

La Real Malicia: de Acusación Maliciosa a Doctrina

The Real Malice: from Malicious Accusation to Doctrine

Daniel Eduardo Rodríguez Williams ¹

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Fecha de recepción: 09 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 28 de agosto de 2021.

¹ Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina. Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Magister en Ciencias Internacionales y Diplomacia por la Instituto de Postgrado en Ciencias Internacionales "Antonio Parra Velasco" de la Universidad de Guayaquil. Profesor en universidades nacionales y actualmente servidor público. Profesor en la Escuela de Postgrado en Derecho y Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo
E-mail: rodrigued@uees.edu.ec
ORCID: 0000-0003-4906-4200

CITACIÓN: Rodríguez Williams, D.E. (2022). La Real Malicia: de Acusación Maliciosa a Doctrina Juees, 2 (1), 18-34.

Resumen

En primer lugar, el presente artículo otorga un breve repaso sobre cómo el derecho a la libertad de expresión y pensamiento evolucionó a través de ciertos períodos históricos de la humanidad. Luego, se realiza una revisión de los hechos más importantes del nacimiento de la actividad periodística y sus principales características. Además, se da una visión histórica de la acusación maliciosa como fuente de la Doctrina de la Real Malicia. Finalmente, se analiza el nacimiento de la Real Malicia como doctrina a partir de la revisión de varios casos seleccionados en la jurisprudencia de los Estados Unidos y se da una mirada aproximada de su funcionalidad con los derechos de las personas.

Palabras Clave:

Doctrina de la real malicia, jurisprudencia, libertad de expresión y pensamiento, libertad de prensa, acusación maliciosa.

Abstract

First, this article provides a brief overview of how the right to freedom of expression and thought have evolved throughout history. Then, a review of the most important facts of the origin of journalistic activity and its main characteristics is carried out. In addition, a historical analysis of malicious accusation as a source of the Actual Malice Doctrine is done. Finally, the origin of Actual Malice as a doctrine is analyzed from the review of some selected cases in the jurisprudence of the United States faced to people's rights.

Keywords:

Doctrine of actual malice, jurisprudence, freedom for expression and thought, freedom of the press, malicious accusation.

Introducción

El desarrollo de las comunicaciones, asociado con el poder de la prensa dentro de una sociedad, ha planteado escenarios con importantes debates jurídicos, los cuales se incrementan conforme al pasar del tiempo. A la par, desde hace varias décadas, existe la tendencia positiva de proteger determinados derechos por considerarlos como fundamentales. Es así como el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho a la libertad de prensa se encuentran dentro de este tipo de derechos tutelados, desde las esferas de la normativa interna como de la internacional. Además de lo indicado, sobre la protección de los derechos referidos, existe un sustento que los vuelve aún más sensibles: su estrecha vinculación con el orden democrático dentro de un determinado Estado.

En el siglo anterior, durante la década de los sesenta, surge en los Estados Unidos la “Doctrina de la Real Malicia” (en adelante “doctrina”, “real malicia” o “actual malice”), la misma que ha sido desarrollada por la jurisprudencia de los estados en la actualidad y por organismos internacionales, inclusive. De manera preliminar, según la doctrina, no se imputaría responsabilidad civil o penal en caso que los periodistas no hayan tenido conocimiento de la falsedad de las informaciones o que hubo notoria despreocupación por parte de ellos de constatar su falsedad o no. En estos casos, la prueba para demostrarlo recae sobre la persona afectada por la noticia.

En el presente artículo se hará un

estudio histórico del origen de la mencionada doctrina, que desde sus inicios ha sufrido ciertas modificaciones que la han adaptado a distintos contextos, los cuales se fundamentan en los avances sociales. Es así como, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos es diversa sobre esta doctrina, ya que si bien esta inicia dentro de una causa donde el agraviado era un servidor público, no es menos cierto que posteriormente fue ampliándose hacia ciudadanos particulares en casos de interés público. Mediante la revisión histórica de la doctrina se determinarán sus elementos característicos y cómo estos han tenido un impacto en el desarrollo del derecho a la libertad de expresión.

