



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

CARRERA: DERECHO

Tesis previa a la obtención del título de:

Abogada de los tribunales de la república del Ecuador.

“Reproche de antijuridicidad material en el delito de calumnia cuando está de por medio el honor de un servidor público y la libertad de prensa”

Autora:

María Paz Rodríguez

Director:

Dr. Juan Carlos Salazar

CUENCA-ECUADOR

2022-2023

DEDICATORIA

Dedico el resultado de este trabajo a toda mi familia, pero por sobre todo a:

A mis padres Hernán y Lorena quienes han estado conmigo en cada momento, en los buenos y malos, en las tristezas y alegrías. Gracias por haberme apoyado para tener una carrera para mi futuro y por sobre todo gracias por creer en mí. Gracias por enseñarme a afrontar las dificultades sin perder nunca la cabeza ni morir en el intento. Este trabajo es por y para ustedes que nunca dejaron que me dé por vencida ni dejaron que me rinda en este caminar porque me brindaron todo su amor y apoyo incondicional. Ustedes, mis queridos padres son la razón por la que ahora soy una persona de bien, ustedes me han dado los principios, valores y herramientas que me han guiado en cada uno de mis pasos, siempre enseñando con una dosis enorme de amor y sin pedirme nunca nada a cambio.

A mis hermanos Adrián y José gracias por estar conmigo y apoyarme siempre, los quiero mucho.

A mis abuelos Ximena y Juan por su amor tan sincero, este trabajo es para ustedes.

A mi tía Catalina por ser como una segunda madre, por escucharme y alentarme a seguir adelante. Mil gracias.

A mis abuelas Isaura, Carmela y Juana que, aunque ya no estén conmigo, sé que sus almas siguen aquí y estoy convencidas que desde el cielo me miran orgullosas, los llevo siempre en el corazón.

A mi prima Sofía, hemos compartido tantas cosas maravillosas, has estado conmigo en mis peores momentos y nunca me has dejado sola, tus palabras en los momentos más oscuros fueron una luz, tú que has escuchado cada una de mis lágrimas por todo el apoyo que me has dado para continuar y seguir con mi camino, gracias por estar conmigo.

A mi prima Bernarda por su cariño sincero y su apoyo genuino.

A mis amigas Camila, Nathalia, Elissa, Gabriela, Samantha, Melanie, Melissa, Milagros, Brenda; muchas gracias por estar conmigo en todo este tiempo donde he vivido momentos felices y tristes. Les agradezco a todos ustedes el haber llegado a mi vida.

A Sebastian por llegar ser mi apoyo, mi compañero, por amarme y hacerme sentir especial. Por convertirte en mi compañero de vida, mi pareja, mi amigo y mi ser especial.

En este momento que termina una etapa de mi vida, agradezco que cada uno de ustedes haya formado parte de este caminar, sin ustedes no hubiera llegado a donde estoy por eso este trabajo les dedico a todos. Los quiero mucho.

*Quiero agradecer principalmente al Dr. Juan Carlos Salazar por confiar en mí, por su
paciencia y por su ayuda incondicional.*

*Agradezco al Abg. Iván Ulloa y al Lcdo. Ricardo Tello por su contribución al presente
trabajo.*

*Un agradecimiento a todos aquellos que fueron parte de este caminar, a mis docentes de la
carrera por impartirme tanto conocimiento.*

AGRADECIMIENTO

*Es la hora de partir, la dura y fría hora que la noche sujeta a todo horario.
(Pablo Neruda)*

RESUMEN

La presente investigación aborda la tensión que existe entre la antijuridicidad material en el delito de calumnia frente al ejercicio periodístico respecto al honor a un servidor público y la libertad de prensa; para ello se utilizará la metodología cualitativa con la utilización del análisis de contenido y el método hermenéutico. Se dará un análisis actualizado, recurriendo a diversas fuentes documentales y personales, para establecer los parámetros que nos permiten resolver el problema de la ausencia antijuridicidad material en el delito de calumnia cuando estamos ante el honor de un servidor público y el ejercicio a la libertad de prensa.

Se presentará una comparación entre las diferentes convenciones y normas para la defensa del derecho a la honra de un servidor público en oposición a las normas que garantizan la libertad de expresión y el ejercicio del periodismo.

Palabras claves: libertad de expresión, antijuridicidad, honor, servidor público, periodista.

ABSTRACT

The present research addresses the tension that exists between the material antijuridicity in the crime of slander against the journalistic exercise regarding the honor of a public servant and the freedom of the press; for this purpose, the qualitative methodology will be used with the use of the content analysis and the hermeneutic method. An updated analysis will be made, resorting to diverse documentary and personal sources, to establish the parameters that allow us to solve the problem of the absence of material antijuridicity in the crime of slander when the honor of the public servant and the exercise of freedom of the press are involved.

A comparison will be made between the different conventions and norms for the defense of the right to honor of a public servant, as opposed to the norms that guarantee freedom of expression and the exercise of journalism.

Key words: freedom of expression, antijuridicity, honor, public servant, journalist.

Translated by:



María Paz Rodríguez

INDICE

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
RESUMEN	4
INTRODUCCION.	8
CAPITULO PRIMERO: LIBERTAD DE EXPRESION Y ROL DEL PERIODISTA...	10
1.1. La libertad de expresión en la Constitución de 2008.....	10
1.2. La libertad de expresión como uno de los derechos de la comunicación.	16
1.3. La Ley de Comunicación y su régimen de sanciones.	25
1.4. El periodismo y la sociedad.	32
CAPITULO DOS: LA CALUMNIA.	35
2.1. El delito de calumnia evolución histórica.	35
2.2. La calumnia en el Código Orgánico Integral Penal.	40
2.3. La antijuridicidad formal y material en el delito de calumnia.....	47
2.3.1. Antijuridicidad formal.	49
2.3.2. Antijuridicidad material.	50
2.4. Los elementos subjetivos del delito de calumnia.....	52
2.5. Elemento subjetivo del tipo.	53
CAPÍTULO TRES: CRITERIOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS RESPECTO DEL HONOR DEL SERVIDOR PÚBLICO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DURANTE EL EJERCICIO DE LA LABOR PERIODÍSTICA.....	57
3.1. Análisis de la primacía de derechos.	57
3.2. Análisis del estándar de la real malicia y su introducción en la legislación ecuatoriana.	61
3.2.1. ¿Quiénes son servidores públicos o qué sujetos se les puede aplicar esta doctrina?	66
3.2.2. ¿Cuál es el grado de la temeraria despreocupación por la verdad que debe estar presente?	67
3.2.3. ¿Cuál es la diferenciación entre los hechos que pueden llegar a ser verdaderos o falsos y la simple manifestación de opiniones?	69
3.3. El caso León Febres Cordero vs. Rodrigo Fierro: la primera vez que se menciona la real malicia en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.....	72
3.4. La real malicia en una sentencia vinculante: caso Diario La Hora.	73

3.5. Aplicación del estándar de la Real Malicia: caso No. 01651-2008-0571.	78
3.6. Análisis de lo establecido por la CIDH con respecto a la protección del honor del servidor público.	81
CONCLUSIONES.	85
RECOMENDACIONES.	86
REFERENCIAS.	87
Anexo 1 “ENTREVISTAS TRABAJO DE INVESTIGACIÓN”	91
Entrevista No.1.....	91
Entrevista No. 2.....	96

INTRODUCCION.

En el presente trabajo se tiene un análisis actualizado, que permitieron determinar la imposibilidad de la punición por la ausencia de la antijuricidad material en la comisión del delito de calumnia, durante el ejercicio de la actividad periodística cuando se habla de la honra de un servidor público.

El derecho al honor y al buen nombre se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, Art. 66 Numeral 18. Justamente, con el fin de proteger el bien jurídico del honor y el buen nombre nuestra actual legislación en el Art. 189 del COIP contempla el delito de calumnia que atenta contra este derecho; sin embargo, a pesar de que el tipo penal se halla debidamente establecido, durante el ejercicio del periodismo y del derecho a la libertad de expresión, las noticias publicadas y difundidas por los diferentes medios no emplean un lenguaje jurídico apropiado, a veces por falta de conocimiento y formación.

Es importante entender que la antijuricidad es el acto típico contrario al ordenamiento jurídico más la puesta en peligro o lesión bien jurídico protegido. Teniendo esta situación categórica dogmática previa en el caso de su aplicación práctica a reglón seguido surge una oposición y una problemática jurídica con respecto al delito de calumnia, ya que existe la contraposición de dos derechos, por una parte, el derecho a la libertad de prensa que tiene que ser visto desde una perspectiva activa y pasiva; activa porque el periodista tiene el derecho a informar y pasiva porque los ciudadanos tienen derecho a ser informados, pero por otra parte se tiene el derecho al honor de un funcionario o servidor público cuyo bien jurídico se encuentra en una categoría diversa, dado que este está sometido al escrutinio público. Por tanto, en el ejercicio de la actividad periodística podría decirse que el delito de calumnia es un acto típico, pero no contrario al ordenamiento jurídico.

Se presenta un análisis comparado entre las diferentes convenciones y normas para la defensa del derecho a la honra de un servidor público en oposición a las normas que garantizan la libertad de expresión y el ejercicio del periodismo. También se integran los enfoques de profesionales del derecho sobre el delito de calumnia y profesionales de la comunicación.

CAPITULO PRIMERO: LIBERTAD DE EXPRESION Y ROL DEL PERIODISTA.

1.1. La libertad de expresión en la Constitución de 2008.

El discurso sobre la Libertad de Expresión es extenso y apasionante. Una inabarcable lista de autores ha debatido sobre el concepto y estas dos palabras están estrechamente relacionadas en sus sentidos más extensos con la vida misma, porque sin libertad de expresión, esta no podría manifestarse.

También se escribe y discute con pasión sobre deontología, el significado de periodista, las libertades asociadas y un largo etc. Para el propósito de esta tesis trataré de enfocar primero, que se entiende de manera más precisa o exacta por Libertad de Expresión y cuál es el rol del periodista, su deber ser, dentro del marco, del ámbito de esta libertad.

En el proceso histórico de este concepto democrático, a nivel mundial es un paradigma la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados para el caso Times contra Sullivan, sobre todo la opinión del Juez Brennan, ya que la decisión se convirtió en un imperativo categórico para otras legislaciones y códigos de conducta moral por todo el mundo y contribuyó al desarrollo de teorías como la “real malicia”, pero esta cuestión se abordará más adelante.

Al otro extremo, en las antípodas de una decisión como en el caso Times contra Sullivan, se halla en el Ecuador el caso Correa contra Diario El Universo, que es un ejemplo de lo que puede pasar con la libertad de expresión, cuando la justicia es manipulada desde el poder para conseguir una sentencia favorable por calumnia en contra de un funcionario público, tema que también será explicado de manera sucinta más adelante.

El caso de Diario el Universo ha sido uno de los más emblemáticos en contra de la prensa de los últimos años en el contexto ecuatoriano. El caso empieza a tomar impulso cuando en el año 2011 el columnista Emilio Palacio, director de opinión de Diario El Universo, publica un editorial titulado “No a las mentiras” que contenía una serie señalamientos al entonces presidente Rafael Correa, por las órdenes que este había impartido para controlar la asonada policial de septiembre de 2010. Por el mencionado artículo de opinión, Correa demandó al periodista y al medio de comunicación por injurias calumniosas graves y la sentencia le fue favorable. Los propietarios del Diario y el periodista Palacio llevaron el caso a organismos de defensa de los derechos humanos y tribunales internacionales. Hasta la presente fecha, los demandados han logrado dos sentencias favorables a la libertad de expresión en cortes internacionales, contradiciendo lo resuelto por la justicia ecuatoriana.

El primer fallo fue de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH, con sede en San José de Costa Rica), del 22 de diciembre de 2021, que responsabilizó al gobierno ecuatoriano por la violación del derecho a la Libertad de Expresión de los demandados e impuso a Ecuador una reparación integral y la anulación de la sentencia por injuria a favor de Emilio Palacio y los directivos de Diario El universo.

El segundo fallo en contra de Ecuador y del gobierno de Rafael Correa es del Comité de Derecho Humanos de la ONU, del 30 de noviembre de 2022, que ratifica lo actuado por la CIDH en sentido de que la sentencia ecuatoriana contra Diario El Universo es un atentado contra la libertad de expresión y reclama además la protección judicial efectiva, derechos que se hallan protegidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 19 y 2.3, acuerdo ratificado por Ecuador. El Comité da un plazo de 180 días para el cumplimiento su disposición y menciona que la libertad de expresión y de información es

fundamentales para toda sociedad libre y democrática, que robustecen la importancia de los derechos de la comunicación dentro de todo estado de democrático.

El Comité señala con claridad que la SUPERCOM realizó una interpretación extensa de la Ley de Comunicación al establecer que la columna de opinión escrita por Emilio Palacio y publicada en Diario El Universo puede llegar a afectar el derecho a la reputación de una persona.

Con estas dos sentencias queda evidenciada la importancia que tiene la libertad de expresión dentro del contexto social y que esta debe ser libre y sin censura bajo el pretexto de un “posible atentado” a los derechos a la reputación, el honor y el buen nombre. Es claro y evidente, con el colofón del caso Diario el Universo, que muchas veces los gobiernos coartan mediante reformas leyes y políticas públicas, la libertad de expresión.

Todas las personas anhelamos y aspiramos a ser escuchadas, que queremos manifestar, expresar nuestras ideas y vivencias, queremos compartir con la sociedad nuestra manera de ver las cosas, nuestra opinión o los diferentes puntos de vista que tenemos sobre un tema en específico.

El derecho a la libertad de expresión tiene un extenso y antiguo desarrollo en la legislación ecuatoriana, que no se quedó al margen de lo que históricamente sucedía con él en otros países y en el Continente. En los albores de la República queda constancia de la disposición del Art. 20 de la Sección Primera de la Constitución Quiteña de Del Estado de Quito y su representación nacional del año 1812:

Art 20.- El Gobierno del Estado se obliga a todos los habitantes de él y les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, y civil: y en su consecuencia declara que todo vecino y habitante en él de cualquier estado, condición, y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos, y sus dictámenes por escrito,

o de palabra, no siendo en materia de Religión, o contra las buenas costumbres, y levantar sus quejas y representaciones al Gobierno guardando sólo la moderación que es necesaria, para la conservación del buen orden. (Constitución Quiteña, art. 20, 1812)

Años después, ya en la primera Constitución del Ecuador como República independiente, separada de la Gran Colombia, la libertad de expresión aparece como un derecho en el Título VIII De los derechos civiles y garantías, de la Constitución de 1830, en el gobierno de Juan José Flores:

Art. 64.- Todo ciudadano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la decencia y moral pública, y sujetándose siempre a la responsabilidad de la ley (Constitución de la República, art. 64, 1830)

Una evolución jurídica sustancial se da con la redacción de este artículo. La Libertad de Expresión no solo se puede manifestar de palabra, o de forma escrita, sino que todo ciudadano es libre de “expresar y publicar” lo que piensa “por medio de la prensa”. Los límites son tres: la decencia, la moral pública y la responsabilidad ante la ley. La activa resistencia del poder en contra de la libertad de expresión, como dos siglos después sucedió con Diario Hoy o Diario El Universo, usando métodos más sutiles, no ha impedido el amplio desarrollo de este derecho a nivel nacional.

La Constitución del año 2008, un texto que es necesario reconocerlo, dio inicio a una revolución de derechos y garantías nunca antes vista en el país, porque se reconoció por primera vez la plurinacionalidad del Ecuador y a la naturaleza se le adjudicaron derechos, expandiendo la acción del Estado a través de políticas públicas hacia dos ámbitos que antes, o en el pasado, habían sido subestimados. Por estos y otros temas incluidos en la última “Carta Magna” es que algunos teóricos del derecho y constitucionalista la tildan de “garantista”.

Para el caso de la libertad de expresión, el concepto y el derecho alcanzan un superlativo desarrollo en la Constitución de 2008 porque esta dio origen por una parte a una Ley Orgánica y por otra a un aparato burocrático enorme, con el fin de controlar y regular este derecho, porque algún genio se dio cuenta que el control del poder se hallaba en la comunicación.

Específicamente el derecho a la libertad de expresión se encuentra regulado en el Capítulo VI, Derechos de Libertad, Art. 66, Numeral 6:

El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones. (Constitución de la República, art 66, 2008)

Importante esta redacción porque habla de todas sus formas y manifestaciones, abarcando de manera general a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, ya no tan solo a los medios tradicionales como prensa, radio y televisión. Hay que notar que incluso resulta una redacción sencilla con respecto a lo que consta en las constituciones que fundan la República de 1812 y 1830.

Pero la situación de la libertad de expresión se complejiza cuando los asambleístas de Montecristi desarrollan e incluyen en el texto constitucional el Capítulo Segundo, derechos del Buen Vivir, Sección Primera, Comunicación e Información, en el Artículo 18, numeral 1, el derecho a:

Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizadas, plural, sin censura previa, acerca de los hechos acontecimientos y procesos de interés general y con responsabilidad ulterior (Constitución, art.18, 2008)

El numeral 2 de mismo Artículo, también es importante citarlo porque dispone que todas las personas (no solo los periodistas) tendrán derecho a:

Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de la información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información (Constitución, art. 18, 2008)

Con estos textos se ve claramente que los derechos de la comunicación y la información y de Libertad de Expresión se han desarrollado en modo superlativo en el Ecuador desde su fundación hasta el presente.

Apuntala más este esquema el Artículo 384 que habla de un sistema de comunicación social para asegurar los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión, entrega al Estado el papel de formular una política pública de comunicación que respete la libertad de expresión, e incluye nuevos actores como los medios comunitarios. A partir del 2008 el Estado pasa a controlar y regular la comunicación y por supuesto, también la libertad de expresión, cosa que no había sucedido en las constituciones anteriores desde 1812.

Por otra parte, los procesos constitucionales de los países latinoamericanos, de las últimas dos décadas, han incluido el desarrollo fundamental de los derechos de la comunicación y con ello al derecho a la libertad de expresión, sobre todo por el hecho de que se ha considerado en los modelos constitucionales actuales una democracia más participativa. Específicamente, en el Ecuador, este proceso se inició con la Constitución del año 1998 (Sección Décima, De la comunicación, Art. 81), texto en el que por primera se le agregaron una serie de calificativos a la libertad de información y que fueron mantenidos en la Constitución de 2008 (Art. 18). Como se puede ver, la Libertad de Expresión en la actual Constitución tiene un abanico mucho más amplio de desarrollo y aunque teóricamente no hay casi límites para el ejercicio de este derecho, el Estado pasa a jugar un rol importante.

Es importante hacer notar que la transformación más importante que impulsa la

Constitución de 2008 es la inclusión de los derechos de la comunicación, no solo de la libertad de expresión, entre los derechos del buen vivir o “Sumak Kausay”: comunicación libre, acceso universal a tecnologías, creación de medios, acceso a todas las formas de comunicación, espacios de participación.

Los derechos de la comunicación deben ser vistos como un todo, como un conjunto, en nuestra Constitución y también la libertad de expresión es uno de esos derechos.

Se puede afirmar que los derechos a la libertad de expresión, de prensa, de opinión e incluso de la rectificación, se hallan en un primer gran grupo de los derechos a la comunicación y apuntan o ponen el marco para el ejercicio de los derechos individuales y la capacidad que tienen todos los ciudadanos de generar una participación activa en la vida social/cultural y social/ democrática del país.

Otro aspecto que desarrolla la Constitución de 2008 en Título VII, Régimen del Buen Vivir, Sección Séptima, Comunicación Social, es el Art. 384 que tiene como finalidad asegurar el ejercicio de la libertad de expresión, a través del sistema de comunicación social y con ello fortalecer la participación ciudadana en el estado democrático.

Finalmente, en las Disposiciones Transitorias, numeral 4, se ordenó la aprobación de la Ley de Comunicación, objeto de acalorados debates y que no entró en vigencia en los 365 días dispuestos como plazo máximo, sino 4 años después de la sanción de la CPRE, lo que muestra también el nivel de disputa que generó su discusión en el Asamblea Nacional.

1.2. La libertad de expresión como uno de los derechos de la comunicación.

En orden de precedencia, históricamente hablando, el derecho a la Libertad de Expresión antecede al derecho a la comunicación. Está en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, que son de primera generación, de carácter individual y engloban a los civiles y políticos. Para el contraste, el derecho a la honra asoma

recién escrito en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948. En cambio, los derechos de la comunicación se ubican en una cuarta generación de derechos, a propósito del desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Durante los últimos 40 años, con el advenimiento de la Sociedad de la Información, se produjo un enorme desarrollo de los derechos de cuarta generación en el ámbito internacional a través de tratados, declaraciones y constituciones, que también ha favorecido a nivel nacional el avance de los derechos de la comunicación, que pueden ser abordados desde diversas ópticas, desde las más clásicas hasta corrientes y líneas de trabajo más renovadoras.

Con respecto a esta última información el autor Marco Navas Alvear, en su artículo Derechos a la comunicación y teorías de la democracia: Una aproximación al planteamiento constitucional ecuatoriano, publicado en el libro Libertad de expresión, debates, alcances y nueva agenda dice lo siguiente:

En torno a los derechos a la comunicación se ha generado una importante doctrina jurídica, así como una permanente reflexión, que ha concernido a otras áreas del conocimiento social. Desde el pensamiento jurídico, una línea de reflexión se ha concentrado desde un enfoque clásico, entre otros grandes temas, en la Libertad de Expresión y el derecho a la información y sus conflictos con derechos personales como el derecho al honor y la intimidad. Otras corrientes más renovadoras se han interesado en el de debate acerca de la regulación de la comunicación masiva, o bien, en la discusión acerca de la denominación más apropiada para estos derechos (2011, Pág. 98)

Esta última cita es una reflexión acerca de cómo los derechos de la comunicación juegan ahora un papel fundamental en las ramas sociales, democráticas y jurídicas. Sin embargo y más allá de la afirmación de Navas sobre la generación de una “importante doctrina jurídica” y una “permanente reflexión”, ninguna rama de las ciencias jurídicas o

políticas se ha preocupado por producir investigación sobre el rol que juegan estos derechos dentro de la vida democrática de las naciones.

