplicación de las sanciones por el delito de injurias y difamación fueron completamente excesivos, por lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución del presente caso, determinó que el Estado de Paraguay viola el derecho de la libertad de expresión.

3.5. Caso Ing. León Febres Cordero Ribadeneyra contra Dr. Rodrigo Fierro

Nuestro sistema Penal en virtud del delito de injurias aplica sanciones que también generan restricciones al derecho de libertad de expresión. La sociedad ecuatoriana no tiene conciencia de la importancia que implica la protección de los derechos humanos como elemento fundamental de un Estado democrático.

¹²⁶ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa*. Op. Cit. párrafo 120.

¹²⁷ Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese*, Sentencia del 14 de septiembre de 2004 , párrafo 96

El ejercicio de la libertad de expresión en nuestro país no es un derecho que se garantice en todo su contexto, si bien todos los individuos gozamos de este derecho fundamental, son reiteradas las ocasiones en las que se nos lo trasgrede.

El Dr. Rodrigo Fierro publicó en el diario El Comercio un editorial en el que atribuía responsabilidad al Ing. León Febres Cordero Ribadeneyra de la quiebra bancaria, económica, financiera y política del país. Este editorial lo condenó en virtud del delito de injurias a una pena de treinta días de prisión, una multa de 6 dólares y las respectivas indemnizaciones de daños y perjuicios.

Los medios de comunicación social o los periodistas, editores, columnistas, etc., tienen garantizado el ejercicio de la libertad de expresión en la que pueden difundir, manifestar o reproducción cualquier información, opinión o en sí cualquier comentario respecto de los diferentes acontecimientos que se suscitan dentro de la cotidianidad. Pero el reconocimiento de este derecho no implica que amparados bajo esta protección se puede dañar el honor, la reputación, nombre o la imagen de una persona.

El tipo penal de la injuria exige la existencia del animo injurandi, es decir, para que exista el ilícito se debe tener el ánimo y la conciencia de generar el daño. Las injurias y las calumnias no se miden dentro del contexto en sí de las palabras sino que todo proviene del dolo. Es por esto que dentro del ámbito penal no se puede dar el caso de responsabilidad objetiva como sucede en la doctrina civil en la que no importa la intencionalidad sino el daño.

Si bien puede existir una vulneración a los derechos de la personalidad, la pena de privación de la libertad no deja de ser restrictiva para el ejercicio de la libertad de expresión. La tendencia despenalizadora de las sanciones contra la honra no tiene como fin dejar sin sanción al responsable del perjuicio generado, sino que busca medidas alternativas como las acciones civiles en las que la restricción al derecho de libertad de expresión sea menor. Dentro del análisis en el Recurso de Casación interpuesto, se sostiene que la prevalencia del derecho de honor sobre la libertad de expresión es lo que da paso a las responsabilidades ulteriores, cuando en virtud de la integralidad de los derechos humanos no prevalece un derecho sobre otro.

Considero que dentro de nuestra legislación interna no se ha estudiado a fondo cuales son los parámetros de la responsabilidad ulterior reconocida por la Organización de Estados Americanos, en donde si bien se garantiza el pleno ejercicio de la libertad de expresión, cuando se afecten derechos de la honra, nombre, y reputación se genera responsabilidades ulteriores que deben estar regulados por la ley interna de cada Estado, teniendo siempre presente que no se admite ningún medio indirecto que restrinja el ejercicio de la libertad de expresión.

La penalización de los delitos contra la honra puede ser catalogada como medio de restricción indirecta, ya que ante la amenaza de la privación de la libertad los medios de comunicación se limitan a difundir información de interés público relevante. Sucede además, que las personas que desempeñan un cargo público o que por su condición de poder, fama o notoriedad les genera un status diferente, no conocen del nivel de tolerancia que deben mostrar frente los comentarios, críticas, o muchas veces injurias que se publican de ellos, por lo que la gran mayoría de casos de los delitos de injuria en nuestro país es seguido por una persona de relevancia pública.

Si no se generan mecanismos adecuados para establecer la responsabilidad ulterior de los medios de comunicación social no solamente se vulnera un derecho fundamental sino que se deja de promover y garantizar la democracia.