1. Breve repaso histórico de la libertad de expresión y la libertad de prensa

La libertad concebida como la asociación de la voluntad del ser humano frente a su desenvolvimiento dentro de una sociedad, ha causado en muchas ocasiones fuertes posiciones a favor y en contra, ya que la posición misma de la libertad se la ha medido por medio de la ley y su constante evolución. No se puede desconocer que la libertad es compatible con los procesos naturales que rodean a las personas y es así que su concepción parte de la decisión voluntaria entre varias acciones que se les presenten².

² STEINER, Rudolf. La Filosofía de la libertad. Alemania: Editorial Rudolf Steiner Rudolf Steiner, 1999, Verlag, p. 10, traducción de Muniáin, Blanca. <https://fdocuments.in/document/la-filosofia-de-la-libertad-56e75651cffb9.html>.

Al entender a la libertad de expresión como un mecanismo que usan los individuos en la actualidad para proyectar sus pensamientos dentro de una sociedad, se debe tomar en consideración la existencia de varios hechos históricos por donde transitó. Parte fundamental de la historia que envuelve a la libertad de expresión es el progreso de los medios de comunicación social, ya que en ellos se vincula el desarrollo de los medios técnicos que los seres humanos han creado en el transcurso del tiempo para poder expresarse e informarse.

Los medios implementados han permitido desarrollar un concepto actual de la comunicación. En la antigüedad, los grupos sociales primitivos se expresaban mediante “objetos o experiencias individuales cuya concepción o recuerdo estaba determinada por los sentidos”³. Probablemente no se tiene un dato histórico exacto en el cual se pueda determinar el punto de partida de la libertad de expresión, pero se debe entender que existe una relación estrecha entre el ser humano y su desenvolvimiento en la sociedad.

Existe la posibilidad de determinar que la génesis de la libertad de expresión ocurrió cuando el ser humano intentó comunicar sus pensamientos, emitiendo sonidos identificatorios para que se pueda lograr entender sus deseos o estados de ánimo. A partir de ese momento el ser humano fue desarrollando poco a poco medios naturales de comunicación, como

³ BADENI, Gregorio. *Libertad de Prensa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 42.

los ademanes, actitudes, ruidos o palabras elementales⁴, donde progresivamente se dio un aceleramiento lógico en el ámbito de las comunicaciones.

Posteriormente en Grecia y Roma, la libertad de expresión se manifestaba en el teatro, donde concurrían tanto hombres como mujeres sin distinción de clases sociales. La forma que expresaban sus pensamientos y sentimientos, sean negativos o positivos, era a través de los “aplausos, aclamaciones, silbidos o abucheos”⁶. En Grecia, las tramas teatrales consistían en el enfrentamiento entre el hombre y los dioses⁷. Es relevante indicar que en Atenas, como parte del ejercicio democrático, se hacía uso de la palabra como método de participación ciudadana⁸.

La libertad de expresión en Grecia tuvo un importante desenvolvimiento en el desarrollo de los discursos políticos, ya que en ellos el ciudadano podía constituirse libre y lograba desarrollar todas las facetas de su personalidad, incluyendo su libertad de lenguaje y pensamiento⁹. La libertad de palabra se constituía como una característica de suma importancia en el sistema político ateniense¹⁰ y el ejercicio de las asambleas

⁴ Loc. Cit.

⁵ BADENI, Gregorio. *Libertad de Prensa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 42.

⁶ Loc. Cit.

⁷ Loc. Cit.

⁸ ANSUÁTEGUI, Francisco. “Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión”. Madrid: Biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid, 1991, p. 141. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15830/Ansuategui_tesis_1991_1.pdf.

⁹ *Ibid*, p. 142.

¹⁰ Loc. Cit.

públicas creaba en ellos un sentimiento de entusiasmo y respeto ya que por intermedio de aquellas se les permitía gozar de su libertad de pensamiento y expresión¹¹.