Para el objetivo de la presente tesis, se abordarán los derechos de la comunicación partiendo de su enfoque clásico, al considerar a la Libertad de Expresión como uno de los derechos de la comunicación, en oposición a los derechos al honor (honra) y a la intimidad.

¿Qué se entiende o cuál es el concepto de Libertad de Expresión? Una aproximación mediante dos acepciones nos la da el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia Española, la Cumbre Judicial Iberoamericana y la Asociación de Academias de la Lengua Española que son:

1. Libertad que comprende las facultades que puede ejercer un ciudadano como titular del derecho a la comunicación y que comprende la libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica; la libertad de cátedra; y la libertad de comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

2. Emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos, ideas y opiniones.

Una corriente clásica en defensa de la Libertad de Expresión, que tiene su origen en Europa y de fuerte arraigo en los Estados Unidos, es la fundada por John Stuart Mill que en 1859 publicó “Sobre la Libertad”, en el que en resumidas cuentas propone que la libre expresión del pensamiento es necesaria porque pone a prueba las creencias del individuo mediante una “discusión libre y abierta”, que además permite evaluar si lo que se defiende es verdadero o falso. Solo después de esta “discusión libre y abierta” el individuo podrá seguir adherido a las mismas creencias, pero con una convicción más firme. (Stuart, 1859)

De su parte, el periodista Silvio Waisbord aclara que: “El dogma clásico de la democracia liberal, cristalizado notablemente en la constitución norteamericana y en la Primera Enmienda, se volvió la hoja de ruta para entender las dificultades que enfrenta la prensa latinoamericana. El modelo de prensa democrática definido en el liberalismo clásico considera cualquier tipo de intromisión gubernamental como antitética para la existencia de una prensa libre”. (Waisbord, 2002, Pág. 2) Para el caso de Ecuador, ese modelo nunca llegó a funcionar o se debatió y aún hoy se debate en profundas contradicciones.

Todo lo descrito establece la trascendencia de la Libertad de Expresión, pudiendo afirmarse que, al ser un derecho de primera generación es la columna vertebral de los derechos de la comunicación.

El modelo de democracia representativa ecuatoriano, por intermedio de la Constitución de la República, asume que la Libertad de Expresión y la Libertad de Información son los dos grandes derechos de la comunicación.

La capacidad de poder expresarse libremente de ciudadanos y periodistas, haciendo circular hechos y opiniones sobre un tema determinado para formar opinión pública, es el que por último construye, afirma o fortalece la democracia, al poner bajo la lupa de la sociedad todos los asuntos de interés ciudadano. Solo la discusión libre y abierta permite alcanzar la verdad.

El pretexto conocido o manido, pasado de sazón o utilizado una y otra vez por las más altas esferas del poder en el Ecuador, con una falta total de originalidad, es que el servidor público tiene derecho al honor y al buen nombre y por eso era importante normar la Libertad de Expresión. Se llegó incluso a realizar la desafortunada declaración de que la coima era un “acuerdo entre privados”, frase que llegó a utilizar el expresidente Rafael Correa para defender a su ex ministro Alexksei Mosquera y que también la uso el expresidente de Argentina Néstor Kirchner.

La Sentencia No. 17721202000009 de la Sala Especializada De Lo Penal, Militar, Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de La Corte Nacional de Justicia, emitida el 10 de julio del 2021, dice:

Si bien la conducta de calumnia se encuentra tipificada en el COIP y busca la protección de la honra y el buen nombre de las personas, no puede emplearse para restringir el debate público en general, menos aún de quienes ejercen funciones dentro de alguna potestad estatal, por lo que, aunque no se desconoce el proceso penal como vía idónea para la defensa de la reputación del funcionario público, la protección de este bien jurídico no puede amenazar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en consecuencia, se insiste en que esta vía resulta desproporcionada cuando se emplea para impedir el debate de asuntos de interés público. (2021, Pág. 43)

Esta jurisprudencia robustece la posición de que el derecho a Libertad de Expresión juega un papel fundamental en el desarrollo social y no puede ser coartada, porque en el ejercicio del periodismo, la finalidad misma de la comunicación es poner a las personas a debatir cuestiones que son de intereses público, sin limitaciones. Al respecto el autor Roberto Gargarella en el libro Libertad de expresión, debates, alcances y nueva agenda en su artículo Constitucionalismo y libertad de expresión establece lo siguiente:

Derechos como el de la Libertad de Expresión adquieren una dimensión extraordinaria. La postura que vamos a examinar sostiene que en una comunidad democrática hay pocos derechos tan importantes como el de la libre expresión, definiendo un sentido muy amplio de lo que libre expresión significa y otorga a este derecho una protección especial, al punto de situar al mismo en un primer rango respecto de otros derechos (2011, Pág. 31)

Para este autor la Libertad de Expresión como un derecho debe tener una especial protección, en virtud de que todos los días se podría decir que se lo ejerce en la vida cotidiana. No se trata de decir que la Libertad de Expresión está por encima de otros derechos, sino establecer su importancia dentro de los derechos en general, tanto así que Gargarella considera debería ser de primer rango y tener protección especial.

Sin embargo, debemos mencionar que la Libertad de Expresión vista como uno de los derechos de la comunicación, muchas veces ha sido disminuida en razón de que para él poder es mejor cuando las personas no ejercen su libertad y los periodistas y los medios se dejan enredar por relaciones incestuosas con los sectores público y privado. El reconocimiento de los derechos de la comunicación, la ampliación de su rango constitucional, tuvo la intención de entregar a la ciudadanía el poder que estos tienen. Pero el camino al infierno está plagado de buenas intenciones, advierte un refrán popular.

Otro autor, Carlos Manuel Serrano en su libro *La libertad de prensa: extensión y límites*, cita la sentencia No. 6/1988 del Tribunal Contencioso Español (TCE): “Las informaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio” (2002, Pág. 100)

La Libertad de Expresión es el marco de acción de otros derechos, como la libertad de opinión, del que deriva la libertad de prensa, la libertad de investigar y recibir informaciones y opiniones, el de difundirlas sin límite de fronteras, por cualquier medio de expresión, ejercidas estas libertades mediante el oficio de periodista, lo pueden practicar todos los ciudadanos, sin necesidad de títulos o colegiaturas.

Esto último es un debate interminable, si periodista es aquel que tiene título o también lo es el que no lo tiene. Congresos nacionales en diferentes países han realizado sesiones

especiales para tratar de ponerse de acuerdo con respecto al concepto de periodista, sin llegar a conseguirlo. Por ello es trascendental analizar y responder la pregunta ¿quién es un periodista? Para el Licenciado Hernán Rodríguez, con 30 años de ejercicio profesional, un periodista “es aquella persona que de forma constante y remunerada se dedica a ejercer su Libertad de Expresión”.

Para Ignacio Ramonet, que fue director del medio “Le Monde Diplomatique”, al analizar la palabra “journaliste”, indica que un periodista es un “analista del día”.

Ubicados sobre la mesa de análisis estos dos conceptos, queda claro que, en el ejercicio diario de este oficio, por falta de rigurosidad, o porque no se tiene tiempo para analizar todo lo que ha sucedido en un día, el periodista baila en la cuerda floja porque podría llegar a cometer el delito de calumnia, que de ningún modo puede coartar el derecho a la Libertad de Expresión.

La superabundancia de información, extremadamente rápida y convertida en una mercancía, sumado a las transformaciones en los tres sistemas de signos: prensa, radio y televisión, que se han convertido en uno solo, el multimedia, por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, dan como resultado la desubicación del profesional periodista. Ahora cualquier ciudadano puede serlo, por lo que Ramonet afirma de manera categóricamente: “Los periodistas están en vías de extinción”.

Esta constatación, con el paso de los años y el crecimiento de la sociedad de la información, no es tan dura como parece. Hoy en día el ejercicio del periodismo se ha extendido a una diversidad de plataformas tecnológicas y formatos, además el ciudadano común puede practicarlo, convirtiéndose en testigo de los hechos. Hay que advertir que mayor información y comunicación no significan necesariamente mayor libertad.

Por otra parte, la comunicación es una herramienta esencial para el desarrollo de las sociedades a nivel mundial. Toda gira en torno al desarrollo de los medios tecnológicos

informativas que contribuyen al crecimiento económico de las naciones y las hacen más productivas. La comunicación se ha transformado en el artífice para el progreso de un país.

Desde el análisis de los micro, la información es protagonista de un papel fundamental en la vida cotidiana de las personas y los medios y los periodistas dan forma a las sociedades democráticas. Los periodistas mediante el ejercicio de la Libertad de Expresión ponen al alcance del debate público informaciones que toda sociedad democrática necesita acceder para tener una participación activa dentro del estado de derecho.

Varios autores están en contraposición por la incidencia que los medios de comunicación han tenido en el desarrollo democrático de los últimos años en los países latinoamericanos. Algunos están de acuerdo en que una de las aportaciones más destacadas de la prensa y los medios para el orden democrático fue proveer y facilitar la circulación de ideas. Otros desnudan los pecados de esa misma prensa y medios por las relaciones con el poder y la búsqueda de beneficios económicos más que una auténtica democracia, posición más que perjudicial para las sociedades nacionales.

Cualquiera que sea la posición que se adopte o el contexto en el que se ubique, actualmente hay dos tipos de medios de comunicación:

1.- Los tecnológicos, como prensa, radio y televisión y en los que también se incluyen los que han servido para revitalizar la comunicación y que ahora gravitan en torno a las Tecnologías de la Información y la Comunicación o “TIC’s”.

2.- Los alternativos, aquellos que cuentan con la participación de los ciudadanos, los pueblos, las comunidades, etc., que enfrentan generalmente el discurso de los medios tecnológicos, por eso son una alternativa.

Con respecto a esta última clasificación, muy esquemática y somera, sobre los medios alternativos. Internet construido sobre la base de un sistema interconectado de páginas web

públicas y accesibles o World Wide Web (WWW), es un medio alternativo, que se hizo posible por el desarrollo vertiginoso Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's) y desubicó el ejercicio del periodismo (¿profesión u oficio?). El espectador se conecta de manera directa con los hechos y ¿tendría? que ser responsable de lo que publica, porque ya no hay mediadores o periodistas. La ubicuidad de la red de redes o Internet hace casi imposible atribuir a alguien una responsabilidad.

Para abundar más sobre este aspecto, hay que citar el Art.13 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos (1978):

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 en la ley y ser necesarias para asegurar:

a. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás (1978)

El desarrollo de los derechos humanos ha avanzado tanto desde la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que hoy en día se considera que ningún derecho es más importante que los otros o que los unos no tienen primacía sobre los otros. Sin embargo, de lo que se lee en el Artículo 13 de la CIDH el delito de calumnia podría ser atentatorio a la Libertad de Expresión, que más bien está sujeta a responsabilidades ulteriores, que aseguren el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Podría decirse que son derechos en una constante tensión, en una pugna permanente, en una oposición.

Al respecto también se debe mencionar que la autora Cristina Fix Fierro (2006) en su obra *El derecho al honor como límite a la Libertad de Expresión*, establece lo siguiente:

La Libertad de Expresión ha jugado un papel crucial en el desarrollo del ser humano y de las sociedades y, sobre todo, ha sido un logro irrenunciable de las revoluciones liberales frente a situaciones de regímenes opresivos, donde existían controles para la libre difusión del pensamiento. La defensa de la libertad de expresión es un deber de todo ser humano, pero la libertad de expresión con responsabilidad, ética y respeto a los otros derechos humanos. (2006, Págs. 127-146)

Resulta necesario traer a la presente investigación diferentes perspectivas para abordar la problemática, por lo que se anota la presente cita, que permite visualizar una posición mucho más liberal y permisiva con el ejercicio del periodismo y que hacen necesarios los derechos de la comunicación y protegerlos con entusiasmo, si se pretende ser un Estado democrático o como lo define la Constitución de la República un Estado Social de Derechos y Justicia.

1.3. La Ley de Comunicación y su régimen de sanciones.

Haciendo un poco de memoria, en el año 1999, el estado democrático y el sistema económico ecuatoriano quebraron, el 8 de marzo, con el Feriado Bancario dispuesto por el Gobierno de Jamil Mahuad. La chispa de esta debacle está en la Constitución del 98 y su última disposición transitoria que allanó el camino al salvataje bancario, luego el mismo año la creación de la AGD y la creación del impuesto del 1% a la circulación de capitales. Los medios de comunicación durante los años 90 venían advirtiéndolo sobre los riesgos para la economía ecuatoriana de ciertas medidas del Estado y sendos reportajes periodísticos denunciaron el atraco que se estaba fraguando.

Hasta que estalló todo y el país fue testigo como los medios de prensa, radio y televisión, los de la costa apoyando a los bancos costeros y los de la sierra, apoyando a los

bancos serranos, tomaban partido o se alineaban con uno de los bandos político-económicos en pugna. Este fue el origen de una década de inestabilidad política durante la que se sucedieron por lo menos 5 presidentes. El campo económico Ecuador se dolarizó. En este panorama de convulsión social, el ejercicio del periodismo y la Libertad de Expresión, sufrieron embates, bajo el control de una Ley de Ejercicio Profesional que se remontaba al año 1975 decretada por una dictadura, leyes de desacato que establecían sanciones penales y civiles, en diversos códigos y otras medidas sancionatorias que hacían difícil y caótico el ejercicio de la comunicación.

Pero la sociedad civil y los periodistas tampoco se quedaron quietos. Se desarrolló al mismo tiempo una fuerte respuesta en sentido de capacitar a los periodistas en temas judiciales y el uso adecuado del lenguaje jurídico para prevenir el cometimiento de delitos de injuria o calumnia. Universidades, fundaciones, organizaciones de la sociedad civil y comunicadores, se preocuparon durante los primeros años del Siglo XXI por mejorar las relaciones entre periodistas y operadores de la justicia y también por impulsar procesos para combatir la corrupción y promover la transparencia en las instituciones públicas sobre todo con el advenimiento del nuevo medio llamado Internet, que fue posible gracias a las tecnologías de la información y la comunicación.

Dos documentos de redacción colectiva por parte de periodistas son importantes citar como producto de las preocupaciones citadas: la tesis de grado del Diplomado Superior en Periodismo Judicial, cuyo título es “Relaciones entre medios de comunicación y operadores de justicia” y el libro “No permito la corrupción”, fruto del taller para comunicadores y medios en formación del combate a la corrupción.

Finalmente, como resultado de este intenso debate, los asambleístas constituyentes redactaron una disposición transitoria en la Constitución del 2008, que entre otras leyes disponía la creación de una Ley de Comunicación.

Con respecto a esta última, de inmediato surgieron dos corrientes de análisis sobre su contenido, una que considera que su articulado es atentatorio a la Libertad de Expresión y otra que, sin estar completamente a favor, resalta los aciertos del texto y critica los cambios que deberían promoverse.

La Ley Orgánica de Comunicación fue expedida a finales del año 2012 durante el gobierno de Rafael Correa. La parte más polémica de esta Ley fue la institucionalidad creada y la serie de sanciones establecidas, que se consideran aspectos que coartarían la Libertad de Expresión.

Cuando Rafael Correa asumió la presidencia de la República en el año 2007 casi de inmediato inició una pugna con los medios de comunicación privados y su gobierno armó una estructura de medios de comunicación públicos que se dedicaron a publicitar las acciones y obras gubernamentales. Fue evidente que la Libertad de Expresión fue coartada, incluso mediante los más procaces insultos. Tan temprano como en marzo del 2007 y mediante los enlaces presidenciales de televisión y radio conocidos como “sabatinas”, el presidente de la República empezó a calificar a la prensa de “mediocre”, “incompetente”, “mentirosa”, “parte de la corrupción”, “cómplice del desastre nacional”, denunció las relaciones entre la prensa y la banca y llamaba a una “acción popular” contra la prensa.

Conocido y público es el incidente entre el presidente de la República y el director de opinión de Diario El Universo Emilio Palacio durante una entrevista en el Palacio de Carondelet, cuando el mandatario mandó “a la casa de la...” al columnista, lo trató de malcriado e insolente y lo expulsó de la Casa Presidencial por una pregunta que le resultó

incómoda al jefe de estado. Luego el presidente de manera eufemística e irónica, para justificar su exabrupto, que el solo había mandado al periodista al “palo convenientemente labrado del que se cuelga la jarcia de una vela”. Los estudiantes presentes ese día celebraron la ocurrencia de Correa y justificaron la violencia.

En este contexto político caldeado, de permanente enfrentamiento, la Asamblea Nacional inició la discusión de la Ley Orgánica de Comunicación y se demoró en su tratamiento casi 5 años, debido sobre todo a la falta de acuerdos y a la dureza del debate. El cuerpo legal entró en vigencia el martes 25 de junio de 2013, con su publicación en el RO. Nro. 22.

En 2009, se presentaron 3 proyectos de Ley de Comunicación, la primera iniciativa de Rolando Panchana, vicepresidente de la Asamblea, el segundo por la asambleísta Lourdes Tibán Guala y el tercero por el asambleísta Enrique Herrería Bonnet. No hay un antecedente histórico en el Ecuador, que registre el interés de sus legisladores por regular la comunicación. Esta línea de trabajo legal surge a partir de la Constitución de 2008, es decir, es relativamente nueva.

Algunos puntos son importantes a tener en cuenta con respecto a esta Ley. Como se escribe más arriba, el camino al infierno está lleno de buenas intenciones y la primera buena intención de los legisladores fue que la ciudadanía en general tenga acceso de manera universal a una información veraz y contextualizada. Durante el proceso de formación de la Ley, los protagonistas de este proceso trataron de dejar claro que, si bien la pretensión era regular con claridad los derechos de comunicación, Libertad de Expresión e información, no se iba a contradecir a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos que protegen el ejercicio de estos derechos.

La declaración del Artículo 17, Derechos a la libertad de expresión y opinión, de la Ley de Comunicación (2013) es precisa:

Todas las personas tienen derecho a expresarse y opinar libremente de cualquier forma y por cualquier medio y serán responsables por sus expresiones de acuerdo a la ley. (Ley de Comunicación, 2013)

La Libertad de Expresión es un derecho innato de todas las personas, que se hacen manifiestas en los medios de comunicación, sin más límite que las responsabilidades establecidas en la Ley. La redacción se hace eco del derecho de primera generación establecido en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y de una lectura inicial, está bien la teoría y las palabras suenan bonitas.

El Art. 17 podría incluso afirmarse que es ilustrador, revelador y un tanto inspirador, sin embargo, termina con la advertencia de una sanción. Es por esta ligera redacción, en apariencia sencilla, que desde la promulgación de la Ley saltaron de inmediato las críticas, porque toda persona tiene derecho expresarse y opinar, pero al mismo tiempo puede ser sancionada por lo que exprese y opine, siendo esto una limitación al derecho que tiene cualquier individuo de expresarse libremente.

El ser responsable ante la Ley por lo que uno expresa y opina tendría como propósito proteger el bien común y orden social y no coartar la Libertad de Expresión. Se podría pensar que con esta referencia al final de Artículo 17 se abre la puerta a la censura previa, contraria a los tratados internacionales y sobre todo al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos y a las sentencias sobre Libertad de Expresión de la CIDH, que siempre defienden que no puede existir la censura previa y tampoco puede haber límites a la Libertad de Expresión por parte de los poderes del Estado. A esto se añade que la veracidad de una noticia, o el incumplimiento de sus condiciones (contexto, oportunidad, entre otros) deba ser una condición para limitar la expresión o la opinión, recordando que si es así “la mejor solución jurídica fuera el silencio”.

Así lo confirma la misma Ley (2013) en su Artículo 18 que prohíbe la censura previa, pero el Artículo 19 desarrolla el tema de la responsabilidad ulterior, que podría conducir a una sanción:

Para efectos de esta ley, responsabilidad ulterior es la obligación que tiene toda persona de asumir las consecuencias administrativas posteriores a difundir contenidos que lesionen los derechos establecidos en la Constitución y en particular los derechos de la comunicación y la seguridad pública del Estado, a través de los medios de comunicación. Sin perjuicio de las acciones civiles, penales o de cualquier otra índole a las que haya lugar. (Ley de Comunicación, 2013)

La seguridad pública del Estado es aquí la piedra de toque y las acciones civiles y penales en contra de quien ejerza como individuo su Libertad de expresión. En cambio, en el Artículo 20 se detalla que constituye responsabilidad ulterior para los medios de comunicación.

La responsabilidad ulterior es un mecanismo que intenta proteger la honra, prevenir el cometimiento de un agravio, pero que coarta la Libertad de Expresión de individuos y medios, que se autocensuran por el temor de que el día de mañana el servidor público se sienta agraviado por expresiones u opiniones y haga uso de estas limitaciones, para frenar el debate público de cuestiones que deben ser conocidas por todos los ciudadanos.

Ahondando más el problema, el Art 21 de la Ley Orgánica de Comunicación crea la responsabilidad solidaria de los medios de comunicación, que los hace acreedores de una sanción por expresiones u opiniones de terceras personas publicadas en un medio.

Muchos tratadistas ecuatorianos y corrientes de análisis del derecho con respecto a garantías constitucionales consideran que la Ley de Comunicación fue redactada expreso para perseguir a periodistas, comunicadores y en general a toda persona que resulte incómoda

para el régimen que en el año 2007 iniciaba el ejercicio del poder y a la que no se le permitió aplicar esta Ley sino a partir del año 2013, con los resultados que son conocidos y públicos.