3.6. Caso Presidente Rafael Correa contra Presidente de La Hora, Francisco Vivanco Riofrío.

El 9 de Marzo del 2007 el Diario la Hora publicó un editorial denominado “Vandalismo Oficial” en el que se detallaban los incidentes suscitados fuera del Congreso Nacional Ecuatoriano en relación a la agresión a los diputados destituidos. En la editorial en cuestión, se vertió una opinión sobre la forma de gobernar de Rafael Correa y se manifestó, “Esta política que sale de la Presidencia y que pretende gobernar con tumultos,

pedras y palos es vergonzosa para el Mandatario que se ufana de ser un hombre respetuoso de las opiniones de los demás”.¹²⁸

Acto seguido, el Presidente Rafael Correa solicita que el medio de comunicación social se rectifique por las opiniones emitidas, enviando una carta en la que sostiene, “El gobierno se ve en la obligación de advertirle que sus afirmaciones, en las que se acusa sin pruebas a la Presidencia, de instigar actos delictivos, son inadmisibles y superan los límites de la libertad de opinión y prensa, por lo que el Ejecutivo le exige que proceda a rectificar el editorial”. El Diario la Hora en respuesta a la carta del gobierno, manifiesta que “el gobierno confunde la información con la opinión y la responsabilidad gubernamental y política con la persona del presidente, instancias que en un estado social de derecho, como define al nuestro la Constitución, son distintos”.¹²⁹

El Diario la Hora no realizó la rectificación solicitada, razón por la cual el Presidente de la República Rafael Correa el 10 de mayo del 2007 demandó penalmente por delito de desacato al Presidente de La Hora. Si bien la causa sigue en curso, consideró que los elementos relacionados con la libertad de expresión y opinión vertidos por el Presidente de la República y por el diario la Hora, son materia de análisis.

El gobierno menciona que la publicación realizada supera los límites de la libertad de expresión y opinión, en el desarrollo de esta investigación hemos dicho que la única limitación de este derecho fundamental es el derecho de otros. La opinión que se publicó en virtud de la forma de gobierno del Mandatario no trasgredió derechos a terceros, al contrario el medio de comunicación social estaba cumpliendo con su función de informar, vertiendo opiniones sobre hechos noticiables que se suscitan en la sociedad ecuatoriana y los cuales son pertinentes para asegurar el desarrollo de una sociedad democrática, siendo por lo tanto la afirmación Presidencial incorrecta.

El gobierno actual ha empezado una campaña en contra de los medios de comunicación social y periodistas, exhortando a la ciudadanía a demandarlos por

¹²⁸ El Universo, Política, Cronología: el Juicio La Hora, Mayo 16 del 2007, documento disponible en <http://archivo.eluniverso.com/2007/05/16/0001/8/8AA43FE5D02244E888B15880B0EAA0D1.aspx> consultado el 1 de mayo del 2008.

¹²⁹ Ibid.

cualquier publicación que atente contra la verdad, la aplicación de la responsabilidad ulterior al derecho de libertad de expresión no puede ser vista como un mecanismo para evitar que los medios de comunicación dejen de informar.

El Presidente de la República no puede demandar a los medios de comunicación social por opiniones vertidas respecto de su gobierno, el delito de desacato tipificado en los artículos 230, 231 y 232 de Código Penal¹³⁰ es una media restrictiva al ejercicio del derecho de libertad de expresión. La existencia de estos preceptos legales no permite el desenvolvimiento pleno de una sociedad democrática, ya que si concurren noticias relevantes respecto de los Poderes del Estado, las opiniones vertidas sobre éstos como la publicación o difusión de los mismos hechos noticiables, van a ser catalogados como atentatorios contra la imagen y honra de los funcionarios públicos, cuando realmente el objetivo es transmitir a la sociedad con un fin informativo las actuaciones del Estado y sus delegados, generando transparencia en el cumplimiento de sus funciones estatales.

Los medios de comunicación social tienen el deber de informar a la sociedad ecuatoriana todos los acontecimientos relevantes de interés público, no se puede en virtud del poder y de normas penales, restringir el derecho de libertad de expresión.

Se puede asumir que el juicio penal iniciado concluirá con una sentencia condenatoria de privación de la libertad y una vez más las sanciones penales pondrán limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión.