Dentro de las asambleas públicas en Atenas, los oradores políticos hacían conocer sus posiciones frente a cualquier tema de ámbito público, donde el ejercicio de su oratoria residía en la postura, gestos y tonalidades voz¹². Como ya se indicó, dentro del sistema político griego, el ejercicio del uso de la palabra por parte de los ciudadanos fue fundamental, pero se complementaba con otros componentes básicos, la libertad de las personas y el respeto hacia la ley¹³. De los componentes básicos mencionados, se entendió a la libertad de discusión como elemento colaborativo que poseían los ciudadanos en el seno de la polis¹⁴.

La discusión como instrumento de solucionar los conflictos en una sociedad, para la construcción racional de una convivencia plena, fue la base para que se fundara la filosofía política por parte de los griegos¹⁵. En particular, con base a los elementos mencionados donde se comprendía que el hombre griego poseía capacidad de convencer y ser convencido y, donde el uso de la palabra tenía una gran connotación, pues elevó a la crítica a estándares impensables para la época¹⁶.

Otro método de expresión que usaron

los griegos fue la escritura, lo que conllevó a que la discusión política diera a los ciudadanos un sentimiento de integración a la polis. Posteriormente, trajo consigo que las expresiones de los pensamientos sean trasladadas a la forma escrita. Hasta el siglo VII a.C., no existía en Grecia un interés por la lectura, pero poco a poco eso fue cambiando hasta que la escritura se volvió una profesión¹⁷. La difusión del libro conculcó a la creación de las primeras bibliotecas privadas o públicas y de aquellas, la más importante fue la de Aristóteles, luego le siguieron las de Efeso, Cartago, Pérgamo y Alejandría¹⁸.

Aristóteles, respecto a sus ideales dados a la concepción de libertad, otorgó una definición concreta de la misma, mediante la definición *a priori* del hombre como animal político¹⁹. Él concebía que la propia naturaleza del hombre es ser un animal político y por ende debía ser libre. Esa libertad iba ligada a que no se podía concebir al hombre sometido a la potestad de alguien más. Pero esa libertad natural del hombre no poseía implícitamente la facultad de que éste pudiera actuar sin usar la racionalidad, es decir que no existe una libertad absoluta²⁰.

Hay que recordar, analizando el pensamiento griego, que en Atenas el ejercicio de la libertad de expresión se lo

¹¹ BADENI, Op. cit., p. 43.

¹² Loc. Cit.

¹³ ANSUÁTEGUI, Op. Cit., p. 143.

¹⁴ Loc. Cit.

¹⁵ ANSUÁTEGUI, Op. Cit., p. 143.

¹⁶ Loc. Cit.

¹⁷ BADENI, Ob. Cit., p. 43.

¹⁸ *Ibid*, p. 43-44.

¹⁹ GONZÁLEZ, Luis. La Libertad en parte del pensamiento filosófico constitucional. México: Biblioteca virtual de la UNAM, p. 139. <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n27/n27a5.pdf>.

²⁰ *Ibid*, p. 140.

hacia mediante el discurso político en las asambleas públicas, ahí los oradores expresaban con libertad todas sus ideas y pensamientos²¹. Todo fue gracias al libro y sus primeras concepciones primitivas de éste, como ya se indicó en líneas anteriores, donde se contabilizaron cientos de bibliotecas públicas y privadas, que tenían la finalidad de ejercitar el pensamiento de las personas y poder enriquecer su espíritu, con el propósito de poder pensar libremente y expresarse de la misma manera²².

Por otro lado, en Roma existió una evolución progresiva de la libertad de expresión del pensamiento. La libertad de palabra, al igual que en Grecia, tuvo sus altibajos desde el período de la República hasta finales del Imperio, donde se le otorgó un amplio goce, así como también una incalculable represión²³. Las ideas de libertad de expresión tuvieron su origen en la sociedad romana, teniendo claro que los que podían ser parte de aquella como ciudadanos eran los romanos que poseían el *ius civitatis*. De esas ideas de expresión que tenían una marcada tendencia política, surgieron dos conceptos, el de *libertas* y *República*²⁴.

Los romanos distinguieron dos aspectos de la libertad de expresión, uno

de ellos era el valor individual, que tenía estrecha relación con los conceptos de autonomía, libertad, autodeterminación y el desarrollo de la naturaleza humana²⁵. El otro aspecto era el alto valor de la sociedad, como instrumento del régimen político²⁶. Por lo tanto, la crítica y las opiniones que no estaban acordes al régimen fueron indispensables para el buen funcionamiento del sistema político romano.