Se podría decir que la Ley de Comunicación es “muy meticulosa” al momento de “proteger” los derechos de los actores pasivos de la comunicación. Pero no es menos cierto que este régimen de sanciones contenido en el capítulo segundo en relación a la Libertad de Expresión, genera demasiadas herramientas para que los actores pasivos las utilicen de forma indiscriminada para la persecución de los actores activos de la comunicación.

El Art. 29 con respecto a la Libertad de Información dice:

Todas las personas tienen derecho a recibir, buscar, producir y difundir información por cualquier medio o canal y a seleccionar libremente los medios o canales por los que acceden a información y contenidos de cualquier tipo. Esta libertad solo puede limitarse fundadamente mediante el establecimiento previo y explícito de causas contempladas en la ley, la Constitución o un instrumento internacional de derechos humanos y solo en la medida que esto sea indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales o el mantenimiento del orden constituido. Toda conducta que constituya una restricción ilegal a la Libertad de Información, será sancionada administrativamente de la misma manera que esta Ley lo hace en los casos de censura previa por autoridades públicas y en los medios de comunicación, sin perjuicio de las otras acciones legales a las que haya lugar. (Ley de Comunicación, 2013)

El artículo asienta la libertad de “producir” y “difundir” información canal o medio, pero en la misma línea jurídica de los artículos anteriores, desemboca en una limitación aun mayor, porque escribe “previo”, lo cual, mediante una interpretación forzada o incluso equivocada de la norma, permite que los actores pasivos de la comunicación utilicen lo

“previo” y “explícito” para censurar la información difundida y sancionar a quien la expresó.

No todo es negativo en la Ley Orgánica de Comunicación. Los artículos 30, 31 y 32 protegen al individuo con respecto a la información personal, entre otras garantías y los niños, niñas y adolescentes reciben especiales seguridades.

Desde el año 2013 el Ecuador recibe constante llamados de atención por parte de las Naciones Unidas debido a quejas en el sentido de que el Estado estaría violando el derecho a la Libertad de Expresión y opinión, mediante la aplicación de la Ley Orgánica de Comunicación.

De la Ley de Ejercicio Profesional de 1975, la Ley de Medios, las leyes de desacato, a la Ley Orgánica de Comunicación del año 2013, a la nueva Ley de Comunicación del año 2022, la Libertad de Expresión en el Ecuador está atada al péndulo de la política. En un acto público en Guayaquil el 11 de noviembre de 2022, el presidente Guillermo Lasso en un acto simbólico lanzó la Ley Orgánica de Comunicación, que él llama “Ley Mordaza” al tacho de la historia. La reemplazó con la nueva “Ley de Comunicación”, que elimina el control del estado a los medios de comunicación y pasa a otra Ley el otorgamiento de frecuencias del espectro radioeléctrico. La comunicación se debate entre la sanción y la autorregulación, al compás de los intereses políticos de los poderosos. No hay profesión, después del derecho y la medicina, a la que se la presione y exija más ética y deontología, que al periodismo y la comunicación.

1.4. El periodismo y la sociedad.

¿Qué rol cumple el periodista o comunicador en la sociedad? Existen diversas posiciones. La clásica es la liberal. Dilucidar una respuesta una o la aproximación a una respuesta es importante para entender que no es el propósito de esta profesión atentar contra el derecho al honor y el buen nombre, sobre todo de los funcionarios públicos.

Empatando con lo escrito en el párrafo anterior, según la posición de cada autor habrá una explicación sobre el rol del periodista, una contestación distinta, que le atribuyen multifunciones, dependiendo de la sociedad en la que desenvuelva su actividad.

América Latina transitó en el pasado por una diversidad de regímenes, autoritarios, populistas, democráticos, etc., a los que el periodista debe saber analizar y entender para cumplir su labor. El enfoque del “cuarto estado” es uno de los principales para entender ese rol y este afirma que la prensa contribuye a la democracia al vigilar las actuaciones de las instituciones gubernamentales.

La comunicación en sentido exacto es un proceso vital, usada de manera cotidiana, porque todos hacemos comunicación, que es el proceso mediante el cual ponemos algo en común, compartimos. La diferencia radica en que el periodista utiliza esta habilidad en la vida social pública para ventilar cuestiones que muchas de las veces quienes controlan el poder quieren esconder.

Las noticias sobre abusos políticos y económicos pueden potencialmente desatar investigaciones parlamentarias y judiciales, como tener impacto en la opinión pública, lo cual puede presionar o influenciar a los políticos. Derivados del enfoque del “cuarto poder” o “whatchdog” (perro guardián de la democracia), los roles del periodista son:

- Fiscalizar si las instituciones públicas cumplen sus mandatos y funciones, después que una nota informativa ha revelado un abuso.
- Cobertura de ciertos temas que ni el congreso ni la justicia quieren tratar.
- Formación de ciudadanía, se publica información que de otro modo no está disponible.
- Seguimiento a la reacción debido a las denuncias.

Como ya se dijo más arriba, la aparición de un nuevo medio como Internet y de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación que la hacen posible y que han evolucionado hacia una integración de los medios convencionales, ha dado como resultado la desubicación del periodismo, sin embargo hasta que la mencionada integración no esté completa, los medios conocidos como prensa, radio y televisión en sus diferentes manifestaciones y ámbitos, siguen siendo los principales canales de comunicación para gran parte de la población. Los medios integrados y alternativos tienen restricciones muy poderosas, sujetas a la lógica del mercado. En conclusión, el rol del periodista tradicional continúa teniendo un gran impacto social. En el ámbito latinoamericano, la actividad periodística sigue siendo escuchada y respetada, en el seguimiento de las labores parlamentarias o el desarrollo democrático de un país.

Profundizando en la metáfora de Silvio Waisbord sobre el “whatchdog” o “perro guardián”, con su actuación el periodista facilita que la ciudadanía participe de las acciones de sus autoridades y hace brillar temas que de otra manera no podrían ser conocidos debido a referencias como la seguridad del Estado. La labor o el rol del periodismo al generar una ciudadanía informada permiten que este tome la mejor decisión sobre qué tipo de gobernantes desea.

Con relación a esto, el 12 de diciembre de 2007 los relatores especiales para la Libertad de Expresión de la ONU, la OEA, la Comisión Africana sobre los DDHH y de los Pueblos y el representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación Europea (OSCE) sobre la libertad de medios, emitieron en Amsterdam una comunicación conjunta en el que se enfatizaron lo siguiente:

La diversidad en los medios es de fundamental importancia para la libre circulación de información e ideas en la sociedad; de modo de dar voz a todas las

personas y satisfacer las necesidades de información y otros intereses de todos, tal como lo establecen las garantías internacionales del derecho a la Libertad de Expresión (2007, Pág. 15)

Con respecto a esto último, el autor Roberto Saba en su artículo Censura indirecta publicidad oficial y diversidad en el libro Libertad de expresión, debates, alcances y nueva agenda escribe:

La protección de la Libertad de Expresión tiene por objeto, además de preservar el derecho individual del que se expresa, blindar el derecho de todas las demás personas a conocer la mayor cantidad y diversidad de expresiones posibles con el fin de ejercer su derecho individual a desarrollar su plan de vida en forma autónoma y su derecho colectivo a autogobernarse (2011, Pág. 162)

Idea que coincide con el pensamiento del creador de la corriente clásica que defiende la Libertad de Expresión, el británico John Stuart Mill.

CAPITULO DOS: LA CALUMNIA.

2.1. El delito de calumnia evolución histórica.

El desarrollo histórico de las leyes para castigar el delito de calumnia es tan antiguo como la civilización humana. El bien jurídico del honor es defendido desde las civilizaciones más antiguas, mediante leyes que castigan los delitos de calumnia e injuria.

Para una comprensión cabal del concepto de calumnia hay que recurrir a la etimología u origen de la palabra. En primer término, calumnia se deriva de la palabra en latín “caluor”, que significa engañar, mentir u ocultar la verdad. A su vez el verbo “caluor” proviene del griego “kalio”, que se traduce como cubrir.

Calumniar es hacer una acusación falsa y maliciosa, o atendiendo a su etimología es aquella acción que se realiza con la intención de engañar o generar una situación que no es real o verdadera.

Héctor Faundez Ledesma (2004) en su libro *La libertad de expresión y la Protección del Honor y la Reputación de las Personas en una Sociedad Democrática*. hace la siguiente diferencia entre honor y dignidad individual o buen nombre:

El sentido del honor, que se encuentra firmemente afianzado en la noción de dignidad individual y que probablemente se ha desarrollado con mayor agudeza en la cultura hispana, ha sido recogido en numerosos pasajes de la literatura clásica, destacando el valor por encima de otras consideraciones; siempre se ha atribuido en este sentido a que el honor y la intimidad forman parte de nuestro sistema de valores, los derechos al honor y a la vida privada forman parte del catálogo de derechos humanos, teniendo cada uno de ellos características singulares que no se pueden perder de vista y que, a pesar de estar frecuentemente incluidos en una misma disposición, no permiten que se les confunda como distintas facetas de un mismo derecho. Mientras el primero tiene que ver con el respeto de la autoestima, el segundo está dirigido a excluir injerencias externas en asuntos que sólo conciernen al individuo. (2004, Pa. 560)

Por extensión, la protección del derecho al honor y el buen nombre, aunque se lo percibe como reciente, es por el contrario una práctica muy antigua.

El primer antecedente de sentencia y castigo por calumnia, se encuentra en el Código de Hammurabi, escrito en lengua acadia en Babilonia, datado entre los años 1.790 y 1.750 A.C, considerado como uno de los códigos legales más antiguos de la humanidad. Disponía el Código de Hammurabi, qué si un hombre acusaba a otro de cometer asesinato y no lo podía comprobar, entonces el acusador era condenado a muerte (Gómez, J., 1982, p.2).

Se puede concluir que desde una época tan antigua ya se conocían las características de la calumnia como delito y ellas son:

- a) La falsedad de la imputación y
- b) El dolo al hacer pública la acusación.

Cualidades que hasta hoy en día siguen presentes en las legislaciones de los distintos países.

Otro ejemplo es la Ley de Las XII Tablas o “Ley decenviral” (*Lex duodecim tabularum* o *Duodecim tabularum leges*) que estableció las normas de comportamiento para el pueblo romano; entre ellas se castigaba con la pena de muerte los poemas satíricos (censura) y se imponía una sanción pecuniaria a la injuria, que se consideraba como aquella difamación que se podría realizar de forma oral o escrita sin importar o considerar que esta se haya llevado a cabo con dolo o culpa.

Por otra parte, para la legislación del imperio romano, quien se sentía afectado por este delito tenía derecho a iniciar una acusación de carácter formal. Al respecto el autor Rodríguez Moreno en su libro *Delitos Contra el Honor y la libertad de expresión* explica:

El acusado podía exigir que el causador replique bajo juramento que su acusación era de buena fe, entonces y en caso que el tribunal hubiera desechado la acusación por no haber sido probada y tras haberse comprado que esta se había interpuesto de mala fe, el acusado podía solicitar al mismo tribunal (no era una nueva y autónoma acusación) que desechó la acusación, que se condene al acusador al pago de la décima parte del importe solicitado. (2017).

También se aplicaba la sanción a aquellos llamados “trovadores”, que eran compositores populares y callejeros o ambulantes, quienes cantaban de forma pública

canciones difamatorias. Estas actuaciones eran sancionadas mediante leyes que en latín se conocían como las “*camen famosus*” (canciones difamatorias) o “*libellus famosus*” (libelo difamatorio), que sancionaban a quienes realizaban versos injuriosos o difamatorios y los hacían públicos mediante su canto.

Además de estas leyes también existía la “*convicioum*”, que consistía en realizar difamación a una persona delante de un grupo o en cualquier ocasión de carácter público. Por otra parte, de estas sanciones que se imponían en la edad antigua, existieron una larga lista de normas, códigos y leyes, en las cuales estaba sancionada la calumnia. Entre ellas tenemos:

1. El Código de Manú (escrito en el año 200 A.C.), que establecía que es lo bueno y que es lo malo y qué entre otros objetivos, castigaba las mentiras.
2. El libro de los Sacerdotes (escrito en el año 750 A.C.): el cual sancionaba la injuria y la difamación.
3. La Ley Herminia (imperio romano): aquí una de las sanciones más severas era que el calumniador tenía que portar la letra K impresa a fuego sobre su frente.
4. El Código Leopoldino (1786): tenía un castigo corporal severo para el calumniador que consistía en la flagelación pública.

Como se puede observar la represión de la calumnia ha estado presente dentro de las civilizaciones desde tiempos antiguos. Todas estas referencias históricas indican que la calumnia es sancionada sobre todo mediante castigos corporales desde la antigüedad, sin embargo, su desarrollo jurídico se inicia en el año de 1810, cuando se establece el delito de calumnia en el Código Francés.

Específicamente en Ecuador, el delito de calumnia se tipifica por primera vez en el Código Penal de 1837, Artículo 497, que establece el siguiente concepto:

Son calumniadores los que voluntariamente y a sabiendas imputaren a otra persona algún hecho falso, que, si fuere cierto, expondría a la persona contra quien se hiciera la imputación a un procedimiento criminal; y siempre que la imputación se haya hecho en reuniones o sitios públicos, o en concurrencia particular de diez y seis o más individuos. (Código Penal, 1837)

El citado artículo a renglón seguido imponía también las sanciones para los calumniadores de la siguiente manera: “Serán obligados a dar la calumniada satisfacción pública atestatoria y castigados” Además del modo siguiente: “Si el hecho que se imputa fuere de los que tienen señalada pena represiva, serán condenados a presidio por seis a diez años y si el hecho mereciere cualquiera otra pena, serán destinados a prisión de dos a seis años”.

Por otra parte, probar la calumnia para el acusado tenía cierto grado de complejidad, porque uno de los requisitos hablaba de la presencia de por lo menos 16 testigos y que la imputación se haya realizado en reuniones y sitios públicos, por lo que señalar a alguien como calumniador se convertía en una decisión difícil de tomar.

Como se aprecia la sanción por calumnia en el Ecuador fue desde un inicio muy severo y con una amplitud discrecional muy amplia, es decir, el juzgador tenía un amplio criterio para aplicar la sanción. Por ejemplo, que la satisfacción pública al calumniado tenía que ser ante testigos, que es el significado de la palabra “atestatoria”.

La vigencia del Artículo 497 del CP fue de 134 años, desde 1837 hasta 1971, cuando entró en vigencia el nuevo Código Penal ecuatoriano, haciendo evolucionar el concepto hacia la “injuria calumniosa” y la “injuria no calumniosa”, grave o leve, que a su vez iban acompañadas de un abanico de posibilidades de sanción, más amplias que en el delito de calumnia anterior, ya que no solo se podían imponer penas

como la satisfacción pública o la privación de la libertad sino que a estas se sumaban las sanciones pecuniarias.

Frente a esto hay que decir que tan temprano como en 1810, el tribuno ecuatoriano José Mejía Lequerica clamaba ante las Cortes de Cádiz por un país de escritores, ante que una Patria con personas reprimidas y censuradas, al defender al derecho de imprenta:

Y vosotros, ¡venerables representantes de la soberanía del pueblo; vosotros los que habéis protestado que el pueblo es el origen y el término, el regulador y el juez inapelable de vuestra representación popular, avergonzaos, os ruego, de no haber ya pedido para ese vuestro constituyente, vuestro maestro y vuestro residenciador, al menos una parte de la "inviolabilidad" que os habéis decretado para vosotros y que yo "como soy y me apellido popular" exijo de vosotros para ese mismo pueblo que sea pueblo escritor, pueblo de autores!

El propósito del legislador de aquel año 71 se puede inferir, por una parte, fue modernizar el Código Penal o adecuarlo a los tiempos modernos frente a la existencia de medios con un enorme alcance público. Por otra parte, la ampliación de los textos en el Código Penal de nuestro país para sancionar la calumnia se enmarcaba en lo que teóricos del derecho latinoamericano han dado en llamar como "leyes de desacato", que se repiten en todos los países del continente, se corresponden con una época de dictaduras y que mediante estratagemas o un sentido oscuro, apuntaban sobre todo al severo control de la libertad de expresión. En el Ecuador las leyes de desacato hacían relación a la exigencia de título universitario, colegiatura obligada, insulto a funcionarios públicos, delitos contrarios a la seguridad del Estado, delitos cometidos a través de los medios de comunicación, difundir noticias falsas, exigencia de exhibir originales, la

rectificación, la información reservada. El problema principal de estas disposiciones es que estaban dispersas en varios cuerpos legales como la Constitución, Ley de Ejercicio Profesional del Periodista, Código Penal, Ley de Seguridad Nacional, entre otros, lo que otorgaba a cualquier juez o autoridad una amplia discrecionalidad en su aplicación.

Las “leyes de desacato”, herencia de la dictadura, quedaron derogadas en el Ecuador con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el año 2014, que separa a la calumnia de la injuria y establece a la injuria como un tipo penal contravencional.

2.2. La calumnia en el Código Orgánico Integral Penal.

Debemos en primer lugar señalar la diferencia, que muy pocos conocen, que existe entre injuria y calumnia. La injuria se entiende por aquellas expresiones difamatorias o expresiones equívocas que una persona emite con respecto de otra, que de una u otra forma afectan a su vida personal, laboral, social, etc.

Tenemos por otro lado a la calumnia, que se podría decir que es el resultado o tiene como base fundamental la injuria y se entiende como la imputación falsa del cometimiento de un delito. Este concepto es clave a la hora de analizar el presunto delito cometido a través de un medio de comunicación. Para el autor Muñoz (2013) la calumnia es: “Un supuesto agravado de la injuria”. (Muñoz, F. Derecho Penal, parte especial, 2013, p.280). Por otra parte, hay autores que definen a la calumnia como el acto de “imputar o acusar falsamente a otro de la comisión de un delito, lo cual da lugar a un procedimiento.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en el Ecuador, se dieron varias reformas en la legislación penal y para lo que incumbe al presente trabajo, el cambio más importante fue que la injuria dejó de ser parte de la categoría de delitos, para pasar a convertirse en un tipo contravencional, dejando como delito únicamente a la calumnia.

La mención de este cambio es trascendental. Para medir su alcance es necesario entender que para el ejercicio de la vía penal se tienen dos acciones, pública y privada:

1. **La acción pública:** que se inicia con la denuncia ante un fiscal y se sustancia en un procedimiento ordinario.
2. **La acción privada:** inicia por medio de una querrela que debe ser presentada ante el Juez de Garantías Penales.

La acción privada de la vía penal es la que más interesa para el propósito del trabajo en desarrollo, ya que el Artículo 415 del COIP establece que esta procede y se corresponde con respecto a ciertos tipos penales, bien determinados, que son: la calumnia, el estupro, la usurpación y aquellas lesiones por agresión que no generen una incapacidad de más de 30 días.

Para el ejercicio de la acción privada por la vía penal existen varios tipos, pero es del máximo y puntual interés el desarrollo del concepto del delito de calumnia extrajudicial, que se encuentra tipificado en el Artículo 182 del Código Orgánico Integral Penal (2014), que establece lo siguiente:

Art. 182.- Calumnia. - La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

No constituyen calumnia los pronunciamientos vertidos ante autoridades, jueces y tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en razón de la defensa de la causa.

No será responsable de calumnias quien probare la veracidad de las imputaciones. Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba sobre la imputación de

un delito que hubiere sido objeto de una sentencia ratificatoria de la inocencia del procesado, de sobreseimiento o archivo.

No habrá lugar a responsabilidad penal si el autor de calumnias, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia ejecutoriada, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación. La retractación no constituye una forma de aceptación de culpabilidad”. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Haciendo un análisis extensivo del artículo encontramos que en su inciso primero se encuentra la conducta típica penal, que es aquella que tiene que ser realizada por la persona para que se enmarque su actuar en el injusto penal; además, en este inciso se deja establecida la duración de la pena privativa de la libertad.

Otro dato importante es que el artículo de una manera general y amplia sintoniza con la actualidad al dejar escrito “por cualquier medio” y cuando se puntualizan los medios de comunicación, esto incluiría también al Internet y a las redes sociales, a más de los de medios tradicionales como pueden ser prensa, radio y televisión.

Algo muy importante que se debe resaltar dentro del mismo, es que establece que las pronunciamientos o aseveraciones realizados frente a las autoridades judiciales no constituyen calumnia. Este párrafo tiene un peso realmente trascendental, ya que se encuentra ligado a lo que establece el Artículo 76, Numeral 7 de la Constitución de la República, en el cual se encuentra el derecho a la defensa. Por esta razón es que cuando el abogado dentro de la causa para la defensa de su cliente realiza imputaciones, el articulado establece que es una excepción a la regla y no se podría considerar como delito de calumnia.

A reglón seguido tenemos el inciso tercero, el cual legisla que desaparece la responsabilidad penal si es que el acusado comprueba que las expresiones eran verdaderas.

Justamente, uno de los requisitos vitales para que se configure el tipo penal de calumnia es la falsedad en la imputación, por lo que si se probare que la imputación es verdadera la conducta típica se transforma en atípica, esto es lo que se conoce como la “exceptio veritatis” que en palabras del autor José García Falconí, se refiere a lo siguiente:

Es la excepción concerniente a la verdad o la notoriedad del hecho atribuido a la persona ofendida y en este caso no incurre en el delito de calumnia quien dice la verdad, así la “exceptio veritates” es al final la prueba de la verdad. (Falconí, 2012)

Para el presente trabajo de investigación es de relevancia este inciso tercero del Art. 182 del COIP, en razón de que muchas de las veces los pronunciamientos realizados por los periodistas a través de los medios de comunicación sobre los servidores públicos resultan ser verdaderos, consiguiendo de esta manera que desaparezca la configuración del tipo penal, cuestión que refuerza lo que se analizará en líneas posteriores sobre este artículo.