¹³⁰ Código Penal, **Art. 230.-** El que con amenazas, amagos o injurias, ofendiere al Presidente de la República o al que ejerza la Función Ejecutiva, será reprimido con seis meses a dos años de prisión y multa de ciento a quinientos sucres. **Art. 231.-** El que con amenazas, injurias, amagos o violencias, ofendiere a cualquiera de los funcionarios públicos enumerados en el **Art. 225**, cuando éstos se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, será reprimido con prisión de quince días a tres meses y multa de cincuenta a trescientos sucres. Los que cometieren las infracciones detalladas en el inciso anterior contra otro funcionario que no ejerza jurisdicción, serán reprimidos con prisión de ocho días a un mes. **Art. 232.-** El que faltare al respeto a cualquier tribunal, corporación o funcionario público, cuando se halle en ejercicio de sus funciones, con palabras, gestos o actos de desprecio, o turbare o interrumpiere el acto en que se halla, será reprimido con prisión de ocho días a un mes

CONCLUSIONES

1. Con el transcurso de la evolución histórica, la concepción de “derechos” fue teniendo importancia para el desarrollo del hombre en una sociedad. El ser humano goza actualmente de una plenitud de derechos que le garantiza el ejercicio de sus libertades. Los derechos humanos son inalienables e inherentes a las personas, entendidos como normas de derecho, para poder exigir, garantizar y proteger la no vulneración de los mismos.
2. La libertad de expresión, es un derecho fundamental, reconocido en Declaraciones y Convenios sobre Derechos Humanos, garantiza la manifestación libre y sin restricción de los pensamientos, ideas y opiniones que se desarrollan en los seres humanos por ser individuos meramente racionales.
3. La libertad de expresión involucra la libertad de opinión, entendida como la potestad que tienen las personas de expresar, declarar y manifestar las diferentes ideas, juicios de valor, creencias, pensamientos y opiniones por cualquier medio que facilite su exteriorización. Envuelve también a la libertad de información como una vinculación importante de este derecho, ya que a través de esta libertad, se accede, recibe y difunde información noticiable de interés público.
4. La actividad informativa que se deriva del ejercicio de la libertad de expresión es atribuible a los medios de comunicación social o aquellas personas que están relacionados con ésta labor periodística (editores, columnistas, investigadores, etc.). Los medios de comunicación social tienen la obligación de ser diligentes al momento de su trabajo, corroborando los hechos reales de interés público con datos objetivos para obtener como resultado una información de contenido veraz que genere exactitud.
5. Del ejercicio del derecho de la libertad de expresión se ha demostrado que las personas de relevancia pública, por su poder, influencia, fama o notoriedad, son más propensos a vulneraciones a sus derechos de la personalidad y gozan en cierta

forma un grado menor de protección, exigiendo por ende, un nivel mayor de tolerancia respecto de las opiniones, comentarios o información que se publique respecto de ellos.

6. La Constitución Política de Ecuador reconoce y garantiza el ejercicio de los derechos humanos amparados en Tratados y Convenios Internacionales, entendiendo que la ratificación de los mismos, los coloca como normas de nuestro derecho interno. La libertad de expresión es un derecho humano garantizado en nuestra Carta Política, ejercido como un derecho individual con una dimensión social.
7. La vulneración de los derechos ajenos es el límite del ejercicio de la libertad de expresión, de esta forma los medios de comunicación social tienen responsabilidad ulterior por la vulneración de los derechos contra terceros que afecten su honra, imagen, reputación y nombre, teniendo éstos también, el alcance y protección de derechos humanos.
8. La responsabilidad ulterior atribuible a quien ejerza el derecho de libertad de expresión, en virtud del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe estar fijada por ley con el fin de precautelar los derechos de la personalidad, temas de orden público, moral o seguridad nacional. Su tipificación debe ser de forma expresa y específica, garantizando el desarrollo de los preceptos que rigen una sociedad democrática.
9. La libertad de expresión es la herramienta indispensable dentro de una sociedad democrática, promoviendo transparencia y libertad. De esta forma, las restricciones que se puedan generar en aplicación de la responsabilidad ulterior deben ser mínimas.
10. La penalización de los delitos de injuria no son la mejor vía para aplicar la responsabilidad ulterior, las sanciones que se tipifican dentro del ámbito penal tienen un alcance más severo en relación al ilícito cometido. Las sanciones dentro del Derecho Penal son más rígidas que en el Derecho Civil, si se mantiene como única vía de responsabilidad ulterior los juicios penales por delito de injuria, en vez

de reparar el perjuicio cometido por la vulneración de los derechos de la personalidad, se estará restringiendo el ejercicio mismo de la libertad de expresión.