El uso de la palabra de manera individual era muy apreciado en Roma puesto que su ejercicio no solo provenía de los ciudadanos romanos en el *Forum*, sino también de otras esferas, especialmente públicas, como los soldados en campaña, los senadores en el Senado, los historiadores en sus escritos literarios o los artistas en sus obras²⁷. En fin, la civilización romana dio un valor muy importante a la libertad de expresión, no solo como mecanismo individual de protección de derechos, sino como control político del sistema que imperaba²⁸.

Posteriormente, varios emperadores tuvieron la tendencia de restringir la libertad de expresión, en razón de que la mayoría obtuvieron muchas críticas en el ejercicio de su potestad dentro del régimen político que imperaba. Por ejemplo, Tiberio dictó decretos donde restringió las obras escritas en contra del Imperio y quien desobedecía era exiliado²⁹. Poco a poco existió un

²¹ GÓMEZ, Perla. Libertad de expresión: protección y responsabilidades. Quito: Editorial "Quispus", CIESPAL, 2009, p. 99.

²² GÓMEZ, Ob. Cit., p. 99.

²³ ANSUÁTEGUI, Ob. Cit., p. 251.

²⁴ DÍAZ DE VALDÉS, José. Freedom of Speech In Rome. Valparaíso: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano], 2009, p. 127. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rehj/n31/art04.pdf>.

²⁵ *Ibid*, p. 128.

²⁶ Loc. Cit

²⁷ DÍAZ DE VALDÉS, Ob. Cit., p. 128.

²⁸ Loc. Cit.

²⁹ DÍAZ DE VALDÉS, Ob. Cit., p. 135.

dominio por parte del régimen, que terminó de extinguir la libertad de expresión en la época republicana. Así también, se dictaron muchos decretos, represivos, en contra de la libertad de expresión que inclusive llegaban hasta la pena de muerte³⁰.

La pregunta es, ¿cómo pudo sobrevivir la libertad de expresión en la etapa imperial romana? La respuesta se encuentra en las obras satíricas, históricas y los poemas, las mismas que no desaparecieron, de hecho se incrementaron y se realizaron de tal forma que pasaron desapercibidas al ojo del régimen. Varios autores resaltaron en aquel período como *Tacitus* y *Dio Cassius*, quienes murieron por sus trabajos realizados³¹. La opinión pública también tomó gran importancia durante la época del Imperio, pues durante la misma, las opiniones fueron muy duras y severas en su contra, lo que significó el endurecimiento de las leyes por parte de los emperadores³².

De esta manera se puede entender que la labor lenta, constante e inclusive ardua de varios personajes en la historia de la humanidad, dio como resultado a las creaciones más audaces del intelecto humano³³. Esas creaciones fueron respaldadas más adelante por el poderío económico de varios empresarios que concentraron su labor en el establecimiento de universidades en ciudades europeas durante los siglos XII

y XIII³⁴. Por ello, los libros, como mecanismo de expresión de pensamiento, tuvieron su época grata pues estuvieron de moda en Europa.

Empero, existía un problema respecto a los libros, su costo era muy elevado y, por ende, no estaba al alcance de muchas personas. En adición al problema indicado, otro que quizás tenía una relación indirecta con el alcance económico, era que estos solamente despertaban el interés de un cierto sector social y era reducido a razones culturales³⁵. Sin embargo, tal situación fue cambiando poco a poco con el incremento del desarrollo de la educación y la disminución del analfabetismo³⁶.

Así pues, las impresiones con tipografía resaltaron en Holanda durante la primera mitad del siglo XV, aunque ya en 1456 a Johan Gutenberg le correspondió aquel mérito³⁷. Durante el siglo XV, el arte de la impresión tuvo su mayor manifestación en Italia y, posteriormente, en Alemania. En los siglos XVII y XVIII la transmisión de los pensamientos se difundió mayormente a través de revistas, folletos, diarios y libros, los mismos que circulaban en las escuelas, academias y universidades³⁸.