Además, la dificultad de comprobar el ilícito radica en el hecho de que en el ejercicio de la acción periodística se pueden utilizar múltiples opciones para abordar un tema con el ropaje del interés social, sin que exista la intención de dolosa de cometer el delito de calumnia. Estas opciones parten del abanico de técnicas periodísticas para obtener la verdad (entrevista, reportaje, columna de opinión, crónica, editorial, etc.), o el uso de diversidad de fuentes (que determinan la agenda del medio), o el recurso de acudir a archivos o documentos (impresos o digitales), que desde un enfoque filosófico transforman al comunicador en una especie de contralor social.

Finalmente, este artículo establece que también desaparece la responsabilidad penal cuando quien emitió los pronunciamientos se retracte de sus expresiones, siempre y cuando dicho retractamiento sea anterior a la sentencia ejecutoriada, debe darse a través de los mismos medios y formas en las que se difundió la expresión (rectificación).

Con respecto al último inciso del art. 182 se debe mencionar que este retractamiento en la práctica, tal como está establecido por el legislador, es difícil de ejecutar, por las connotaciones que se analizarán a continuación:

1. Las nuevas tecnologías.
2. La difusión de la noticia.
3. Los mismos medios.

En primer lugar, se debe mencionar que las nuevas tecnologías han traído a la vida cotidiana un cambio fundamental, tanto así que los medios de comunicación así llamados “tradicionales” han cambiado drásticamente. Considerando esa situación previa es importante traer a colación que si una noticia presuntamente calumniosa es publicada en un medio de comunicación virtual, jamás se podría decir que se cumpliría lo que el artículo 182, establece porque el mismo dispone textualmente lo siguiente *“siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación”*, entonces no se podría decir que tendría esta retractación en el medio de comunicación digital las mismas características, porque por ejemplo el número del público al que llega esa retractación jamás será el mismo que el de la noticia inicial. Además de aquello, hay que tener claro que, si bien el legislador ha puesto esta opción para evitar una pena, quedaría esto bastante subjetivo en la discrecionalidad del juez, si es que esta publicación en el medio digital de la retractación se consideraría que sea como tal dentro del mismo medio.

En segundo lugar, se debe hacer énfasis en el nivel de difusión del retractamiento. Según el legislador esta debe tener las mismas características, pero surge la interrogante ¿quién define estas características?, ¿el juez? ¿él que se retracta? Estas son interrogantes que deben ser consideradas, porque para el que se retracta, el tema de la difusión puede cumplirse simplemente con la publicación de la retractación en el mismo medio de

comunicación, pero muchas veces la simple publicación no se podría decir que tiene la misma difusión, o alcance, o que tenga en sí las mismas características de la publicación original, porque el tema de la difusión juega un papel muy importante dentro de la redacción del artículo, hablando de redes sociales.

En tercer lugar, debemos también tener en consideración que puede existir el caso de que la retractación no sea publicada en el mismo medio, pero si tenga las mismas características, entonces existiría en la práctica una discordancia, porque como se menciona al no publicarse en el mismo medio se incumpliría lo que el artículo establece, pero al mismo tiempo si puede tener las mismas características; para poder entender de mejor manera esta situación supongamos lo siguiente: X publica su retractación en un medio de comunicación Z, que tiene un mayor prestigio, que es diferente al medio en que se publicó la noticia presuntamente calumniosa. Sin embargo, este medio de comunicación Z tiene un mejor y mayor alcance y difusión entre el público, la difunde de mejor manera, entonces en este caso tendría no solo las misma, sino mejores características que la difusión de la noticia inicial.

Además de aquello, hay que considerar que, para que una retractación pueda ser publicada en el mismo medio puede, pasar mucho tiempo y eso también hace que este inciso final del artículo se vuelva en la práctica no viable. Por lo antes mencionado, se podría decir que la retractación no puede darse tal y como el legislador lo establece “con las mismas características”, porque nunca va a ser igual a la publicación inicial de la noticia presuntamente calumniosa.

Como se puede ver, la defensa de la honra mediante el Art. 182 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que establece con claridad el delito de calumnia, se ha quedado corta ante el avance de la tecnología que ha extendido hasta límites inalcanzables el ejercicio de la libertad de expresión.

Así el castigo del delito de calumnia aparece como completamente limitado, aunque el Art. 182 establezca el concepto de calumnia y se extienda hasta la acción de la retractación, para eludir una sentencia. Es decir, la legislación penal ecuatoriana se quedó corta frente a una realidad social, como lo afirma cierto autor que se citará más adelante.

El delito de calumnia fue legislado con el fin de proteger el bien jurídico al honor y el buen nombre, que es inalienable a la condición humana. Sin embargo, ¿qué sucede cuando durante el ejercicio del periodismo y la libertad de expresión presuntamente se llega a cometer este delito?

El énfasis va en la palabra “presuntamente”, por la premisa de que es difícil establecer que se cumplen todos los requisitos que la teoría del delito exige para que se configure como tal la calumnia, por la ausencia de antijuricidad material en este contexto.

El autor, Élker Buitrago López (2005), en su libro “El periodismo y su régimen legal: legislación, jurisprudencia y doctrina”, escribe lo siguiente:

En países como Colombia, la calumnia y la injuria se han quedado cortas frente a la realidad social, toda vez que dichos tipos penales se diseñaron de manera demasiado amplia. Esto ha causado situaciones que se han prestado para denuncias que, en su mayoría, se convierten en temerarias o instrumentos de retaliación o intimidación contra los periodistas, lo que causa un acoso judicial y genera vulneraciones superlativas contra derechos fundamentales reconocidos (2005)

Hay que decir de manera categórica que lo mismo ha pasado en el Ecuador cuando se aprobó la Ley de Comunicación, que, si bien tuvo el acierto de integrar en un solo cuerpo disposiciones dispersas, se convirtió poco después de su vigencia en el instrumento para multiplicar denuncias, acosar periodistas y medios y vulnerar derechos fundamentales, utilizando la vía penal mediante el Art. 182 del COIP.

Se debe insistir en que la actual regulación del delito de calumnia es sumamente simple y reduccionista, con relación a las muchas formas en las que el bien jurídico de la honra podría ser vulnerado, en un mundo en donde han comenzado a imperar las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

2.3. La antijuridicidad formal y material en el delito de calumnia.

El análisis teórico de este delito ha generado varias discusiones doctrinarias a lo largo de los años, centradas en el hecho de que, al momento de aplicar una sanción contra la calumnia, hay que ponderar que derecho es más importante: la libertad de expresión o el honor.

Para la mayoría de autores que han abordado el debate desde la teoría del delito, lo importante es partir para el análisis desde el elemento constitutivo de la tipicidad, que no es más que la adecuación del hecho que se considera delictivo a la figura o tipo descrito por la ley.

Sin embargo, en los últimos años surge una nueva corriente que sostiene que, para dar solución a esta tensión doctrinal entre dos derechos fundamentales, el análisis debe partir desde la cualidad de la antijuridicidad.

Profundizando en el análisis, debemos tener claro que se entiende por antijuridicidad; el autor Ricardo Cobo escribe con claridad su concepto de lo que es la antijuridicidad. Para el experto esta categoría del delito:

Es pues, como conocimiento general en Derecho Penal, uno de los elementos considerados por la teoría del delito para la configuración del tipo penal o delito y se le define como aquel desvalor o desaprobación que posee un hecho dañoso o acto típico que es contrario a las normas del Derecho en general, es decir, se reprueba su accionar por estar contrario a las normas, las buenas costumbres y la sociedad (2018)

Para el Diccionario Jurídico Elemental del Dr. Guillermo Cabanellas antijuridicidad es: “El elemento esencial del delito, cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal en contradicción con aquel otro garantizado por el derecho”. (2008)

Eugenio Zaffaroni en su Manual de Derecho Penal: Parte General, establece que la antijuridicidad: “No surge del derecho penal sino de todo el orden jurídico, porque la anti normatividad puede ser neutralizada por un permiso que puede provenir de cualquier parte del derecho”. (1987)

Con estos conceptos básicos de por medio debemos tener en consideración que la antijuridicidad tiene una clasificación que para el presente trabajo será abordado solo en cuanto el delito de calumnia.

2.3.1. Antijuridicidad formal.

La antijuridicidad formal se entiende, como afirman los tratadistas antes anotados, como una conducta que es formalmente antijurídica, cuando es meramente contraria al ordenamiento jurídico.

Por tanto, la antijuridicidad formal no es más que la oposición entre un hecho y la norma jurídica positiva. Ejemplos claros de antijuridicidad formal se ven todos los días en los medios de comunicación como robar, matar o mentir, actos no solo son contrarios al ordenamiento jurídico sino a códigos morales como los 10 mandamientos de La Biblia.

El mexicano Raúl Plascencia Villanueva escribe en su libro Teoría General del Delito, que la antijuridicidad formal consiste en: “La oposición a la norma derivada de un comportamiento atribuible a un sujeto” y aclara que, por exclusión, las acciones ilícitas pueden constituir la antijuridicidad”. (2004, Pág. 135)

Es interesante hacer notar que para este autor entre las causas de justificación o exclusión que pueden anular la antijuridicidad está el ejercicio del periodismo, sin embargo,

aclara que, para invocar el derecho a informar objetivamente sobre la realidad, aún a costa de afectar el honor, la moral o el crédito de la persona, el periodista debe estar sujeto a límites de la ley, caso contrario, para este tratadista su comportamiento resulta plenamente punible.

Específicamente cuando hablamos del delito de calumnia, la libertad de expresión y el honor del servidor público, claramente podemos inferir que, si está presente la antijuridicidad formal, es decir, la existencia de un hecho que es contrario a la norma jurídica positiva, pero la discusión no se da en este punto, sino que se debe analizar a renglón seguido lo que tiene relevancia para la presente investigación que es la antijuridicidad material

2.3.2. Antijuridicidad material.

Se dice que una conducta tiene antijuridicidad material cuando, habiendo transgredido el ordenamiento jurídico conlleva, además, un componente de daño social, es decir, ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico protegido.

Con respecto a esto es importante tener en consideración que existe una distinción entre el lado formal y material del concepto de antijuridicidad, su diferenciación radica en el hecho de que el componente material de la antijuridicidad hace referencia o se relaciona con el bien jurídico protegido que se encuentra enmarcado o dentro de la norma penal. Aquí es fundamental traer a acotación lo que dice el autor Reinhart Heinz Zipf en su libro Derecho Penal: Parte General sobre la antijuridicidad material:

La antijuridicidad material se refiere a todos aquellos componentes que van más allá de los criterios de justificación legal y están relacionados con el criterio extrajudicial, siendo que la puesta en peligro o la dañosidad del bien jurídico protegido enmarcado en la norma es lo que configura esta antijuridicidad. (1994, Pág. 423)

Esto quiere decir que la antijuricidad material está más relacionada al bien jurídico protegido. Además, también debemos remitirnos o tener en consideración que si la antijuricidad material es también conocida como antisocialidad de la conducta y es un concepto que surge básicamente de la lucha entre el positivismo jurídico y el positivismo sociológico. Entonces, aquí es importante mencionar la cita que realiza el autor Zaffaroni en su libro *Derecho penal: parte general*, quien cita al autor Von Lison que dice: “La antijuricidad material es aquella acción que se considera como una conducta socialmente dañosa (antisocial y también asocial). Además, la antijuricidad material abarca lo que no es formalmente antijurídico”. (1987, Pág. 599)

Para este autor la antijuricidad material no es algo creado por el legislador, sino que es una situación que se presenta de forma distinta en cada caso concreto, siempre teniendo en cuenta que esta no es absoluta, sino que tiene un límite, que es la norma penal.

Entonces, con el análisis que realizan los autores citados debemos tener en consideración que la antijuricidad material es un elemento que debe siempre estar presente para determinar si sea cometido o no un delito, puesto que la antijuricidad material implica esa efectiva afectación del bien jurídico protegido y que muchas de las veces para poder analizar este componente el juez no le queda otra salida que remitirse a las pautas sociales de convivencia.

En el caso concreto de este trabajo, se debe entender que existe esta ausencia de antijuricidad material cuando está de por medio la defensa de la libertad de prensa, en razón de que se cómo se dijo intervienen varios derechos y para el periodista no se puede decir que esta categoría del delito está presente, porque justamente no hay ese componente de dañosidad hacia el bien jurídico, que sería el honor de la persona aludida en una información, sino que por el contrario existe un debate público de cuestiones que son de interés social.

Una vez analizado esto, una de las corrientes más actuales del derecho penal establece al derecho a la información como una causa de justificación de una presunta calumnia, cuando del honor de los personajes públicos se trate, en razón de que estas personas de forma voluntaria se someten al escrutinio de la sociedad, por tanto es una aceptación implícita de la exposición a esa la “lupa”, metafóricamente hablando y que los medios de comunicación, periodistas y las personas en general pueden a través de un sano ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a la información, realizar expresiones que tienen como objetivo el castigo de hechos delictivos que los servidores públicos pueden llegar a cometer, sin la intención de querer causar daño a su honor, sino por el contrario forman parte de una materia de interés público.

Este motivo de justificación con respecto al honor del servidor público se ve reforzado en el hecho de que esta exposición al ojo público de cuestiones de interés general, está íntimamente relacionada a otros derechos constitucionales, como la democracia y el pluralismo, porque para poder ser un ciudadano activo y poder elegir los servidores públicos que se merece la sociedad, se necesita justamente el derecho a informar sobre su actuar, no solo antes, durante o después de la elección, sino que aquellos personajes elegidos democráticamente como autoridades tienen la obligación de que su actuar se enmarque dentro de las normas establecidas por el ordenamiento jurídico.

Además, dentro de este contexto el autor Juan Luis Fuentes Osorio en su artículo Elementos Subjetivos en los Delitos contra el Honor, publicado en el libro Estudios Penales y Criminológicos, establece lo siguiente:

Un planteamiento que se apoya en la necesaria ponderación entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información, que reconoce, por consiguiente, que puede haber lesiones al honor justificadas por la existencia de un interés superior.

(2009, Pg. 277)

Con todo lo antes mencionado, se puede evidenciar que existe una ausencia de antijuridicidad material dentro del contexto de la libertad de prensa versus la honra del servidor público; esto nos lleva a la determinación que cuando nos encontremos dentro de este tipo de casos, no se podría dar la sanción penal porque existiría la ausencia de antijuridicidad en el delito de calumnia.

2.4. Los elementos subjetivos del delito de calumnia.

Es importante realizar un breve, pero trascendental análisis de los elementos subjetivos del tipo penal calumnia. Con esto no se quiere decir que los elementos objetivos no sean importantes, sin embargo para aquellos no hay discusión dentro de este delito, sino por el contrario la dificultad de sancionar este delito se encuentra dentro de los aspectos volitivo y cognitivo.

Más aún, dentro del contexto de la investigación, para que estén presentes estos elementos dentro del delito, el sujeto pasivo debe tener una plena conciencia de que con su actuar está cometiendo una conducta penalmente relevante, circunstancia en la que no podría estar enmarcado el periodista, porque su deber únicamente es el de informar, más no de realizar con su actuar un delito.

Estos elementos son clasificados por la doctrina como aquellos que son de esfera intencional, distintos del dolo, que pueden llegar a establecer si una conducta se la puede definir como típica o atípica.

Ya específicamente, para el delito de calumnia el autor Lombana, J (2007), establece que este delito se encuentra constituido por los siguientes elementos:

1. La atribución de un hecho delictuoso a persona determinada o determinable;

2. Que el hecho delictuoso atribuido sea falso;
3. Que el autor tenga conocimiento de esa falsedad;
4. Que el autor tenga la voluntad y conciencia de efectuar la imputación.

(2007, Pág. 144).

2.5. Elemento subjetivo del tipo.

Este análisis refuerza lo establecido en líneas anteriores con respecto a la antijuridicidad. Sin embargo, en caso de que el tipo no quede desechado, tampoco se podría decir que existe tipicidad porque no se cuenta con elementos subjetivos que deben estar presentes para que se configure el tipo penal dentro del contexto del ejercicio de la libertad de expresión del periodista, cuando se refiere a un servidor público.

Ahora bien, cuando analizamos este elemento específicamente en el delito de calumnia surgen algunas cuestiones trascendentales que son importantes analizar.

En primer lugar, se debe señalar que, dentro de este elemento, en el delito de calumnia tenemos los llamados animus, que justamente se refieren al ánimo o la intención que tiene la persona que emite la expresión. Estos ánimos se dividen en dos:

1. Animus iniurandi: es aquel animo que tiene como propósito el generar expresiones que causen descriso o menosprecio y sean emitidas de una persona hacia otra. También se la puede definir como la intención de lesionar el honor de otra persona.

2. Animus calumniandi: se lo define como aquel animo que tiene una persona que realiza la imputación de un delito a otra, con el conocimiento de que era falso.

Estos ánimos son aquellos necesarios para que de forma subjetiva se pueda configurar el delito. Sin embargo, ¿qué pasa cuando existen intenciones distintas a estos ánimos?

El autor Juan Luis Fuentes en su artículo Elementos Subjetivos en los Delitos contra el honor, publicado dentro del libro Estudios Penales y Criminológicos, expresa:

La existencia de otra intención distinta será especialmente considerada para valorar si la conducta está justificada, ya que dicha intención (de criticar, informar, etc.) se requerirá como elemento subjetivo del ejercicio legítimo del derecho correspondiente. (2009, Pág. 281)

Si analizamos a profundidad lo mencionado por el autor, llegamos a la conclusión de que la existencia de un ánimo subjetivo distinto al de calumniar, podría llegar a formar parte de elementos que contribuyan a establecer una causa de justificación que legitime la lesión del honor.

Al respecto tenemos que tener en consideración o traer a acotación el concepto de dolo directo, que consiste en que el autor que comete el delito tenga conocimiento claro y preciso de que está cometiendo un hecho prohibido y que sumado a aquella situación tenga la intención de cometerlo. Para esto debemos mencionar lo que el autor Edgardo Donna en su libro Derecho Penal: Parte general Tomo I dice sobre el dolo directo y es lo siguiente:

El dolor directo sin más que decir es el propósito sin equivocación de querer tener el intencionalidad clara y precisa de que con mi actuar estoy cometiendo y por sobre todo que tenga la intención de cometerlo; también, esto dolo es justamente aumentar el sufrimiento de la víctima de manera innecesaria. Su presencia es necesaria o se exige tanto en el delito final, y cualquier otro de los dolos en el delito medio (1985, Pág. 208)

Continuando con el análisis que realiza el autor Donna se debe mencionar que específicamente el tipo subjetivo del delito de calumnia es el siguiente:

En el aspecto subjetivo el agente debe conocer la falsedad y querer manifestarla (dolo directo). En consecuencia, se existe el dolo del autor, conocer que está imputado una falsedad. Este conocimiento de la falsedad lleva a que solo pueda admitirse el dolo directo (1985, Pág. 241).

Entonces, aquí surge algo muy importante para el presente análisis que es justamente que para el delito de calumnia pueda ser penado debe siempre existir el dolo directo que es esta intención de manifestar la imputación pero dentro de su labor el periodista al publicar su investigación, noticia, expresión, etc. su intención no es calumniar sino por el contrario es la de informar, dando como resultado que la intención maliciosa de querer causar el daño queda diluida o anulada dentro del tipo penal; y como hay una falta de su existencia la conducta se vuelve atípica. Por esta razón, que, dentro de este delito, aunque algunos autores tienen la posición de lo contrario, se podría admitir el error de tipo y de prohibición en el delito de calumnia.

En este punto es importante tener en consideración que existe una discusión con respecto a la falsedad de la imputación. Algunos autores establecen que este elemento debe ser tomado en cuenta como subjetivo; en cambio hay otros que están en contra de esta corriente y defienden la posición de que el derecho al honor está en una esfera más elevada que la protección del resto de derechos.

Sin embargo, nos orientaremos hacia la corriente que establece la falsedad como elemento subjetivo específico, puesto que defender una posición contraria limitaría el derecho a la libertad de expresión y de prensa; con esto se generaría un impacto en la sociedad, que quiere ser informada para poder gozar de una democracia, en libertad y con pluralidad.

Además, si se realiza una interpretación correcta del Art. 182 se podría decir que nuestra legislación penal sigue esta corriente al establecer: “*No será responsable de calumnias quien probare la veracidad de las imputaciones*”.

Con lo mencionado con anterioridad, solo pudiéramos decir que son sancionables aquellos hechos que se realizaron con la convicción del conocimiento de su falsedad; pero no se cumpliría con este requisito subjetivo si lo imputado es efectivamente verdadero que generalmente es lo que sucede en los casos de las conductas de los servidores públicos.

CAPÍTULO TRES: CRITERIOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS RESPECTO DEL HONOR DEL SERVIDOR PÚBLICO Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DURANTE EL EJERCICIO DE LA LABOR PERIODÍSTICA.

3.1. Análisis de la primacía de derechos.

La oposición que existe entre el derecho a la honra de los servidores públicos y el derecho a la libertad de expresión durante el ejercicio de la labor periodística, no es aparente sino real, es una lucha, una batalla entre “bondades contrapuestas” y quedó demostrada durante el desarrollo de los dos capítulos que anteceden. En el presente numeral se abordará o analizará la importancia o primacía, que podría tener el un derecho sobre el otro. ¿Está el uno por encima del otro?, ¿existe una primacía de derechos?, ¿cuál derecho es superior o tiene ventajas con respecto al otro?