11. Las sanciones penales pueden ser catalogados como mecanismos indirectos que restringen el derecho de la libertad de expresión. La sanción no es proporcional para la infracción cometida y en vez de resarcir el perjuicio como consecuencia de un ilícito, se genera otro ilícito como la privación de la libertad.
12. El derecho de rectificación y respuesta visto como responsabilidad ulterior, solamente deja sin efecto a la publicación realizada, quedando impune el ilícito cometido, siendo necesaria la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual para resarcir el daño ocasionado.
13. Las medidas de acción civil tienen un grado de restricción menor al momento de atribuir responsabilidad a un agente. La publicación de una información de contenido injurioso es un hecho ilícito que afecta los derechos de la honra, imagen, reputación y nombre de una persona. En virtud de la indemnización de daños y perjuicios atribuible por responsabilidad civil extracontractual, se sanciona el ilícito cometido, se repara el daño, y se evita restricción al ejercicio de la libertad de expresión.
14. La importancia de las medidas civiles es evitar que se generen restricciones al ejercicio del derecho de libertad de expresión. La responsabilidad civil extracontractual logra resarcir el daño, manteniendo la esencia misma de la actividad informativa.

RECOMENDACIONES

Para Fomentar el ejercicio y goce de la libertad de expresión en todo su contexto, considero que el concepto y alcance que nuestra Constitución Política brinda a este derecho fundamental, carece de elementos importantes como la veracidad de la información, diligencia de los medios de comunicación o la distinción entre el ciudadano común y la persona de relevancia pública. De esta forma, la recomendación más efectiva caería en la modificación de los preceptos Constitucionales, pero sabiendo que ésta no es una solución mediata, se recomienda soluciones reales que vinculan a la sociedad civil, aunque también se atribuye ciertas recomendaciones al Estado ecuatoriano, de esta forma se recomienda:

- Que el Estado ecuatoriano cumpla con los Tratados y Convenios sobre Derechos Humanos en los que se garantiza el derecho de libertad de expresión y se regula la debida aplicación de la responsabilidad ulterior.
- Que los poderes del Estado permitan el desarrollo de una prensa libre, eliminando el delito de desacato tipificado en el artículo 230, 231 y 232 del nuestro código Penal ya que es atentatorio para la transparencia en una sociedad democrática.
- La promoción de campañas informativas sobre el concepto y alcance de la libertad de expresión con el fin de entender el contexto que envuelve la exteriorización de éste derecho. De esta forma, los medios de comunicación social actuarán con más diligencia, la sociedad civil será más consciente de la importancia de este derecho fundamental y aquellas personas de relevancia pública serán más tolerantes frente a las opiniones vertidas sobre su vida.
- La promoción de campañas concientizadoras, resaltando que el delito de injuria no es el mecanismo más adecuado para atribuir responsabilidad ulterior ya que restringe el ejercicio de la libertad de expresión.
- Que los Medios de Comunicación Social vuelvan a retomar su función de educar y transparentar, para generar una sociedad más libre, igual y pacífica.

BIBLIOGRAFIA

ABELIUK, MANASEVICH, RENÉ, *Las Obligaciones*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

ALESSANDRI, ARTURO, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943.

BADILLA, ANA ELENA, FLORES, FERNANDO, L'ÓPEZ, GUERRA, LUIS, SALGADO, JUDITH, Y VILLANUEVA, ROCIO, *Género y Derecho Constitucional*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2003.

BARRAGAN, MORENO, GIL, *Elementos del Daño Moral*, Editorial Edino, Guayaquil, 1995.

BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del Derecho*, Fondo de cultura económica, México D.F., 1999.

CABANELLAS, DE TORRES, GUILLERMO, *Diccionario Jurídico Elemental*, decimoquinta edición, Editorial Helianista, Buenos Aires, 2001.

CABANELLAS, DE TORRES, GUILLERMO, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Tomo VII, R-S, Buenos Aires, 1981

CHIOSSONE, TULLIO, ORSINI, MELICH Y KUMMEROW, GERT, *Indemnización de Daños y Perjuicios*, Editorial Jurídica Bolivariana, Venezuela, 1998

CÍRCULO DE LECTORES, *Historia Universal Ilustrada Edad Media Siglo XVII*, Volumen I, Editorial Printer Latinoamericana LTDA., Santafé de Bogotá, 2000.