Los periódicos se incrementaron en cuanto a su producción en Francia y entre los más importantes se puede nombrar al *Journal* de París en 1777³⁹. De esta

³⁰ Loc. Cit.

³¹ *Ibid.*, p. 136.

³² Loc. Cit.

³³ BADENI, Ob. Cit., p. 44.

³⁴ Loc. Cit.

³⁵ Loc. Cit.

³⁶ Loc. Cit.

³⁷ BADENI, Ob. Cit., p. 44 - 45.

³⁸ *Ibid.*, p. 45.

³⁹ *Ibid.*, p. 46.

manera, se puede inferir que la palabra escrita como medio de libertad de expresión de los pensamientos superó las intenciones económicas que orbitaban en su entorno, lo cual, posteriormente, condujo a varias intenciones políticas. Existía entonces una leve impresión de que no había inconvenientes respecto al ejercicio de la libertad de expresar los pensamientos, sea de forma escrita u oral, pero a medida que se fueron incrementando los cuestionamientos al poder autoritario de los gobernantes, este comenzó a poner obstáculos para su plena libertad⁴⁰.

Surgió entonces la censura, la misma que empezó a darse en aquella época y fue progresivamente desarrollándose. A pesar de los problemas indicados, nace la libertad de expresión de manera institucional con la publicación en Francia *La Gazette* en 1631, dando origen a la prensa continental de Europa⁴¹. En esos años surgieron los primeros periódicos en varios países del continente europeo en Inglaterra, España, Italia y Alemania⁴². Sin embargo, la libertad de prensa empezó a tener sus primeros problemas en cuanto a la libertad de su ejercicio, pues para poder ejercer la actividad periodística se debía contar con la autorización o licencia del monarca⁴³.

Como era de esperarse, el sistema de

licencias fue objeto de muchas protestas, entre ellas una de la más memorables: “Oración por la Libertad de la Impresión sin Licencia” en 1644 de John Milton⁴⁴. Más adelante, la represión hacia la libertad de prensa por parte del absolutismo fue inspiración para la gestación de ideologías políticas que significaron grandes revoluciones, especialmente la francesa y la norteamericana. Bajo la inspiración de grandes pensadores como Montesquieu, Locke, Jefferson, Madison, entre otros, se instauraron en las estructuras normativas el reconocimiento de varios derechos, entre ellos la libertad de prensa⁴⁵.

Como se ha revisado hasta ahora el derecho a la libertad de prensa no encontró un camino fácil en su recorrido, el mismo se basó en la concepción liberal de la información⁴⁶. El significado que encontró el liberalismo político dentro del ejercicio de la libertad de prensa, fue capaz de eliminar los controles previos como la censura. Por ejemplo, la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, citada por Claudio Shifer y Ricardo Porto, establece: “El Congreso no hará ley alguna [...] que coarte la libertad de palabra o de imprenta [...]”⁴⁷.

2. La “acusación maliciosa”: el origen de la Doctrina de la Real Malicia

Todas las doctrinas poseen un origen y la que está en estudio en el presente

⁴⁰ Loc. Cit.

⁴¹ SCHIFER, Claudio y PORTO, Ricardo. Libertad de expresión y derecho a la información en las constituciones de América. Buenos Aires: Educa, 2010, p. 31.

⁴² Loc. Cit.

⁴³ Loc. Cit.

⁴⁴ Ibid, p. 32.

⁴⁵ SCHIFER, Claudio y PORTO, Ricardo, Ob. Cit., p. 32.

⁴⁶ Loc. Cit.

⁴⁷ Loc. Cit.

artículo no es la excepción. Su nacimiento se remonta al caso “*The New York Times versus Sullivan*” en los Estados Unidos. La doctrina, como se analizará más adelante, busca el equilibrio entre la función de la prensa y los derechos de las personas que pueden ser afectados por comentarios que afecten el honor de funcionarios públicos, figuras públicas o de particulares que hayan intervenido en cuestiones de interés público⁴⁸.