Vale la pena parafrasear una idea publicada en el periódico norteamericano The New Yorker, al observar los problemas jurídicos que surgen cuando se plantea la necesidad de decidir entre dos bondades contrapuestas: “la protección de la persona contra la malicia y el interés del público en que los asuntos públicos se ventilen libremente”. (The New Yorker, 1987)

Al plantear esta oposición, que como ya se dijo es real, entre el derecho a la libertad de expresión de periodistas, comunicadores y ciudadanía en general y el derecho al honor de los servidores públicos, se valora que para entender el problema es de suma importancia definir el contexto, porque si bien es cierto que el servidor público tiene derecho a hacer respetar y

defender su honor, tampoco es menos cierto que periodistas y comunicadores, e incluso hiendo un poco más allá, la ciudadanía en general, están también en su legítimo derecho de ejercer su libertad de expresión, informando, opinando o comunicando, con respecto a actos o hechos protagonizados por servidores públicos en el desempeño de sus funciones y que se constituyen en acontecimientos de dominio público.

Para poder entender, hay que insistir o ratificar que existe una contraposición entre dos derechos, por una parte, el derecho a la libertad de expresión, de información o de prensa, que tiene que ser visto desde una perspectiva activa y otra pasiva. Activa porque el periodista, o el comunicador, tienen el derecho a informar y pasiva porque los ciudadanos a su vez tienen el derecho a ser informados; pero por otra parte se tiene el derecho al honor de un funcionario o servidor público, cuyo valor jurídico se encuentra en una situación distinta, diversa, dado que por su actividad está sometido al escrutinio público y al escrutinio de lo público. Esto quiere decir que el honor del servidor público se encuentra en un plano distinto del honor del ciudadano común, que no ejerce una función o una potestad estatal, en este caso cuando es señalado por un acto en el ejercicio de su función pública, el servidor público no es atacado en su intimidad personal.

Planteado este contexto, por todo lo antes mencionado, cabe hacer una pregunta: ¿qué derecho resulta tener una mayor relevancia? En la teoría general del derecho y en nuestra Constitución de la República, todos los derechos tienen un mismo rango, es decir ningún derecho está por encima de otro. Sin embargo, debemos tener en cuenta que dentro del contexto del análisis del presente trabajo de investigación, los derechos tienen una situación diferente. Para poder entender esto debemos citar a la autora Cristina Fix Fierro (2006) y su obra “El derecho al honor como límite a la libertad de expresión:

La libertad de expresión ha jugado un papel crucial en el desarrollo del ser humano y de las sociedades y, sobre todo, ha sido un logro irrenunciable de las revoluciones liberales frente a situaciones de regímenes opresivos donde existían controles para la libre difusión del pensamiento. (2006, Págs. 127-146).

El proto legislador ecuatoriano José Mejía Lequerica prefería “un país de escritores” a la represión de la libertad de imprenta. Por su parte Cristina Fix destaca el valor de la libertad de expresión que se enfrenta al poder. Del párrafo citado, se destaca el hecho de que la libertad de expresión es un derecho fundamental en el desarrollo de las democracias participativas por todo el mundo. Como tal factor de desarrollo democrático, protege no solo el ejercicio del trabajo o la labor periodística, sino que es garantía para la información, las opiniones o los comentarios que pueda verter la ciudadanía en general, al cuestionar las acciones u omisiones de los funcionarios públicos, en un mundo permeado por las nuevas tecnologías que han permitido el surgimiento de las redes sociales.

Ahora bien, es conveniente una puntualización para no generar confusión. El periodista ejerce su derecho a la libertad de expresión y también puede ejercer la libertad de prensa, que es aquel derecho a informar por cualquier medio de comunicación masiva sobre los actos públicos de la autoridad. Esta extensión o ampliación de derechos, si así se le puede decir, robustece la posición con respecto a la libertad de expresión, puesto que como se escribió en el primer capítulo de este trabajo de titulación, la prensa juega un papel fundamental dentro del desarrollo de las democracias, al entregar al público información sobre cómo actúan los funcionarios públicos en el ejercicio de sus labores. Esta información plural y diversa, convierte al ciudadano en un ciudadano informado, que puede por ejemplo mediante el voto participar de manera activa en la organización y reorganización del estado.

De su parte, el derecho al honor sirve para proteger a las personas con respecto a expresiones u opiniones de índole personal, por ejemplo, el insulto o la calumnia. En este sentido, es claro que la ni la libertad de expresión, la de prensa, o el derecho a la información, son un blindaje para el insulto, puesto que de darse el caso se estaría de forma efectiva afectando al honor del servidor público.

Sin embargo, los periodistas dentro del ejercicio de su profesión realizan cuestionamientos y los ponen a debate público; y al respecto vale citar la sentencia STC 180/1999 del Tribunal Supremo de España que considera que los servidores públicos deben tolerar un nivel de crítica superior, porque estos de forma voluntaria al aceptar un cargo público, están conscientes de que por su actuar con respecto a su cargo serán cuestionados, tanto por la prensa como por la ciudadanía en general. (Tribunal Supremo de España, 1999)

Con respecto a esto, la abogada Celia Ibáñez en su libro *El derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información*, escribe lo siguiente:

La técnica de ponderación como medio de resolución de conflictos entre los mencionados derechos fundamentales exige una valoración doble. Por un lado, la del “peso abstracto” y por el otro, la del “peso relativo”. La primera de ellas debe respetar la posición prevalente de la que gozan la expresión y la información. Ya que resultan ser esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre.

Alcanzando la máxima protección constitucional cuando dichos derechos lo ejercitan profesionales de la información. (Lado activo). Y también, cuando la información o expresión van referidas a personajes públicos (Lado pasivo). (2021)

Esto quiere decir, en el contexto que nos atañe, que la libertad de expresión e información, cuando son ejercidas por profesionales como el periodista, tienen un mayor nivel o estándar de protección, puesto que el periodista en último término está en el ejercicio de su

profesión y este actuar no puede ser limitado de forma arbitraria por parte de los funcionarios públicos, a pretexto de la protección de su honor.

Para concluir este numeral, si bien los derechos a la libertad de expresión y al honor no son absolutos, o tienen primacía el uno sobre el otro, si se debe puntualizar que para el caso en concreto al derecho a la libertad de expresión, este goza de una esfera de mayor protección frente a la defensa del honor del servidor público, entre otras cosas por el simple hecho de que al aceptar un cargo ya sea por designación popular o nombramiento del Estado, este asume voluntariamente una posición frente a la sociedad y esta es soportar un mayor nivel de crítica y de escrutinio público.

Aquí es oportuna también la opinión de James Madison, uno de los padres fundadores de los Estados Unidos quien dijo: “es indispensable el derecho a informar libremente al pueblo... con toda justicia ha sido considerado el único guardián efectivo de todos los demás derechos”.

Complementando esta idea, la opinión del historiador ecuatoriano Federico González Suárez, que literalmente dice: “Suponiendo que las cosas fueran ocultas, todavía al historiador le sería lícito sacarlas a la luz, para lección de la posteridad, para vindicación de la moral y para escarmiento de los escandalosos. El bien general se prefiere al particular”. O como dice el refrán popular “quien nada debe nada teme”.

3.2. Análisis del estándar de la real malicia y su introducción en la legislación ecuatoriana.

El poder siempre busca caminos oscuros o torcidos para evitar el escrutinio público. Por tal motivo es importante señalar lo siguiente “Acaso sea verdad universal que la pérdida de la libertad en un país deba imputarse a disposiciones contra peligros extranjeros, reales o presuntos” que escribió James Madison en 1798. Ese temor a peligros extranjeros

llevó en Estados Unidos a expedir la Ley de Sedición que castigaba con dureza la crítica política a finales del Siglo XVIII. La nación americana solucionó el problema creado por esta Ley con civilizada actitud, perdonando a los condenados por ella y durante más de un siglo se creyó que se había superado todo obstáculo al ejercicio de la libertad de expresión y de prensa, hasta la publicación del artículo pagado “Escuche sus voces que claman”, en el periódico New York Times, el martes 29 de marzo de 1960.

El caso Sullivan en Estados Unidos fue la inspiración para la defensa más apasionada de la libertad de expresión y la generación de una doctrina que hasta el día de hoy sirve como patrón, modelo o punto de referencia (estándar) para valorar y emitir juicios en los que está en juego la libertad de expresión versus el honor del servidor público. Doctrina que se aplica en la mayoría de legislaciones del mundo.

Tony Pederson, ex presidente de la Sociedad Interamericana de Prensa, afirma que “la aplicación que surge de Times contra Sullivan no es tan solo la norma por antonomasia de la Libertad de Expresión. Es en esencia, el derecho del pueblo a la autodeterminación y el autogobierno. No es nada menos que la piedra angular de la democracia”.

De forma previa a explicar la aplicación de la así llamada “piedra angular de la democracia” en el contexto ecuatoriano hay que entender que es y de donde surge el mencionado estándar.

La real malicia (“actual malice” por su nombre en inglés) es un modelo jurídico que se aplicó en los Estados Unidos, a raíz del paradigmático caso Times contra Sullivan, que llevó a la Corte Suprema de ese país a expedir una histórica sentencia sobre la libertad de expresión.

Es tan importante la decisión, no solo en los Estados Unidos, sino a nivel mundial porque abrió otro camino para que los periódicos y la ciudadanía digan y publiquen libremente su pensamiento.

El responsable de redactar la sentencia fue el magistrado Brennan, para el que es importante un “profundo compromiso nacional”, con el valor, con el principio de que:

“El debate de los asuntos públicos debe ser robusto, abierto de par en par y sin inhibiciones, y que bien pudiera incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente mordaces contra el gobierno y los funcionarios públicos”. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 9 de marzo de 1964, Ninguna Ley, página 125)

La relevancia de los razonamientos contenida en dicho fallo ha contribuido a dilucidar el problema creado por el conflicto entre la libertad de expresión e información y los derechos individuales relativos a los servidores públicos. ¿Cómo surge el estándar de la real malicia? Para poder responder esta interrogante es importante recordar el contexto histórico y social en el que se dio el fallo.

El concejal de la policía de la ciudad de Montgomery, capital del estado de Alabama (segregacionista), Estados Unidos, L. B. Sullivan inicio el 19 de abril de 1960 una acción legal por difamación en contra del famoso New York Times, por una publicación pagada realizada en el periódico por parte del “Comité para la Defensa de Martin Luther King (MLK) y la lucha por la libertad del Sur”, texto titulado “Escuchen sus voces que claman” en el que se narraba la lucha por los derechos civiles de los afroamericanos y las minorías y se pedía ayuda económica para defender al pastor King, acusado de perjurio y evasión de impuestos por un gran jurado de Alabama, la primera acusación de este tipo en toda la historia del estado y si MLK era condenado podía pasar hasta 10 años en prisión.

Había entonces un velado intento por callar la voz de los que protestaban por sus derechos.

Sullivan argumentó que al citarse en uno de los párrafos del aviso pagado a la “policía” de Montgomery que, armados con escopetas y gases lacrimógenos, habían desalojado a un grupo de estudiantes de la escalinata del capitolio estatal, también se aludía a él como concejal de la policía. Adicionalmente consideraba que en un párrafo más adelante se acusaba también a la Policía de Montgomery de cometer actos ilícitos y haber violado la Constitución y que esto era difamatorio también para él como individuo. El jurado del juicio de primera instancia, que lo condujo el juez Walter Burgwyn Jones un declarado segregacionista, declaró el 3 de noviembre de 1960 culpables al periódico y a los cuatro pastores negros demandados que aparecían en la publicación como responsables de ella y los condenó a pagar USD 500.000,00 de indemnización a Sullivan. Los demandados solicitaron un nuevo juicio, que fue negado por Jones y apelaron la decisión; el caso subió a la Corte Suprema de Alabama que ratificó la sentencia de Jones el 30 de agosto de 1962. Finalmente, el 9 de marzo de 1964 la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, revocó los fallos de la Corte Suprema de Alabama y del juez Jones.

Era una época en los Estados Unidos en que las demandas por calumnia eran usadas por funcionarios públicos de los estados del sur, profundamente racistas, segregacionistas, para reprimir el movimiento de los derechos civiles.

Este fallo de última instancia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos es el que tiene relevancia para la presente investigación. El encargado de desarrollar la ponencia para el voto de la mayoría, fue el juez el Juez William J. Brennan. La SCOTUS por sus siglas en inglés está compuesta por 9 jueces, sus decisiones son inapelables, los jueces que componen la mayoría son concurrentes y los de minoría son disidentes. En el caso Sullivan los jueces concurrentes delegaron la tarea de redactar la sentencia al juez Brennan, que

aprovechó la oportunidad para desarrollar el estándar de la “Real Malicia”, que para el magistrado debe ser aplicado en todo caso en el que se hallen en conflicto el derecho a la libertad de expresión e información y los derechos individuales de los servidores públicos. La votación fue de 7 contra 2.

Luego de conocer este contexto histórico y cómo surge el estándar de la Real Malicia, se debe establecer en que consiste y analizarlo. La ponencia de Brennan, en términos generales, es la siguiente:

Debe existir una regla que evite que las garantías constitucionales sean utilizadas por los funcionarios públicos con la intencionalidad de recibir una indemnización por expresiones que son difamatorias o inexactas, que tengan relación con su conducta oficial, sin que se compruebe que dichas expresiones fueron emitidas con real malicia. Esto consiste en que se tenga conocimiento de que son falsas o con una relevante despreocupación de verdad o falsedad. (Ordoñez, 1985, Págs. 293)

Es decir, la real malicia es la intención de imputar un delito a un funcionario público sin apego a la verdad. Pero la doctrina prohíbe a los funcionarios públicos acceder a una indemnización por daños por la difusión de una publicación o información que contenga hechos “falsos” o “difamatorios” con relación al ejercicio de sus funciones, a menos que este pueda comprobar que la misma se realizó con real o verdadera malicia.

Planteadas, así las cosas, surgen tres preguntas o puntos de partida para el análisis que permiten dilucidar qué problemas jurídicos resuelve esta doctrina:

¿Quiénes son servidores públicos o a qué sujetos se les puede aplicar esta doctrina?

¿Cuál es el grado de relevante despreocupación por la verdad o la falsedad que debe estar presente?

¿Cuál es la diferencia entre los hechos que pueden llegar a ser verdaderos o falsos o la "temeraria despreocupación por la veracidad" y la simple manifestación de una opinión? (Para la jurisprudencia norteamericana las opiniones relacionadas con asuntos de interés público recibirán protección constitucional completa)

El análisis y las respuestas a estas 3 interrogantes resuelven de forma clara el alcance de la doctrina y establecen los parámetros que tienen que ser considerados para cada caso concreto.

3.2.1. ¿Quiénes son servidores públicos o qué sujetos se les puede aplicar esta doctrina?

No solo en Estados Unidos, sino en el desarrollo de muchas legislaciones del mundo, al volverse norma universal la Real Malicia, se extendió el debate hacia a aplicación de este estándar también para las “figuras públicas”, un debate que no ha terminado y según cómo ha evolucionado la sociedad y también las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, se ha hecho más extenso. Una “figura pública” se desenvuelve en el ámbito privado, pero por su actividad se halla en una posición social que le expone al escrutinio público. La sentencia de Times contra Sullivan, no solucionó este dilema, sino que abrió la puerta a más demandas por calumnia, difamación o libelo. Entonces ¿cómo deslindar lo público de lo privado? La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de cierta manera se puede decir que restringe aquella calidad de sujeto pasivo y establece que para la aplicación de esta real malicia se debe referir el sujeto activo de un servidor o funcionario público; es decir que se aplica para todas aquellas personas que figuren o tengan un papel en la esfera gubernamental y cuyos actos sean de interés social para las democracias participativas, en relación con la llamada “cosa pública”.

La Doctrina de la Real Malicia no fue el final sino el punto de partida para el desarrollo de toda una jurisprudencia, en aplicación a cada caso particular que permitió delimitar a quienes se les podía aplicar este estándar.

En sentido estricto, según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (DPEJ) on line, el servidor público (o servidora pública) es:

1. Persona que, en cualquier forma o a cualquier título, trabaja, presta servicios o ejerce un cargo, función o dignidad dentro del sector público.
2. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de esta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.
3. A este efecto considérense equivalentes los términos *funcionario público, servidor público, empleado público, encargado de servicio público* y demás similares y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.
4. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.

En conclusión, se establece de manera general que el servidor público es aquel que ocupa una posición dentro del orden gubernamental y que además puede generar un poder y una orden decisiva dentro de la sociedad.

3.2.2. ¿Cuál es el grado de la temeraria despreocupación por la verdad que debe estar presente?

Para este punto es importante remitirnos a la traducción e investigación que realiza al autor Eduardo Bertoni en su artículo “New York Times vs Sullivan y la Malicia Real de la Doctrina”, que dice lo siguiente:

Actual malice, o real malicia, requiere como mínimo “reckless disregard for the truth” o, como se ha traducido en nuestra lengua -la temeraria despreocupación por la verdad-; para la Corte, aunque este concepto no pueda ser definido acabadamente, lo que resultaba claro es que engloba los casos en los que quien hizo la manifestación falsa, la hizo con un alto grado de conocimiento sobre la probabilidad de la falsedad o debió haber tenido serias dudas sobre la verdad de la publicación. Asimismo, que se necesita más que una comparación con una conducta razonable de un hombre prudente en ese momento, ya que debe haber suficiente evidencia de que en el caso concreto el enjuiciado tenía en consideración dudas sobre la verdad de la información”. (Bertoni, 1964, Págs. 265-266)

Del texto citado se desprende que uno de los elementos que se debe considerar para establecer si la difusión de la información se realizó o no con malicia, es la convicción de que la persona o medio de comunicación, con pleno conocimiento del hecho falso, publicó o emitió la noticia. Lo cual es difícil de probar o como dice Bertoni, “debe haber suficiente evidencia”.

Esto es importante tener en cuenta y enlazar con la siguiente consideración que también es analizada por el autor Bertoni, quien a su vez cita al juez norteamericano Stevens, que hace un examen de la investigación periodística y establece lo siguiente:

Las fallas en la investigación periodística antes de la publicación, aunque una persona razonable y prudente no las hubiera detectado, son insuficientes

para establecer “reckless disregard” (despreocupación de la verdad). En su lugar, en estos casos, la existencia de “recklessness” debe fundarse cuando hay obvias razones para dudar de la veracidad o la exactitud de lo que se publicara. (Bertoni, 1964 Pág. 266)

Esto quiere decir que ni las fallas previas de la técnica de la investigación periodística son suficientes para establecer la existencia de la temeraria despreocupación. Como se dijo anteriormente, no puede haber dudas en la convicción con respecto a la temeraria despreocupación y además esta certeza debe ser puntual y sin margen de error.

Otra consideración de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos a tener en cuenta y que consta en la sentencia, citada en el libro de Bertoni, es la siguiente:

La Corte Suprema señaló que las acciones civiles por difamación de esta naturaleza tienen por efecto inhibir la crítica del Gobierno y de sus funcionarios. El temor a pagar cuantiosas sentencias indemnizatorias, bajo los estándares de responsabilidad previstos en la Ley de Alabama, era igual o más disuasivo que el miedo al inicio de acciones penales. La libertad de expresión no puede sobrevivir en un ambiente en el que impera el miedo y la timidez impuesta hacia quien se atreva a criticar públicamente a las autoridades (Bertoni, 1964, pp. 277-278).

Al resolver la apelación, la Corte Suprema encontró que la prueba presentada por Sullivan no cumplía con el estándar de real malicia. Aunque había evidencia de que el diario había hecho la publicación, sin contrastar la exactitud del anuncio con los documentos que tenía en sus archivos y de que tampoco contactó a los signatarios, dicha evidencia, en el peor de los casos, solamente probaba negligencia y, por tanto, era insuficiente para demostrar una temeraria despreocupación sobre su falsedad.

Una vez más, se insiste en que la crítica a las autoridades debe ser abierta y sin restricciones, por lo tanto, el demandante en un caso de difamación debe probar más allá de toda duda razonable que el periodista o el medio de comunicación actuaron con “reckless disregard for the truth”.

3.2.3. ¿Cuál es la diferenciación entre los hechos que pueden llegar a ser verdaderos o falsos y la simple manifestación de opiniones?

Aquí el análisis se vuelve un poco más complejo, en razón de que no se transforma en una cuestión de derecho, sino que por el contrario esta separación o diferenciación puede establecerse por el análisis a un nivel semántico, es decir, desde el significado de las palabras.

Luego de varias sentencias en los Estados Unidos, por la cuales los jueces tuvieron que analizar con detenimiento como el estándar se podía aplicar a cada situación, tomando como ejemplos más importantes *Commonwealth vs Canter*, *Coleman vs Calennan*, caso *Gertz*, y decidieron que las opiniones que no tienen un impacto social o una relevancia no pueden ser tomadas en cuenta para establecer real malicia. Esto quiere decir que, para las cortes, si una persona X durante una conversación casual con una persona Y opina sobre una tercera persona, este hecho al no tener relevancia no es prueba suficiente para probar real malicia.

Por otra parte, las opiniones con fundamento en hechos que han sido comprobados como reales o verdaderos (lo que para la jurisprudencia norteamericana se llama comentario justo o “fair comment”), tampoco constituyen real malicia.

Solo los hechos difundidos o manifestados a través de medios de comunicación con gran alcance y que de una manera sencilla se puede demostrar que son verdaderos o falsos y que además generaron un gran impacto social, son aquellos que en presencia de la

“temeraria despreocupación por la verdad”, pueden ser juzgados para establecer si existió malicia al ser publicados.

Se puede resumir entonces que, para la doctrina de la Real Malicia:

- 1.- Se debe determinar si el demandante es un servidor público o una “figura pública”.
- 2.- Debe existir una “temeraria despreocupación por la verdad.
- 3.- Se juzga sobre hechos y no sobre opiniones y esos hechos deben ser noticiables y de actualidad.