CÍRCULO DE LECTORES, *Historia Universal Ilustrada, Prehistoria Mundo Clásico*, Volumen II, Editorial Printer Latinoamericana LTDA., Santafé de Bogotá, 2000

DE CARRERAS, SERRA, LUIS, *Régimen Jurídico de la Información, periodistas y medios de comunicación*, Ariel derecho, Barcelona, 1996.

DIEZ, SCHWERTER, JOSÉ, LUIS, *El Daño Contractual*, jurisprudencia y doctrina, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997

EKMEKDJIAN, MIGUEL, ANGEL, *Derecho a la Información, Reforma Constitucional y Libertad de Expresión*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996

FARISH, LEAH, *The first amendment, freedom of speech, religion and the press*, Enslow Publishers, Springfield, Union County N.J., 1998.

FISS, OWEN, *La Ironía de la Libertad de Expresión*, Gedisa Editorial, Barcelona, 1999.

FONTAN, BALETRAS, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal, I Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

FRALEIGH, M. DOUGLAS Y TUMAN, S. JOSEPH, *Freedom of speech, in the marketplace of ideas*, St. Martins Press, New York, 1997

GAVIRIA, CARLOS, *El Estado Social de Derecho y la Presión Política por el cambio*, FORO Revista de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2007.

GHERSI, CARLOS, ALBERTO, , *Valuación Económica del daño moral y psicológico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000.

HERDEGEN, MATTHIAS, *Derecho Internacional Público*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Mexico D.F., 2005

HERRENDORF, *Los Derechos Humanos ante la Justicia, garantía de la libertad innominada*, Abelado-Perrot, Buenos Aires, 1998.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Periodismo, derechos humanos y control del poder político en Centroamérica*, Jaime Ordoñez editor, San José de Costa Rica, 1994.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo IX, R-S, Buenos Aires, 2005,

HERVADA, JAVIER, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Editorial Temis S.A., Santafé de Bogotá, 2000.

KELSEN, HANS, *¿Qué es justicia?*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2001.

MOLINEROS, CESAR, *Libertad de Expresión Privada*, A.T.E, Barcelona, 1981.

MARX KARL Y FRIEDRICH. ENGELS, *Manifiesto Comunista*, Ciencia Política Alianza Editorial, Madrid, 2005.

MOSSET, JORGE Y LORENZETTI RICARDO, Revista de Derecho De Daños, *Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, volumen 2, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.

MOSSET, JORGE Y LORENZETTI RICARDO, Revista de Derecho De Daños, *Cuantificación del Daño*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2001.

NINO, CARLOS, SANTIAGO, *Los Límites de la Responsabilidad Penal, Una Teoría Liberal del delito*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1980.
Océano, *Diccionario Enciclopédico Océano Uno*, Editorial Océano, Madrid, 1995

PACHECO, MÁXIMO, *Teoría del Derecho*, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990.

PARRAGUEZ, RUIZ, LUÍS, *Manual de derecho civil ecuatoriano, personas y familia*, volumen I, Universidad técnica particular de Loja, cuenca, 1999.

PELAYO, GARCIA *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

REVISTA DE DERECHO DE DAÑOS, *Responsabilidad del Principal*, volumen I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.

SAAVEDRA , LÓPEZ, MODESTO, *Libertad de Expresión en el Estado de Derecho* , entre utopía y la realidad, Ariel Derecho, Barcelona 1987

SESSAREGO, CARLOS, FERNÁNDEZ, *Abuso del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

SQUELLA, NARDUCCIO, AGUSTÍN, *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

DOCUMENTOS EMPLEADOS

Corte IDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derecho Humanos Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 Serie A No. 2, párrafo 29. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>, consultado el 3 de abril del 2008

Corte IDH, Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86, 29 de agosto 1986, (Ser. A) No. 7 (1986) <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>, consultado el 25 de abril del 2008.

Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas , supra nota 2, parr. 46. y CIDH, Informe sobre la Incompatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 Rev. (1995) 17 de febrero de 1995 documento disponible <http://www.cidh.org/Relatoria/showarticle.asp?artID=442&lID=2>, consultado el 5 de abril del 2008

Declaración de Derechos de Virginia, adoptado por el Estado de Virginia el 12 de junio de 1776 documento disponible en <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html>, consultado en enero 15 del 2008

Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por los miembros de la Asamblea Constituyente Francesa del 17 al 26 de agosto de 1789, documento disponible en <http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm> consultado el 13 de abril del 2008

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión" aprobada por la Comisión Interamericana durante su 108º período ordinario de sesiones en octubre del año 2000, principio No. 10 <http://www.cidh.org/Relatoria/showarticle.asp?artID=26&lID=2>, consultado el 26 de abril del 2008.

Declaration of Independence, July 4 ,1776. Documento disponible en http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html, consultado el 3 de abril del 2008

El Universo, Política, Cronología: el Juicio La Hora, Mayo 16 del 2007, documento disponible en <http://archivo.eluniverso.com/2007/05/16/0001/8/8AA43FE5D02244E888B15880B0EAA0D1.aspx> consultado el 1 de mayo del 2008.

Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2000, documento disponible en <http://www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=136&IID=2>, consultado el 23 de abril del 2008.

PONCE, *Integralidad y progresividad de los derechos: Los derechos Civiles y Políticos, Económicos, Sociales y Culturales: Los Derechos de los Niños*, mimeo, USFQ, 2002

Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena 14 a 25 de Junio de 1993, documento disponible en [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument), consultado en marzo 26 del 2008.

RICARDO, NOBOA Y XAVIER. FLORES, *Entre la Libertad de Expresión y el Derecho a la Honra: Un análisis desde el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y garantías judiciales reconocidas en las Constitución Política del Estado*, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, disponible en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=115&Itemid=39, consultado el 4 de abril de 2008.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EMPLEADOS

Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. documento disponible en

http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americanana_derechos_humanos.html, consultado en abril 5 del 2008.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Adoptado por el Consejo de Europa el 4 de Noviembre de 1950 en la ciudad de Roma. documento disponible en

<http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>, consultado en febrero 6 del 2008.

Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, Viena 23 de mayo de 1969, ratificada por el Ecuador el 10 de Abril de 1990, documento disponible en <http://www.cajpe.org.pe/rij/BASES/Sinternacional/convencionviena.htm>, enero 15 del 2008.

Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá-Colombia, 1948. documento disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/ag-res98/res1591.htm>, consultado en abril 15, 2008

Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre documento disponible en <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>. 26 consultado en febrero 14 del 2008.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrita en New York el 19 de diciembre de 1966,, documento disponible en http://constitucion.rediris.es/legis/1966/tr1966-12-19_derechos_civiles_y_politicos.html, consultado en febrero 13 del 2008.

RESOLUCIONES JUDICIALES INTERNACIONALES

Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No 73. documento disponible en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/>, consultado en marzo 10 del 2008

European Court of Human Rights, Case of Dichand and others v. Austria, (*Application no. 29271/95*), STRASBOURG, 26 February 2002, document disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Court%20%7C%20H.R.%2C%20%7C%20Case%20%7C%20of%20%7C%20Dichand%20%7C%20others%20%7C%20v.%20%7C%20Austria%2C&sessionid=7446888&skin=hudoc-en>, consultado el 25 de abril del 2008.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54. Documento disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, consultado el 27 de abril del 2008.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107 documento disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> consultado el 20 de abril del 2008.

Informe No. 22/94 Caso 11.012 Argentina, Solución Amistosa, (Verbitsky), documento disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1844/16.pdf>, consultado el 30 de abril del 2008.

Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, documento disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, consultado el 27 de abril del 2008.

RESOLUCIONES JUDICIALES INTERNAS

Resolución No. 20 de 2004, Publicado en Registro Oficial 411, 1-IX-2004

Resolución No. 79 de 2003, Publicado en Registro Oficial 87, 22-V-2003

Resolución No. 31 de 2002, Publicado en Registro Oficial 43, 19-III-2003

Resolución No. 501 de 2000, Publicado en Registro Oficial 284, 14-III-2001.

Resolución No. 334 de 1999, Publicado en Registro Oficial 257, 18 –VII-1999.

Resolución No. 393 de 1998, Publicado en Registro Oficial 140, 27-III-1999.

Resolución No. 20 de 2004, Publicado en Registro Oficial 411, 1-IX-2004

Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Penal, Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5091. (Quito, 29 de octubre de 2004)