Luego del análisis de estos tres parámetros fundamentales, que deben estar presentes para juzgar si existió o no real malicia en las informaciones difundidas por los medios de comunicación, está claro que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos fue un hito en la protección de la Libertad de Expresión, no solo en esa nación norteamericana sino a nivel mundial. Hoy en día en muchos países se utiliza este estándar en el ámbito judicial para resolver casos en los que se contraponen la libertad de expresión y la defensa del honor.

Por otra parte, el fallo deja claro que en los estados democráticos es inadmisibles la persecución judicial como reacción a la crítica pública de los servidores públicos y los gobernantes. Lo que convierte también a la sentencia de Times contra Sullivan en un documento político, porque tiene relación con la defensa de un valor que atañe a la organización de la mayoría de los estados modernos, la democracia.

Hay que recordar que los jueces ponentes dejan claro que el debate o la crítica de los temas de interés público debe ser abierta, sin trabas, sin censura, robusta y libre.

La real malicia es considerada como la doctrina americana para la tutela efectiva de la libertad de expresión y con el objeto de abundar un poco más, hay que leer que propone al respecto la doctrina europea que es citada por el autor Carlos Serrano en su libro Libertad de prensa, extensión y límites, desde el análisis de la antijuridicidad:

Según esta doctrina, el juzgador no debe ceñirse tanto a determinar la tipicidad de la acción del comunicador y la invasión de la esfera del honor, cuanto a determinar la juridicidad de esa conducta. Y es que, la acción del comunicador podrá enmarcar dentro de la tipicidad descrita en la norma penal; pero, si su conducta constituye el ejercicio de la libertad de opinión o de la libertad de información, no podrá ser objeto de reproche alguna. (Serrano, Pág. 26).

Es decir, tanto la doctrina americana como la europea, han llegado a la misma conclusión, por distintos caminos. Desarrollado el marco histórico del estándar de la real malicia, es decir, en qué condiciones y cuando surge, de qué se trata y cuando amerita analizar si se debe o no aplicar a la publicación o difusión de hechos noticiosos, bajo que situaciones, se abordará el contexto en el que se empieza aplicar, adaptada a la realidad ecuatoriana.

3.3. El caso León Febres Cordero vs. Rodrigo Fierro: la primera vez que se menciona la real malicia en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador.

Cómo antecedente de la legislación ecuatoriana, en el cual se menciona por primera vez a la real malicia, está el juicio de León Febres Cordero contra el articulista de Diario El Comercio, Rodrigo Fierro.

En junio de 2003 el expresidente León Febres Cordero y líder del Partido Social Cristiano, demandó penalmente a Fierro por el delito de injuria calumniosa por un artículo publicado el 29 de mayo de 2003, en el que el periodista acusaba al político “como

protagonista del contubernio entre la gestión política y la conducción económica del Estado al servicio de la oligarquía plutocrática que ha gobernado al país”.

Una de las cortes penales de Quito, el 19 de septiembre de 2003, resolvió a favor de Febres Cordero, condenando a Fierro a 6 meses de privación de la libertad y al pago de 1 millón de dólares de indemnización. La Corte Superior de Justicia de Quito ratificó la sentencia, pero la rectificó reduciendo la pena a 30 días y al pago de un valor de 100.000 dólares en indemnización. Finalmente, el 29 de octubre de 2004, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador ratificó la sentencia condenatoria contra el comunicador Rodrigo Fierro, impuesta el 12 de diciembre de 2003 por la Corte Superior, pero suspendió la sentencia de 30 días de prisión porque el comunicador no tenía antecedentes penales, era mayor de 70 años y la pena no excedía los 6 meses. Fierro debía pagar el valor de 100 dólares por costas judiciales.

Lo verdaderamente interesante es que en su sentencia la Corte Suprema, en sus motivaciones, menciona de paso a la doctrina de la real malicia, pero no la considera como un factor determinante para resolver el caso, aunque los abogados de Fierro advirtieron que se ponía en riesgo la libertad de expresión y se abría la posibilidad de que “a través de un juicio penal se amedrente a los periodistas y articulistas de opinión”.

3.4. La real malicia en una sentencia vinculante: caso Diario La Hora.

La doctrina de la real malicia fue introducida al ordenamiento jurídico ecuatoriano el 04 de septiembre de 2019 por la Corte Constitucional en su sentencia No. 28213-JP/19.

La Corte, para el desarrollo de esta jurisprudencia vinculante, tomó como caso de análisis y revisión, la Acción de Protección presentada por el entonces Subsecretario Nacional de la Administración Pública, Oscar Pico, contra el Diario La Hora, funcionario que alegó que se violaron los derechos al honor, información veraz, a la réplica y rectificación del Gobierno Nacional, por una publicación realizada por el medio de comunicación el 10 de

octubre de 2012 sobre los gastos que realizó el gobierno de ese entonces en publicidad oficial (El titular del artículo decía: “71 millones en propaganda”). Diario La Hora publicó la respectiva nota de réplica en la cual constaba la posición del funcionario con respecto al tema.

En primera y segunda instancias fue aceptada la Acción de Protección. Sin embargo, con la Sentencia No. 282-13-JP/19, la Corte Constitucional procede a declarar como improcedente la Acción, estableciendo que los fallos emitidos por los jueces de primera y segunda instancia constituyen claras e ilegítimas limitaciones y restricciones al derecho a la libertad de expresión.

Con esta sentencia se marcó un término a favor de la protección de la libertad de expresión y contra el sistema de regulación, control y represión que había establecido el Gobierno de Rafael en contra de la prensa, a partir de la vigencia de la Ley de Comunicación y su Reglamento, en el año 2012.

Los razonamientos más importantes de la sentencia, antes de abordar la doctrina de la real malicia, fueron los siguientes:

- La información de interés público reviste el carácter de discurso especialmente protegido por el derecho a la libertad de expresión. En consecuencia, al analizar la legitimidad de una restricción a la libertad de expresión, los jueces y juezas deben determinar si se trata de un discurso que amerita una protección especial y, si es así, aplicar un escrutinio más estricto. (Sentencia N° 282-13-JP/19, Pg. 108)
- La Corte Constitucional cuando se refirió a la Opinión Consultiva N° 05/85, manifestó que el derecho a la libertad de expresión es una "piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática" (Págs. 55) y establece que "se facilita la democracia representativa, la participación ciudadana y el autogobierno por parte de cada nación" (Pág. 57)

Por otra parte, también es importante mencionar que esta sentencia constitucional, dejó sin efecto lo establecido por las sentencias de primera y segunda instancia, que habían determinado una vulneración del derecho al honor, sin embargo, la Corte dejó claro que las personas jurídicas (como el Estado) no tienen derecho al honor, ya que solo las personas naturales e individuales son susceptibles y le es inherente este valor. Cuestión que analizada desde la perspectiva de los derechos humanos parece obvia, pero que demuestra hasta donde estaba dispuesto a llegar el gobierno de entonces en su afán de contrarreplica a los medios y periodistas. No le importó ir a contracorriente de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y las declaraciones internacionales, que hacen inconcebible la titularidad del derecho al honor por parte del Estado.

La Corte estableció también que antes de recurrir a la vía judicial, la persona que se sienta afectada por información que considere incorrecta debe solicitar el recurso de la rectificación o corrección al medio de comunicación y solo cuando esta rectificación sea considerada como insuficiente, se debe recurrir a la vía judicial:

“La rectificación o la respuesta constituyen el mecanismo más cercano en el tiempo desde la publicación de la información y son más efectivas, dado que brindan la oportunidad de que la persona agraviada controvierta la información difundida, de manera que se restablezca su buen nombre y reputación”. (2019, Pág. 75)

Otro aspecto importante a considerar de la sentencia de la Corte Constitucional, es que por primera vez se le otorga a la real malicia la característica de jurisprudencia vinculante para el ordenamiento ecuatoriano, esto con la finalidad de detener la práctica que se convirtió en “modus operandi” de los funcionarios públicos, empezando por el presidente de la República que dio el mal ejemplo, de utilizar procesos judiciales para evadir el escrutinio público y el debate público (caso “Gran Hermano” o “Correa vs. Diario El

Universo”). Muchos periodistas optaron por la autocensura o el retiro del oficio porque se impuso el temor a ser demandados, a ir a prisión y a pagar millonarias indemnizaciones. Por otra parte, durante el período del correísmo de 2007 a 2017 y ya con La Ley de Comunicación en vigencia, fueron desacreditados y perseguidos los medios que se atrevían a hacer oposición al gobierno, mediante la implementación de cuotas de publicación, cuotas de papel y un esquema de multas que ponían en riesgo la supervivencia de las empresas periodísticas.

A diferencia del ordenamiento jurídico norteamericano, para la Corte Constitucional de Ecuador todo funcionario que se sienta afectado por hechos noticiables puede acudir a mecanismos como la réplica o la rectificación y cuando estos fallan puede acudir a la vía civil o penal y es allí cuando el juzgador deberá ponderar si la información está apegada a la verdad o se aplica el estándar de la real malicia.

Para la justicia ecuatoriana, ¿cómo debe aplicar la real malicia? En esencia es el mismo enfoque que en los Estados Unidos o cualquier otro país donde se tome en cuenta este factor para la defensa de la libertad de expresión: para poder condenar a un periodista o a un medio de comunicación por calumnia o difamación primero se debe comprobar que la publicación de la noticia se realizó con pleno conocimiento de que los hechos narrados o sus expresiones eran falsos, es decir que existió una “temeraria despreocupación por la verdad”. Lo cual es difícil de comprobar porque tanto el periodista como el medio no trabajan día con día para mentir.

Otra diferencia notable con que la Corte plantea la aplicación de la doctrina para el Ecuador, con respecto a Estados Unidos, radica en que:

El criterio que determina la aplicación del estándar es el carácter público de la información (Sentencia N° 282-13-JP/19, 2019).

También se debe tomar en consideración que, al analizar una restricción a la libertad de expresión, los jueces deben: "determinar si se trata de un discurso que amerita una protección especial y, si es así, aplicar un escrutinio más estricto" (Sentencia No 282-13JP/19,2019. Pág. 108.).

Esta última posición reviste una importancia fundamental, porque concuerda con el fallo de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica del año 2004: "El umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona" (Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004, p. 70)

Esto no quiere decir que la legitimidad pasiva no sea importante, sino el carácter público del decurso (actos de interés público), aspecto totalmente concordante con todo lo analizado durante el presente trabajo. Muchas de las ocasiones, en las cuestiones de interés colectivo está de por medio actuando servidores o funcionario públicos. Se debe tener en cuenta que esta calidad de funcionario oficial no será determinante para la aplicación del estándar, caso contrario de lo que ocurre en el contexto norteamericano que sí es determinante. El espíritu de la sentencia de la Corte Constitucional es que no solo a aquellos funcionarios que se sientan afectados se les aplique dentro de su caso la doctrina, sino también favorezca a aquel ciudadano común que quiera hacer valer el derecho a la réplica o la rectificación y no se sienta satisfecho, optando por la vía legal.

Siguiendo con esta descripción, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) establece que es el actor el que tiene la carga de la prueba, a quien le corresponde comprobar que la información difundida es falsa es al demandante y que esta fue publicada con real malicia por parte del medio de comunicación o el periodista. Para demostrar su reclamo, el actor debe comprobar cuál era la actitud del demandado, con respecto a la

veracidad de la información y el grado de duda que tenía sobre si la información a publicar era verdadera o falsa.

Siguiendo la línea de trabajo norteamericana, la Corte Constitucional del Ecuador sentencia que la real malicia se aplicará sobre la narración de hechos y no de opiniones, un acierto sin duda que va de la mano con lo que opina la CIDH, ya que las opiniones no pueden dar como resultado una responsabilidad penal o civil, ya que son indemostrables (verdad o falsedad), en cambio los hechos si son susceptibles de comprobación.

En el Ecuador el estándar de la real malicia se aplicará sobre hechos que sean falsos, agraviantes o erróneos. Esto quiere decir que, con relación a los hechos, estos efectivamente deben serlos y que el periodista o medio de comunicación tengan conocimiento de ello; sin embargo, esto es un enfoque de la doctrina para el caso ecuatoriano que la corte debería aclarar, en razón de que no establece el grado de falsedad requerido para que exista el agravio.

Continuando con el razonamiento de la Corte Constitucional, no existiría daño a la honra del servidor público cuando se trate de imprecisiones o inexactitudes mínimas y que no tengan un efecto permanente en la opinión pública, por lo tanto, no habrá derecho a indemnización alguna.

Si se admitiese que cualquier imprecisión menor, que no altere el significado real de la publicación, pudiera ser una fuente de responsabilidad civil, se limitaría injustificadamente la actividad periodística (*Masson vs. New Yorker Magazine, Inc.*, 1991).

La Corte ha dado paso a la aplicación plenamente justificada del estándar de la real malicia en el País, porque es una nueva herramienta para la protección del derecho de la libertad de expresión (que se vio seriamente amenazada en el Ecuador durante una década).

Por medio de la aplicación de esta doctrina en el ordenamiento ecuatoriano se protege a periodista y medios de comunicación de la autocensura y del efecto inhibitor que muchas veces llegan a provocar juicios penales y civiles iniciados por servidores públicos.

3.5. Aplicación del estándar de la Real Malicia: caso No. 01651-20080571.

Con el análisis realizado en líneas anteriores se puede observar la importancia y relevancia que ha tenido el estándar de la Real Malicia para el desarrollo y la protección del derecho a la libertad de expresión y el rol del periodista. Esta relevancia es tal, que se podría llegar a creer que referido estándar es utilizado únicamente en casos de coyuntura controversial, por ejemplo, el caso Rafael Correa vs Diario El Universo. Sin embargo, esto no es tal, ya que esta teoría en el contexto ecuatoriano no solo ha sido aplicada a casos sonados sino todo tipo de casos, en donde se encuentra de por medio el honor del servidor público y la libertad de prensa. Uno de estos casos es el suscitado ante el Juzgado Primero de Garantías Penales de la ciudad de Cuenca en el año 2008, el cual es un claro ejemplo de la aplicación del estándar de la real malicia para cualquier caso.

El referido caso comienza cuando el señor Jaime Patricio Vega Armijos formula una querrela, por una publicación realizada en el diario “Hoy”, con el título “Nuevos escándalos en el IESS”, en la cual según el querellante se manifestaba que ha sido destituido de su cargo de jefe del Departamento de Afiliación y Control Patronal del IESS del Azuay, por haber cometido actos de corrupción. El señor Vega en su querrela estableció que dicha publicación atentaba contra su honra y su buena reputación, y que solicitó al referido diario que realice una rectificación, pero esto no ocurrió, viéndose obligado a presentar la acción privada en contra del director del diario Hoy.

El Juzgado de lo Penal declaró sin lugar la querrela haciendo uso de la teoría de la real malicia, cito textualmente un extracto de la sentencia:

El cronista refiere que Fernando Carpio, director general (e) del IESS destituyó a tres funcionarios de la regional de Azuay, por supuestas irregularidades. El funcionario no detalló cuáles fueron las anomalías que cometieron. Se advierte que el autor de la nota, fundamenta la información, en las declaraciones aportadas por el funcionario del IESS, Fernando Carpio. Por tanto, no cabe que se le atribuya al medio de comunicación, responsabilidad penal por haber atribuido a Jaime Patricio Vega Armijos supuestos actos de corrupción. En todo caso es el funcionario del IESS Fernando Carpio quien emite sus comentarios que son recogidos por el cronista de diario Hoy. Fernando Carpio indica que tres funcionarios, entre ellos el querellante, fueron destituidos de sus cargos “por supuestas anomalías”. Adviértase que es el funcionario consultado quien atribuye a los funcionarios destituidos “supuestas anomalías”, no el cronista del Diario. El ejercicio de la labor informativa del diario Hoy, a través de su cronista, no constituye delito. Verdad es que los periodistas están obligados, por ética profesional a realizar una indagación primaria para informar a la colectividad hechos que sean reales, precisamente para impedir que se afecte la honra, el buen nombre y la dignidad de las personas, lo que se conoce como la doctrina de la real malicia” (Sentencia del Juzgado Primero de Garantías Penales, 15 de enero del 2009)

Este es un claro ejemplo de la aplicación de la teoría de la real malicia, aquí la única intención del diario Hoy fue la informar cumpliendo con el rol periodístico, sin que exista justamente esta intención maliciosa de querer realizar una calumnia o injuria y que además se puede evidenciar que el diario cumplido con la ética profesional de corroborar la información que es uno también de los componentes que establece el estándar de la real malicia para poder determinar si se actuó o no con dolo.

Claramente se deja en evidencia que a pesar de que en el contexto ecuatoriano se introdujo esta teoría como vinculante y de obligatoria utilización apenas en el año 2019, ya

se utilizaba mucho tiempo atrás para resolver casos de esta índole en donde esté en conflicto derechos tan importantes como la honra y la libertad de expresión.

3.6. Análisis de lo establecido por la CIDH con respecto a la protección del honor del servidor público.

Hay algunos aspectos a desarrollar a cerca del honor del servidor público, del honor en general aplicado a todas las personas y sobre todo de la dignidad humana. Para esto es importante entender ¿Qué es la CIDH? ¿Por qué es relevante su opinión? La CIDH es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual es el órgano principal de la OEA que tiene como función principal el servir como órgano consultivo (de la OEA), así como promover la defensa de los derechos humanos en el continente americano. Fue creada por resolución de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959. Su misión principal es precautelar que los estados miembros respeten los derechos humanos; por tal motivo es de vital importancia analizar lo establecido por este órgano internacional referente al desarrollo de los derechos humanos. Además, este organismo internacional es el encargado de analizar, recibir e investigar las peticiones en las que se alegan violaciones de derechos humanos, tanto respecto de Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana, como de aquellos Estados que aún no la han ratificado.

Se puede pensar por todo lo desarrollado hasta el momento que esta tesis implica asumir una posición absoluta a favor de la libertad de expresión y en un párrafo anterior quedó escrito que James Madison afirmó que esta libertad “es el único guardián efectivo de todos los demás derechos”. Sin embargo, no es así, más bien el propósito ha sido poner en una balanza estos pesos pesados de los derechos humanos.

En cuanto a la honra y el buen nombre, hay que decir que emanan de la dignidad humana, derecho humano fundamental, que para algunos tratadistas es el “fundamento” de todos los demás. El debate sigue abierto y acalorado.

La defensa del honor y el buen nombre, han generado algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, al considerar que es un derecho establecido por la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y de obligatoria aplicación por parte de los estados, por lo tanto: “la rectificación o respuesta por informaciones inexactas o agraviantes dirigidas al público en general, se corresponde con el artículo 13.2. a sobre libertad de pensamiento y expresión, que sujeta esta libertad al “respeto a los derechos o a la reputación de los demás”.

Entonces, la libertad de expresión si ha tenido unos límites, el respeto a los derechos o la reputación de los demás.

Las condiciones para ejercer el derecho a la rectificación son: debe estar regulado por la ley, debe ser extensivo a todas las personas, debe estar en relación con el derecho a la libertad de expresión y deben existir las garantías de los estados para el goce de estos derechos y libertades. Las restricciones al derecho a la rectificación también deben estar reguladas por ley.

Para el caso ecuatoriano el derecho a la rectificación se halla en la Constitución y en la Ley Orgánica de Comunicación.

Con respecto al honor de los servidores públicos, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos emitió el informe No. 22/94 del 20 de septiembre de 1994, determinante sobre las leyes de desacato, indicando que estas violan el derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Hay que entender que las leyes de desacato son aquellas que

otorgan una protección especial al honor de los funcionarios públicos, mediante penas más altas, juicios penales expeditos o condenas civiles a quienes emiten juicios de valor o difunden informaciones que lesionan el honor de un burócrata.

En el Ecuador, las leyes desacato quedaron disfrazadas en Código Orgánico Integral Penal (COIP), como el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, tipificado en el artículo 282 sancionado con una pena privativa de libertad de uno a tres años.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) entró en vigencia el 10 de agosto de 2014 haciendo suponer que comenzaba una historia diferente en la penalización de delitos graves, protegiendo los derechos de víctimas e imputados. Una de las acciones de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional fue acoger las recomendaciones de la ONU al Ecuador durante el segundo Examen Periódico Universal del 25 de mayo de 2012 en Suiza, para eliminar del nuevo Código Penal la figura del desacato, que fue reemplazada por “Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente”. En el Código Vigente de 1971 a 2014 el desacato se sancionaba con “privativa de libertad de ocho días a un mes”. En cambio, para el “incumplimiento de decisiones”, artículo 282, se estableció una sanción de 1 a 3 años.

Art. 282 del COIP: Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente. - La persona que incumpla órdenes, prohibiciones específicas o legalmente debidas, dirigidas a ella por autoridad competente en el marco de sus facultades legales, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La o el servidor militar o policial que se niegue a obedecer o no cumpla las órdenes o resoluciones legítimas de autoridad competente, siempre que al hecho no le corresponda una pena privativa de libertad superior con arreglo a las disposiciones de

este Código, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se aplicará el máximo de la pena prevista en el inciso segundo de este artículo, cuando la o el servidor militar o policial desobedezca o se resista a cumplir requerimientos legítimos de la Policía, en su función de agentes de autoridad y auxiliares de la fiscalía general del Estado”.

El desacato quedó disfrazado bajo la figura de “incumplimiento de decisiones legítimas” y se aumentó la pena, lo que para la CIDH es una violación a la libertad de expresión.

En el caso *Febres Cordero vs. Fierro*, es evidente que, en la decisión de los jueces, aún en los de la Corte Suprema, pesó la figura pública del ex presidente, su prestigio personal y su poder político. En el caso *Diario La Hora vs. La Secretaría de la Administración Pública*, a confesión de parte relevo de prueba, cuando el propio presidente de la República dijo se le iba a meter la mano a la justicia para poner en vereda a quien su grupo político quisiera.

Por suerte, en el año 2019, la Corte Constitucional fue clara al sentenciar:

Los derechos al honor, a la rectificación y a la información son derechos derivados de la dignidad de la persona, al punto que son parte de la categoría “derechos de libertad”. Dada su íntima vinculación con la dignidad, el Estado no puede ser titular de tales derechos. Por el contrario, es el llamado a respetarlos y protegerlos. (Págs. 34-35)

Es necesario citar una frase del historiador Federico González Suárez, hombre de enorme prestigio aún hoy por su contribución a la Historia General de la República del Ecuador, que en una magnífica expresión sobre la libertad de expresión dice que El bien general se prefiere al particular:

Suponiendo que las cosas fueran ocultas, todavía al historiador le sería lícito sacarlas a la luz, para lección de la posteridad, para vindicación de la moral y para escarmiento de los escandalosos. Entonces cumple con un deber y no falta a la caridad, aunque haga público lo que era oculto. El bien general se prefiere al particular. (2012)

A un siglo y más de distancia, todavía el poder y los poderosos se rasgan las vestiduras y hablan de exceso y abuso de la libertad de expresión y de documentos reservados, cuando les molesta que la opinión pública conozca hechos incómodos y que deben ser de conocimiento general, sacados a la luz por el trabajo de los medios de comunicación, ahora digitales y los periodistas. No hay que olvidar que el contenido de Internet también se halla protegido por el Artículo 13 de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y que los estados deben permitir el acceso a la red de todos los ciudadanos.

CONCLUSIONES.

Con este trabajo de investigación se llega a la conclusión de que existe una verdadera oposición de derechos, ya que por un lado tenemos a la libertad de prensa y por otro al honor del servidor público; oposición que se podría considerar no solo desde una perspectiva jurídica sino también desde el orden social, porque justamente lo que en la prensa se publica es de interés público y social.

En el contexto ecuatoriano y latinoamericano la prensa juega un papel fundamental en el desarrollo de las democracias y justamente por esta razón que no se puede coartar a la libertad de prensa, por medio de sanciones penales y pecuniarias. ´

En el ejercicio de la labor periodística no existe delito, por la ausencia de antijuricidad material. Tampoco están presentes los componentes que exige la teoría del delito, como el

dolo, para que se configure el tipo penal, por lo que es muy difícil probar que se ha calumniado a un funcionario público.

Además, de los casos analizados, se puede evidenciar la imposibilidad de la punición, por la ausencia de la antijuricidad material en la comisión del delito de calumnia durante el ejercicio de la actividad periodística cuando se habla de la honra de un servidor público; ya que la única intención del periodista es poner en evidencia o en el ojo público cuestiones que son de relevancia social, mas no causar un daño a un bien jurídico protegido.

Por tanto, en el ejercicio de la actividad periodística podría decirse que el delito de calumnia es un acto típico pero no contrario al ordenamiento jurídico, porque todo el aparataje está permitiendo que a través de la libertad de prensa pueda el periodista poner en debate el honor de un servidor público por el espacio al que se encuentra inmiscuido, imposibilitando de esta manera la sanción de este delito, cuando el que ha publicado la noticia presuntamente calumniosa es un periodista en el ejercicio de su libertad de expresión.

RECOMENDACIONES.

Continuar promoviendo un debate permanente entre los defensores de la libertad de expresión o de prensa y aquellos que consideran que es más importante defender el honor de las personas, con el objetivo de hallar puntos de encuentro e ir acercando posiciones hacia la defensa y la promoción de estos dos importantes derechos.

Fomentar la capacitación permanente de los actores de la justicia en temas de libertad de expresión y de los periodistas en temas jurídicos, para que ambos sectores estén en la capacidad de entender diferentes puntos de vista.

Proponer una reforma al COIP, para aligerar la pena del delito de calumnia. La ley penal no puede ser un instrumento para controlar el derecho a la libertad de expresión que está

protegido constitucionalmente. Las penas económicas exorbitantes por tampoco deben servir para callar la información sobre asuntos públicos.

Adicionalmente, es imperativo, que se realice un proceso de socialización y concientización a los funcionarios judiciales sobre la existencia del estándar la real malicia para la resolución de casos en los que se encuentra la libertad de expresión y el honor del servidor público, ya que en la práctica varios operadores de justicia no tienen conocimiento sobre la misma.

REFERENCIAS.

Alemán, A. (2012) *LA VERGÜENZA QUE SE PUBLICA*. Quito: Ayuntamiento de Cadiz

Ávila, M; Ávila, R; Gómez, G (2011). *LIBERTAD DE EXPRESIÓN: DEBATES, ALCANCES*

Y NUEVA AGENDA. Quito: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas

para los Derechos Humanos.

Bertoni, E. (2011). *NEW YORK TIMES VS SULLIVAN Y LA MALICIA REAL DE*

LA DOCTRINA. PUBLICADO EN EL LIBRO *LIBERTAD DE EXPRESIÓN;*

DEBATES, ALCANCES Y NUEVA AGENDA. Quito: Naciones Unidas

Derecho Humanos.

Buitrago, Élker (2005). *EL PERIODISMO Y SU RÉGIMEN LEGAL: LEGISLACIÓN,*

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Librería Ediciones del Profesional. ISBN

9587070747, 9789587070743.

Cabanellas, G. (1993). *DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL*. Ed. 11. Buenos Aires:

Heliasta.

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL [COIP]. Asamblea Nacional. 28 de enero del

2014 (Ecuador).

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Pub. L. No Decreto Legislativo

0, 1 (2008).

CONVENCIÓN IBEROAMÉRICA DE DERECHOS HUMANOS. Art. 13. Gaceta Oficial

No. 9460 del 11 de febrero de 1978.

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Universidad de los Andes (2017). FALLO

NEW YORK TIMES CO. VS. SULLIVAN AÑO 1964. Biblioteca virtual.

Recuperado de: <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/12030>

DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO. (RAE)

Donna, E. (1985). *DERECHO PENAL: PARTE GENERAL. TOMO I*. Argentina: Rubinzal.

Falconí, J. (2018). *DELITO DE CALUMNIA*. Recuperado de:

<https://derechoecuador.com/delito-de-calumnia/>

Faundez, Héctor. (2004). *LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL*

HONOR Y LA REPUTACIÓN DE LAS PERSONAS EN UNA SOCIEDAD

DEMOCRÁTICA. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación

Jurídicas de la UNAM, 559-586. Recuperado de:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/37.pdf>

Fernández, M. (2000) *REPENSAR LA PRENSA EN LAS DEMOCRACIAS*

LATINOAMERICANAS. Vol. 3. Recuperado de la web para profesionales de la comunicación iberoamericanos.

Fix Fierro, María Cristina. (2006). EL DERECHO AL HONOR COMO LIMITE A LA

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Biblioteca Jurídica Virtual de Investigaciones

Jurídicas de la UNAM, 127-146. Recuperado de:

<file:///C:/Users/CLARO/Downloads/5543-4915-1-PB.pdf>

Fuentes, J. (2009). *ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR*.

Publicado en: Estudios penales y criminológicos. Págs. 271-310.

Ibáñez, C. (2021). EL DERECHO AL HONOR Y EL DERECHO A LA LIBERTAD DE

EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. Artículo publicado en el Foro de Abogados ILP.

Recuperado de: <https://www.ilpabogados.com/el-derecho-al-honor-y-el-derecho-a-la-libertad-de-expresion-e-informacion/>

JUZGADO PRIMERO DE GARANTÍAS PENALES. CASO NO. 01651-2008-0571.

Año 2009.

LEY ORGANICA DE COMUNICACIÓN, Pub. L. No Decreto Legislativo 449 del 20

DE OCTUBRE DEL 2008, REGISTRO OFICIAL 1 (2013).

Maurach, R & Zipf, Heinz. (1994). *DERECHO PENAL: PARTE GENERAL I*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Muñoz, F. (2013). *DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL*. Ed. 19. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ramonet, I. (2001). *LOS PERIODISTAS EN VÍAS DE EXTINCIÓN*. Vol. 2. Recuperado de la web para profesionales de la comunicación iberoamericanos.

Rodriguez, F. (2017). *MANUAL DE DELITOS CONTRA EL HONOR Y LA LIBERTAD DE EXPRESION*. Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Recuperado de: <http://pucedspace.puce.edu.ec/handle/23000/4960>

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS del 9 de marzo de 1964.

SENTENCIA N°. 12-234-099. CASO N°. 0011-CC-12/CT Corte Constitucional Colombiana. (05 de agosto del 2003). Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-650-03.htm>

SENTENCIA N°. 17721202000009. CASO N° 0556-21-334-EP., (10 de julio del 2021)

SENTENCIA NO. 282-13-JP/19. CASO N° 234-21-1234. (04 de septiembre del 2019)

Smith, K. (2002). *PERIODISMO INVESTIGATIVO EN AMÉRICA LATINA: NOTICIAS, RESPONSABILIZACIÓN Y DEMOCRACIA*. [RESUMEN DEL LIBRO

WATCHDOG JOURNALISM IN SOUTH AMERICA: NEWS, ACCOUNTABILITY AND DEMOCRACY]. Nueva York: Columbia

University Press.

Tribunal Supremo de España. Sentencia N°. STC 180/1999. Año 1999.

Villanueva, R. (2004). *TEORÍA GENERAL DEL DELITO*. Este libro forma parte del

acervo del Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas

de la UNAM. Recuperado de: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjvDR>.

Zaffaroni, E. (1985). *DERECHO PENAL: PARTE GENERAL*. Buenos aires: Ediar.

Anexo 1 “ENTREVISTAS TRABAJO DE INVESTIGACIÓN”

Entrevista No.1

https://drive.google.com/file/d/18NWE5SpCwZ9Yzmrsh2AObvpIiY4weg1C/view?usp=share_link

a) Primera sección (datos del entrevistado).

1. Nombre Completo:

Abg. Iván Ulloa Clavijo

2. Actividad que realiza:

Asesor en el consultorio gratuito de la Universidad del Azuay.

3. Rama de especialidad:

Derecho penal, familia, civil y tránsito.

b) Segunda sección (preguntas de fondo del trabajo de investigación).

1. ¿Usted considera que el delito de calumnia es suficiente para proteger el honor del servidor público, tal como se encuentra regulado actualmente en el COIP?

En la forma que se encuentra regulado el ART 182, sí, sería suficiente para que proteja de forma correcta el honor del servidor público. Antes, con el Código de Procedimiento Penal, existían varios tipos de protección: contra las injurias, las injurias calumniosas, las no calumniosas. Actualmente en el Art. 182 se halla el delito de calumnia. La injuria se halla en el Art. 396, Numeral 1.

De acuerdo con mi experiencia, con base en los casos que he tenido que llevar, considero que sí se cumpliría tal fin, es decir, proteger el honor del servidor público. La actual norma

introduce en la legislación ecuatoriana la acción de la retractación, es decir el querellado puede retractarse de las declaraciones o la información difundida, antes de que se ejecutorie la sentencia.

Por estos motivos, considero que sí está suficientemente garantizado el derecho al honor de las personas, que es precisamente el bien jurídico que se tutela con el Art. 182 del COIP.

2. ¿Cuál es su posición con respecto al honor del servidor público en oposición a la Libertad de Prensa?

Un principio fundamental es que el derecho procesal penal establece que la acción penal es de “última ratio”, es la última razón o el último argumento, al que se debe recurrir. Esto quiere decir que el derecho penal debe intervenir únicamente cuando el resto de las ramas del derecho, el resto de acciones, han sido insuficientes para la tutela o protección de los bienes jurídicos o no puedan solucionar los conflictos. Es por eso que considero que los legisladores optaron por introducir estos cambios en el COIP, estas reformas con respecto al anterior Código.

El servidor público, antes de recurrir al ámbito penal, debería hacer uso de otras vías del derecho para proteger el bien jurídico del derecho a la honra. Es importante mencionar que los periodistas son responsables de lo que publican, que hay una responsabilidad ulterior con respecto al ejercicio de su profesión; es importante mencionar y recordar que los periodistas deben ser responsables de lo que publican y cuando esto ocurre cumplen con una finalidad, que es informar a la sociedad, es decir, dan a conocer a la ciudadanía las tareas que está cumpliendo el servidor público. Supongamos que tenemos un servidor público que es corrupto o irresponsable en sus funciones, que se desvía de su camino o que actúa en contra de la ley; es obvio que el periodista va a tener la obligación de dar a conocer estos hechos a la ciudadanía, presuntamente delictivos.

3. ¿Usted considera que en el contexto de la libertad de prensa vs. el honor del servidor público existe o no existe la antijuridicidad material? Este es

un tema sumamente interesante y considero que estamos en una línea muy fina, porque nosotros tenemos que centrarnos en dos posiciones. La primera es la tarea del periodista, informar y la segunda es función del servidor público.

Por la forma en la que está tipificado el Artículo 182 y remitiéndome al Art 13, numeral 2 del COIP, el cual dice que el tipo penal debe ser interpretado de manera literal, considero que no hay antijuridicidad material. ¿Por qué?, cuando a un periodista se le acusa de calumnia, el 182 manda que al sujeto activo que por cualquier medio se le atribuya el supuesto cometimiento de un delito se le sancionará con una pena de 6 meses a 2 años de prisión, pero como ya indiqué más arriba, estamos frente a una línea muy fina, porque fácilmente se puede demostrar en una audiencia de juzgamiento que la tarea del periodista fue responsable y que cumplió con su deber de informar, apegado a la verdad. Esto desvirtúa el delito y de ninguna manera se podría sentenciar que existió una lesión al honor del servidor público.

Es más, el inciso tercero del Art. 182 dispone que no existirá delito si se comprueba que las aseveraciones realizadas son verdaderas. Y el contexto principal es que el periodista está en la obligación de informar a la ciudadanía, con responsabilidad. Insisto, si eso se demuestra en la audiencia de juzgamiento, es evidente que el periodista no comete delito alguno.

Añadiría que además de la antijuridicidad, hay que remitirse a la tipicidad. ¿Es un delito meramente doloso?, porque no se podría decir que se admite dentro del mismo la actuación culposa, sino que se debe comprobar el dolo, para que pueda configurarse el tipo penal. Es decir, se debe comprobar que el periodista actuó con dolo.

Según el COIP, el dolo se configura cuando el sujeto, en conocimiento de los elementos del tipo penal, comete un delito. Si el fin del periodista es informar a la ciudadanía, no puede

haber dolo y por tanto ni incurre en ningún delito, porque no se cumplen los tres requisitos que exige la teoría para que se configure el delito.

4. Si se llega a comprobar que se actuó con dolo y se configura el delito, ¿sobre quién debe recaer la responsabilidad: el periodista o los dueños o directivos del medio de comunicación?

En principio, considero que debería recaer el injusto sobre el periodista que emite las aseveraciones. Sin embargo, también considero que, si el mismo actuó cumpliendo una orden directa de los dueños o directivos del medio de comunicación, en ese caso si debería ser sobre ellos que recaiga el injusto.

Pero, en un principio, debería ser únicamente sobre el periodista, que, desvirtuando su tarea de informar, realiza con dolo tales aseveraciones.

5. ¿Tienen el mismo nivel jerárquico el derecho a la libertad de prensa y el derecho al honor?

Desde el enfoque teórico, considero que estos dos bienes jurídicos de ninguna manera están al mismo nivel. En realidad, es muy difícil encontrar dos derechos que se hallen al mismo nivel. Ya en la práctica, siendo muy sincero, creo que hay que analizar el contexto social. Por ejemplo, durante el Gobierno del presidente Rafael Correa, desde el 2007 hasta el final de su mandato no se protegió la libertad de expresión, por el contrario, hubo persecución a los periodistas, quienes se autocensuraron por el temor a las repercusiones políticas, legales y sociales, al desempeñar su actividad. Considero que se protegía más el honor del servidor público. Al contrario, en el Gobierno de Guillermo Lasso hay un ambiente de más libertad, no hay persecución, por eso los periodistas son libres de emitir sus opiniones o informaciones. No existe el miedo a las repercusiones legales, de alguna manera está garantizada la libertad de expresión. Como profesional, ambos derechos tienen la misma jerarquía. En la realidad

esto no sucede y depende muchísimo de cada caso concreto, del contexto en que se desarrolla, para su análisis.

6. ¿Usted considera que la acción de retractarse se puede dar en el mismo medio y por el mismo canal, tal como lo establece el Art 182?

Hablando en forma general, citaré al autor Ramiro Ávila Santamaría, que en una de sus sentencias constitucionales dice que nuestra Constitución y nuestro cuerpo normativo penal es garantista. Me remito a los arts. 13 y 182 del COIP que nos dicen que la retractación tiene que ser por el mismo medio; es decir, yo creería que no hay duda alguna de que se tiene que dar por los mismos medios.

Si el periodista publica en la página Crónica Cuenca la noticia, debería publicarse la retractación en el mismo espacio y por el mismo medio. Obviamente, esto antes de que se emita la sentencia condenatoria o se la ejecute. Por eso no tengo la menor duda de que la retractación tiene que darse por el mismo medio, a pesar de que por ejemplo con las nuevas tecnologías no tenga el mismo alcance o conocimiento del público o la ciudadanía, porque eso ya es algo que está fuera de la responsabilidad del periodista.

7. ¿Usted considera que la pena que actualmente se encuentra en el Art. 182 es suficiente o insuficiente para sancionar el delito de calumnia?, ¿debería tener una sanción mayor o menor?

La pena es desproporcional, porque ser sancionado con una pena de 6 meses a 2 años por realizar una imputación falsa es demasiado, incluso sin olvidarnos que pueden existir agravantes que aumentarían la pena en un tercio y además tenemos sanciones de carácter económico. Yo vería la necesidad de reducir estos tiempos, precisamente porque hay una notable desproporción.

Entrevista No. 2

https://drive.google.com/file/d/18JTFvnf5ImvWTmpUuTZLCf6noDingU_N/view?usp=share_link

c) Primera sección (datos del entrevistado).

1. Nombre Completo:

Lcdo. Ricardo Tello Carrión.

2. Actividad que realiza:

Director de la Carrera de Periodismo de la Universidad de Cuenca.

3. Rama de especialidad:

Periodista profesional por la Universidad de Cuenca.

d) Segunda sección (preguntas de fondo del trabajo de investigación).

1. ¿Qué es para usted la Libertad de Expresión?, ¿qué engloba?

Considero que, en un acto que espero no sea excesivamente reduccionista, la Libertad de Expresión es precisamente tener la libertad de decir lo que uno piensa y no ser sancionado por eso. No se juzgado por eso. Y yo juzgado no me refiero exclusivamente al ámbito civil o penal, sino a que se emitan juicios de valor en contra de una persona por lo que dice. Entonces considero que el ejercicio de la Libertad de Expresión debería entenderse como un derecho humano muy particular.

2. ¿Considera usted que en el ámbito Latinoamericano y más específicamente en el caso de Ecuador se pueden expresar libremente informaciones y opiniones con respecto al gobierno o solo es posible que las informaciones y opiniones que están a favor del gobierno se expresa libremente?

Para contextualizar, durante el gobierno de Rafael Correa fue público y notorio el control severo a los medios de comunicación.

Ciertamente, durante los 10 años del Gobierno de Correa, uno de los fenómenos que más estuvo visible en el debate público, en el escarnio público, fue precisamente el rol de la prensa. En principio motivado porque parte de la oferta de campaña, del entonces candidato en campaña Rafael Correa, había dicho que primero convocaría a una Asamblea Constituyente, reformar la Constitución y que esta ejecute algunos mandatos. Uno de esos mandatos tenía que ver con la creación de una Ley que apunte a una regulación de la actividad periodística. Es decir, hubo una guerra anunciada. El debate público, si bien fue alentado básicamente desde la arena política, creo también nos obligó a las universidades, a los medios, a las fundaciones, a las escuelas de periodismo a sumarse a ese debate, que tenía otras características del enfrentamiento público que escondía intereses de lado y lado, por un lado una Ley que si bien luego quedó en evidencia era excesivamente represiva y por allí iba el hecho de que se pretendía efectivamente coartar la libertad de expresión, pero que no dejó de lado algunos elementos que tienen que ver con la reivindicación laboral y que encajó con los periodistas. Hablamos entonces de una etapa previa de cierto periodismo, porque no hay que generalizar, antes de Correa, que se realizaba en situaciones bastante precarias. No había claridad sobre la escala salarial de los periodistas, luego se había instalado como una especie de derecho consuetudinario en el sentido de que los periodistas radiales podían gestionar sus propias publicidades, que los periodistas a través de la venta de publicidades puedan obtener ingresos complementarios, lo cual terminaba generando algunos problemas de conflictos de interés, porque resulta que habían periodistas que en la mañana eran periodistas y en la tarde eran relacionistas públicos. Todo este panorama sumado al hecho de que las coberturas no eran asistidas por los medios o se tenía que pagar para hacer una cobertura, que a la final terminaba beneficiando a la empresa periodística, porque había que comprar desde las pilas para la grabadora, todo ese panorama empezó a cambiar y a los medios

se les pusieron algunas exigencias, que creo mayores dificultades provocó en las radios. Algunas de ellas incluso se vieron en la imposibilidad de financiar a su personal y tuvieron serios problemas económicos. Pero era eso o seguir precarizando el ejercicio periodístico. Desde esa perspectiva, creería que la Ley caló de forma positivo en determinado sector de la prensa. Pero por otro, estaba este tema de la pretendida regulación de contenidos y luego ya con la creación de la Superintendencia de Comunicación e Información, con Carlos Ochoa al frente, allí sí se configuró una suerte de persecución a determinados actores de la prensa y del periodismo, casos que fueron evidentes como los de Jorge Ortiz, Carlos Vera y algunos más. Aquí debo hacer un punto y aparte porque decía que la academia también se vio abocada a profundizar en el debate de que es lo que estaba ocurriendo, a dejar sentado también cuál era su punto de vista con respecto a esa actividad. Creo que las conclusiones a las que se llegaron, porque nosotros hicimos una serie de eventos y foros con respecto a la Libertad de Expresión, no terminaron ajustándose concretamente a aquellas observaciones que había con respecto a la ley, porque había cosas que sí funcionaban y había otras cosas que no funcionaban. Y esta suerte de persecución, que creo que era el perfil más político de la Ley, que era donde se evidenciaba una postura, una toma de posición de lado y lado, entre la empresa periodística como tal, que dicho sea de paso al igual de lo que ocurre en toda Latinoamérica, en Ecuador se corresponden con empresas eminentemente familiares, que desde luego disponían o manejaban una cuota de poder tácito, este poder implícito que tenían los medios, no declarado, en ningún lado, porque era reconocido desde toda teoría que el manejo de la información otorgaba un poder a aquella empresa que estaba manejando esa información. Era indiscutible que había una injerencia en el ámbito político público desde ciertos medios de comunicación que Miguel Ángel Bastenier llamaba “los referenciales”, todo país decía tiene este tipo de medios que son perspectivistas, que en el Ecuador los identificaba claramente con los grupos de poder en torno a Diario El Universo en la zona de la costa, pero básicamente en la provincia del Guayas, con ciertas

extensiones a Los Ríos y Manabí, pero su influencia estaba en la zona costanera, relacionado con los grupos de la oligarquía guayaquileña y Diario El Comercio, que tenía enterito un poder guardado para sí, más próximo, porque toda la administración de lo público está en Quito, ministerios, Ejecutivo, todo centralizado y evidentemente la prensa mantenía allí un poder, una relación directa. En estos medios perspectivistas. Por otro lado, se ubican los medios de proximidad, los medios locales, que abordaban lo que pasaba en el entorno más inmediato, como el Mercurio o El Tiempo, o los pequeños diarios locales. Era evidente que en algún momento esta confrontación política se trabó más con los medios perspectivistas, que con los medios de proximidad. Más bien, el Gobierno empezó a tender puentes y alianzas con los medios de proximidad, porque sumados los nichos lectores de los medios de proximidad superaban con mucho a los medios perspectivistas, por lo tanto, cuando el presidente de la República emprendía un viaje fuera del País, a los medios a los cuales el invitaba era a los de proximidad, ya no a los periodistas de El Comercio o El Universo, sino a los Unión TV, El Tiempo, El Mercurio, que era parte de la estrategia de comunicación política del Gobierno. Esto nos traza un gran panorama, durante estos 10 años el debate fue incesante en el tema de comunicación y el periodismo, se provocaron algunos cierres de medios, porque coyunturalmente el efecto de la Internet, de su liberación de las audiencias de los espacios en donde uno podría crear contenido, empezó a afectar a estos y a todo tipo de medios, que los podríamos llamar tradicionales, por otra parte la cuota publicitaria, porque en un momento el dinero público ayudaba a sostener muy fuertemente a los medios de comunicación en los que pautaba, el manejo discrecional de esa pauta empezó a afectar a algunos medios. Esto terminó preparando el camino para lo que está ocurriendo ahora. Se cerraron algunos medios, lo vincularon con razones políticas, no en el 100% de que esos cierres tuvieran que ver con esta confrontación, porque ya el poder no andaba en armonía con el ejercicio periodístico, ya había una confrontación muy fuerte, pero que también estaba alentada por ese nuevo orden, de lo que

estaba ocurriendo con esa nueva forma de hacer periodismo con medios emergentes. Un ejemplo, muchos estudiantes que salen de la Universidad de Cuenca, de la Escuela de Comunicación, en sus últimos niveles, ya salen con su propio medio de comunicación. Esto es lo que permiten las nuevas tecnologías; que sea lo correcto, eso es aún debatible, pero me imagino a un estudiante de medicina que sale con su clínica propia y no sé si estará capacitado para administrarla. Algo así ocurre también con los medios de comunicación y creo también que muchos de los errores que se están cometiendo, que se están poniendo en evidencia en estos medios emergentes, corresponde a eso, responde a eso, a esa falta de estructura que tenía el medio convencional. Pero es otra cosa, otro tema. Solo lo cito a manera de ejemplo, como estos medios se fueron preparando para la realidad actual, estos nuevos tiempos.

Si le entiendo bien, la Ley de Comunicación plantea cosas positivas y también negativas...

En el tema de la reivindicación laboral trajo cosas interesantes, como por ejemplo establecer escalas, obligaciones de la empresa periodística, yo conozco casos de periodistas que trabajaron toda su vida para un medio y nunca fueron afiliados a la seguridad social y eso es brutal. Pero esto venía ya a regular la actividad como tal. Pero por otro lado y conectado ya directamente con la Superintendencia de Comunicación e Información ahí sí se desató una persecución y si había que ordenar algo, parte de eso era eso y no desvirtuar absolutamente todo el contenido de la Ley. Creo que había algunas cosas que podían mantenerse. Y sí, hubo persecución y creo que fue un despropósito lo que ocurrió con Diario El Universo, con el juicio contra Emilio Palacio. Creo que también debería someterse a la lupa de la revisión académica que fue lo que ocurrió allí, porque ¿qué es lo que nosotros decimos aquí en el ámbito de la formación de los estudiantes?, pues que todo lo que se dice en el ámbito de la información, de la interpretación y de la opinión, tiene que ser demostrado o demostrable a futuro, porque eso garantiza la integridad de las personas, del sujeto, del ser humano, porque la empresa periodística tiene una diferencia fundamental con el resto de empresas y es la materia prima. La materia prima que

utiliza una empresa periodística está relacionada con la honra de las personas. ¡Esa es la materia prima! Y por lo tanto hay que tener un cuidado extremo, a tal punto que nosotros decimos a nuestros estudiantes que la honra de una persona no desaparece, ni siquiera con la muerte de esa persona y establecemos de forma clara cuál debería ser procedimiento para la cobertura de una noticia, por ejemplo, en casos de siniestros, cómo se debe proteger la honra de esa persona muerta, no como lo hace Diario El Extra, por ejemplo, que publica imágenes ofensivas. Están definidos dos ámbitos, lo público y lo privado. E insistimos en el hecho de que incluso cuando se trata de un personaje público tiene derechos con respecto a la protección de su honra desde lo privado. Ejemplo, hubo un problema entre una persona que ni siquiera era periodista, pero que le vio a un funcionario municipal salir de un bar y el hombre le hizo fotografías, parece que estaba ebrio y con este material le empapeló al funcionario público. Nosotros tomamos este hecho como estudio de caso y reflexionamos, ¿qué parte del ámbito de lo público, desde la gestión de lo público, desde la administración de lo público, que es de lo que se encargan los funcionarios públicos, se había violentado por el hecho de este funcionario en particular se había ido a un bar una noche y se pasó de copas y salió así del bar? Quizá el problema mayor que podía tener era con su esposa, pero no era ningún delito. Pero a este funcionario le hicieron una serie de fotografías y videos y luego los publicaron en redes sociales. El funcionario terminó golpeando al seudo periodista, pero eso es otra cosa. En este caso consideramos que el funcionario público está expuesto, también debe mantener en el ámbito de lo privado sus temas personales, no pueden ser ventilados, sin que pasen primero por la supervisión o primero de lo que digan la Constitución, los códigos deontológicos. Hice un estudio en la universidad de un caso sobre la información policial, el caso de John Fajardo Rivera, que fue confundido con un violador por una víctima. La víctima fue donde un policía y le dijo él me violó, el policía lo detuvo fue preso y allí la primera violación constitucional. El policía tomó la decisión detenerlo porque había una denuncia de una señorita que lo acusó directamente a él. Una fiscal legalizó

la detención. Estuvo 70 días en la cárcel, tiempo durante el cual fue violado, agredido, perdió toda su honra, porque mientras el policía le llevaba a la cárcel, la agredida llamó a un periodista de un diario local que le hizo una foto al detenido y construyó un relato en el que lo citó con sus nombres, lo identificó con la foto, continuaron las violaciones a los derechos de la persona según la constitución, no estoy aludiendo a ningún código deontológico del periodismo, estoy aludiendo a la Constitución, fue calificado de violador en serie, porque resulta que habían otros 16 casos de violación en un solo barrio, resulta que para la época un médico legista había tomado una muestra de ADN de una de las víctimas, con un poco de esperma del violador, esos exámenes demoraron un poco porque había que mandarlos a hacer fuera del país, y cuando regresaron los resultados le dieron a John Rivera una bofetita de excarcelación que decía usted no ha sido, luego de que salió publicado como violador, luego de que sufrió todo lo que sufrió dentro de la cárcel, ¡jamás va a ser él la misma persona!, que fue en algún momento, ¡jamás!. Y si alguna persona compró el periódico en aquel momento en que salió publicada una nota de tres columnas con una fotografía en la que decía cayó el violador en serie y si una persona que leyó esa nota varios meses después no leyó la aclaración de una página que decidió publicar el periódico, una página, una aclaración total, para la persona que no leyó la aclaración, esa otra persona seguirá siendo el violador en serie. Así de grave es el tema de estos deslices, que no necesariamente son políticos. Muchas veces están en el ámbito de los derechos humanos de las personas, que no tienen quien les defienda. Que no tienen como actuar, la madre llegó al medio de comunicación a pedir de favor que hagan la aclaración, cuando luego de todo lo que ocurrió él podía haber demandado al estado, porque el policía le detuvo sin fórmula ninguna, sin pedido de ningún fiscal, la fiscal presionada por los medios de comunicación se vio obligada a legalizar esa detención, todas las violaciones que luego se dieron con John Fajardo Rivera.

- 3. Usted como profesional de la comunicación, ¿cuál considera que está en mayor desventaja, el periodista que ejerce su libertad de expresión o el**

funcionario público que siente amenazada su honra? Considera que el Art. 182 del COIP es una herramienta para coartar la libertad de expresión, porque sobre todo durante el período presidencial de Rafael Correa muchos periodistas se autocensuraron por miedo a las sanciones de carácter civil y penal y frente a las acciones que emprendió el mismo Gobierno.

Desde mis convicciones, considero el hecho de que mientras el funcionario público y la parte que está siendo observada de él esté relacionada con el ámbito de lo público, el medio de comunicación y el periodista pueden intervenir, pero cuando el periodista, que es un multiplicador, es tema muy importante, el “influencer” no puede decir cualquier cosa a través de su red para ponernos a tono de lo que ocurre ahora, el periodista debería guardar la reserva del caso si es que lo que va a tratar de aquel personaje, sea funcionario público o privado, no está en el ámbito del interés común. Eso es supremamente importante. La primera clase que se le da a un estudiante de periodismo: los hechos para constituirse en tales, en un hecho publicable, deben cumplir ciertos valores, que se denominan los “valores periodísticos”, el primero y el principal, el interés común. Alguna vez hice una auditoría a un periódico que llevaba publicando 15 días una pelea entre dos concejales porque habían alterado la pared de una casa. Para zanjar eso reuní a los periodistas y les pregunté que si habían pensado como ciudadanos y hacer la pregunta ¿Y esto en qué me afecta?, como ciudadano. Y esto entonces ¿por qué lo estamos debatiendo en forma pública?, una pelea entre dos concejales que es del orden privado. Pero si el concejal está proponiendo que se duplique el costo del agua, yo me pregunto ¿y esto en qué me afecta? Bueno, desde luego que me afecta y afecta a toda la comunidad. Ese valor periodístico dispara he hecho a un ámbito diferente que es el interés común. Si es que la prensa rosa se pusiera a pensar en que los hechos publicables son los de interés común, no estarían preocupados de que pareja se preocupó con qué pareja. Porque eso

está en el ámbito privado. Segundo valor, el nivel de proximidad, es decir, que lo que le ocurre a mi vecino es supremamente más importante que lo que le ocurre al vecino de mi prima que vive en Quito. Periodísticamente, la muerte de mi vecino puede ser supremamente más importante para mis lectores, televidentes, radioescuchas, que el accidente ablatario donde murieron 20 personas en la China, al otro lado del mundo. Ese es otro valor periodístico supremo que se inculca a un estudiante de periodismo. Pensar en el interés común podría ayudar a preservar ciertos valores y ciertos derechos de las personas cuando se involucran en un tema noticioso periodístico. Desde la deontología se debe aplicar aquel principio que dice que en el ejercicio periodístico uno tiene que enfocar su trabajo en el otro, pensar siempre en el beneficio del otro y fundamentalmente a veces tiene que ser el otro. Entonces me saco mis zapatos de periodista y me pongo los zapatos del funcionario y hago el ejercicio de que pasaría si fuera yo el funcionario. Pongo el caso, inventado, de que un funcionario ha iniciado una relación extramarital en su lugar de trabajo, desde luego que eso no tiene ningún tipo de interés común, tal vez sí si es que ese funcionario está robando desde su ámbito laboral, eso sí es de interés público. En algún momento nos referimos al caso de Emilio Palacio de Diario El Universo, el famoso artículo de opinión, cuando dijo que el presidente ha cometido actos de lesa humanidad, demuéstrela, eso fue lo que le preguntaron a Palacio y él dijo que no lo puede demostrar y eso puede ser punible, pero que le pidan por eso 80 millones de dólares, es evidente de que lo que se trataba era sentar un precedente con la empresa periodística más grande del país, porque la ley tiene que ser aplicada en un sentido estrictamente proporcional y allí creo que eso desvirtuó todo y saltó al terreno de un conflicto político, que terminó como terminó.

4. ¿Existe una auténtica retractación o rectificación con la presencia hoy en día de los medios digitales?

El mismo artículo 182 del COIP establece en uno de sus numerales que no habrá punibilidad si es que el que emitió la opinión o el juicio se retracta o rectifica lo dicho antes de que se emita la sentencia.

Con la presencia de los medios digitales creería que no es posible rectificar o retractarse, definitivamente que no. Porque los medios emergentes como nosotros los llamamos, estos medios que emergen, que están como en construcción, no están... no quisiera usar ese término “regulados”, creo que están en un ámbito diferente al del medio convencional, porque no cumplen con los requisitos estructurales que nosotros consideramos, ¿son una empresa periodística?, ¿son un emprendimiento?, o son un portal de efímera presencia, que puede desaparecer más adelante sin ningún tipo de responsabilidad. Creo que este tipo de medios, aún y construcción, que ni siquiera han definido un modelo de negocios sostenible y sustentable, están atravesando por un periodo de una suerte de consolidación, como vamos a generar dinero para vivir de esto, no está claro eso, tampoco está claro quién los regula, en donde se inscriben, dónde se puede hacer el registro de un medio de estos, para que legalmente alguien pueda pautar publicidad, desde lo público. Por ejemplo, no sé cómo el municipio podría justificar esa inversión en un medio digital, que no tiene una declaración de principios, que no tiene una estructura empresarial que esté registrada en algún lugar, sino que es alguien que abre un espacio con una plantilla y empieza a dar informaciones, quizás en algún momento valioso, en otros momentos quizás se equivoquen, de modo que todo este estado del arte con respecto a los medios de comunicación emergentes aún está por definirse. Y por eso es que ocurren las cosas que están ocurriendo: denuncias, difamaciones, que no están ni contraladas, ni reguladas por nadie. Toca rezar al Espíritu Santo y no caer en desgracia, esperar no ser víctimas de estos medios. No estoy señalando alguno en particular, pero se escucha cada cosa.

5. ¿Qué es un periodista?

Alguien que publica información de interés público de forma periódica es un periodista. Hay también aquel debate que dice que periodista no es necesariamente aquel que pasa cuatro años por una universidad formándose, respeto mucho esa posición y ciertamente hay casos evidentes, porque a quién se le ocurriría decir en algún momento que Eliécer Cárdenas que no es periodista, o donde está su título de periodista. Él era un periodista, un articulista de opinión, un literato al que no se le podía hacer este tipo de objeción, pero no todos somos así, por lo tanto, para mí periodista es aquel que publica temas de interés público de forma periódica, de hecho, esa es la raíz del término periodismo, la publicación periódica de ciertas cosas, del diarismo porque se publicaba diariamente, ahora ciertas cosas se publican cada segundo, ciertas actualizaciones. Y el periodista profesional es esta misma persona que publica temas de interés público con cierta periodicidad, pero que además posee un título universitario. Ese sería un periodista profesional.

Un abogado se enfoca mucho en los artículos de la Ley. Pero hay otro tipo de valoraciones desde el periodismo. Es una actividad que combina estudios de las ciencias sociales, el humanismo, Quiero contarle algo, yo tuve un hermano de crianza que además fue periodista en Diario El Mercurio. Fue un hombre muy preparado, era ingeniero, pero además le gustaba mucho el periodismo. En un momento determinado decidió acabar con su vida, en un acto absolutamente soberano. Se fue a su departamento, tomo una copa de cianuro, puso la ópera Rigoletto de Verdi y al son de esta obra musical decidió terminar con su vida. Como familia decidimos que su madre no se testigo de la escena, porque era muy dura en la forma en la que él había quedado. Era hijo único, madre soltera. Decidimos que lo mejor para ella era que no vea esa escena. Resulta que un policía llegó a levantar indicios porque era un tema que se debía investigar, porque había ocurrido dentro de un departamento una muerte y este policía filtra las fotos una periodista que terminó publicándolas en un medio sensacionalista. La madre vio la nota, vio la foto de su hijo tendido en el piso, era una nota tendenciosa, llena de especulaciones, que por situaciones amorosas se había matado y eso no tenía que ver con las razones de su

decisión. Eso se hizo público en un periódico. Su madre leyó la noticia y exactamente un mes después murió por inanición. Cuando el policía como fuente de la periodista filtra esta información, ¿quién puede allí interponer una demanda?, ¿a propósito de qué?, ¿quién podría tener interés en eso? Pero sin embargo ocurrió. Sin embargo, se terminaron dos vidas. A mí esto me llamó tanto a la reflexión que coyunturalmente trabajaba como editor general de Diario El Tiempo y decidimos que jamás íbamos a publicar noticias de suicidios, porque están dentro del orden de lo privado. Pero, hay excepciones. No es igual que Guido Vintimilla se suicide, como es este caso, o que ¡Rafael Correa se suicide! Eso es noticia en cualquier medio. Eso nos lleva de nuevo al interés público, al interés general. No es noticia que Guido Vintimilla se suicide, si es de interés público que un ex presidente de la República se suicide. Esas son las motivaciones.

6. ¿Cuáles son las condiciones para que la información sea verídica?, ¿qué filtros utilizan?, ¿qué fuentes o cuáles son las herramientas de cuidado que se les enseña a los estudiantes de periodismo?

Que el profesor de periodismo político y de legislación, no sea un periodista experimentado, sino que sea un abogado. Eso es lo que necesita un estudiante de periodismo. No que un periodista famoso sea su profesor, sino que un experto en derecho sea su profesor. Y que le cuente todo lo que esté relacionado con la protección de derechos del ciudadano de aquel que no tiene una publicación. Diario El Universo tenía un tiraje de 130.000 diarios con todo el peso que eso significa. Un ciudadano común y corriente desgraciadamente no tiene como para enfrentarse a una maquinaria como esa, de esa magnitud, en el caso de que quiera hacer algún tipo de reclamo. A la puerta nomás llegaba el reclamo. Luego, con el Internet y las redes sociales hay la posibilidad de poner más en evidencia estas cosas. En la formación del periodista, la técnica se aprende en un semestre, todo lo demás en el resto de la carrera: derecho, economía, deporte. El profesor de periodismo deportivo es un profesor de educación física, porque no queremos que enseñe a cantar un gol, queremos que enseñe normas, reglamentos, tamaño de

una cancha, ciclos olímpicos, como se selecciona y eso es lo que un periodista deportivo necesita saber para que luego no vaya a estar frente a un micrófono alentando a su equipo del alma. Lo que necesitamos son periodistas deportivos. La clave de la formación está en eso, que expertos en la materia terminen desarrollando conocimientos en los estudiantes. Eso nos lleva a una escuela multifuncional porque no todos los profesores de periodismo son periodistas. Tienen que ser profesionales de su área. Para ética y legislación un abogado experto, un penalista, que aborde desde los derechos humanos.

7. ¿Se ha cumplido en el Ecuador el Art. 13 de la Convención

Interamericana de los Derechos Humanos?

No. Las empresas periodísticas como tales las que todavía subsisten, tratan de sostener sus privilegios y parte de la pérdida de privilegios, que los lleva a perder credibilidad, es el hecho de que tengan que estar rectificando. No nos gusta a muchos rectificar, tenemos que ser urgidos por la ley para rectificar, porque el verdadero patrimonio de la empresa no está en el banco, está en la credibilidad. Está en el hecho de que el ciudadano diga, yo a este medio le creo. Por eso consume ese medio. Esa es su verdadera fortaleza. Muchos medios no entienden que la rectificación en vez de minar la credibilidad, abona a esta. No creo que se cumplan los derechos humanos al 100%, sobre temas de Libertad de Expresión. Hay ciertas cosas que hay que tomarlas con mucha pinza. A mí me espeluzna lo que pasa con el Dr. Carrión, ex defensor del Pueblo, toda la trama que se ha montado. La “noticia criminis” publica cualquier cosa y muchas veces lo que se pretende es que se publique y nada más. Y ya enseguida intervenimos y eso es una violación de los derechos humanos. Lamentablemente no creo que estemos ajustados al cumplimiento del Art. 13 de la CIDD. Por eso hoy se ha cumplido uno de los mayores anhelos del presidente Lasso, contar con su propia Ley de Comunicación.