Por ahora, se determinarán los antecedentes históricos que marcaron la creación de la Doctrina de la Real Malicia. Para empezar, se debe tener claro que la doctrina protege la información de los periodistas que en algún momento puedan causar daño a una persona, sea esta un funcionario público, figura pública o que haya intervenido en temas de interés general para la sociedad. Estas últimas, cuando se les haya afectado su derecho al honor, por ejemplo, deberán demostrar que el periodista ha actuado con malicia. Por ello, se hará un breve estudio histórico de la acusación o denuncia maliciosa, como antecedente a la doctrina.

Babilonia, a partir del año 1800 a.C., se convirtió en un imperio bajo el dominio de Hammurabi⁴⁹ quien fue el creador de un código que involucraba, sin distinción, tanto la materia civil como la penal⁵⁰. No obstante, respecto a las

acusaciones, especialmente las falsas, el código tenía normas que las castigaba de manera muy severa. El artículo 1 del Código de Hammurabi establecía que: “Si un hombre acusa a otro hombre y le imputa un asesinato pero no puede probarlo, su acusador será ejecutado”⁵¹. Lo llamativo del artículo indicado es que era sancionado el acusador con la muerte en el caso que no probara su acusación, porque en ese momento la misma se transforma en maliciosa.

El siguiente artículo del Código de Hammurabi se revisa un tipo de acusación temeraria por un acto de brujería, pero esa acusación temeraria podía ser maliciosa si los dioses lo determinan así. Ahora bien, en el caso que así lo hayan determinado, el acusador era castigado con la muerte y su patrimonio pasaba al quien fue acusado: “art. 2.- Si un hombre le imputa a otro hombre actos de brujería pero no puede probarlo, el que ha sido acusado de magia tendrá que acudir al divino Río y echarse al divino Río y, si el divino Río se lo lleva, el acusador le será lícito quedarse con su patrimonio. Pero si el divino Río lo declara puro y sigue sano y salvo, quien le acusó de magia será ejecutado. El que se echó al divino río se quedará con el patrimonio de su acusador”⁵².

En Atenas, luego de una gran crisis social y política, se le encargó a Dracón que realizara una colección de leyes de la

⁴⁸ RODRÍGUEZ, Felipe. Manual de Delitos contra el Honor y Libertad de Expresión. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2017, p. 170.

⁴⁹ RODRÍGUEZ, Ob. Cit., p. 455.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 456.

⁵¹ FATÁS, Guillermo. Código de Hammurabi Ordenación Temática. Zaragoza: Historia Antigua-Universidad de Zaragoza, 2018, p. 2. <https://www.unizar.es/hant/POA/hammtemas.pdf>.

⁵² *Loc. Cit.*

ciudad, las mismas que habían sido transmitidas en esa época de manera oral (621 a.C.)⁵³. Tal cuerpo normativo es considerado el primer código escrito de Atenas⁵⁴. Las leyes de Dracon fueron concebidas como muy extremistas en cuanto a sus penas, puesto que la muerte era la sanción más renuente para todas las infracciones, de ahí el nombre “draconiano” cuando se refieren a normas de extrema crueldad⁵⁵. Luego que estas leyes no consiguieran el objetivo y la crisis seguía azotando a Atenas, se le encomendó a Solón para que elaborara otro régimen jurídico⁵⁶.

En el sistema acusatorio de Atenas, en el caso que el acusador no obtuviera por lo menos la quinta parte de los votos del tribunal, debía pagar una multa adicional a la caución⁵⁷. Era considerada maliciosa la acusación si no se probaba en derecho lo que aseguraba el acusador. En consecuencia, la caución entregada por este servía como indemnización por haber vulnerado la honra del acusado y la multa era destinada para el Estado por haber ocasionado gastos innecesarios⁵⁸. Como se puede constatar, el sistema acusatorio ateniense respecto a la sanción era de índole pecuniaria, a diferencia del Código de Hammurabi que disponía penas que llegaban a la muerte al igual que las leyes de Dracon.

En Roma, de acuerdo a la historia del

derecho, se estableció por primera vez el carácter público y social del derecho penal, de lo cual se establecieron varias diferencias sustanciales que existen en la actualidad, por ejemplo, se distinguió entre la ejecución, consumación y la tentativa; además, diferenciaron los hechos dolosos de los culposos, etc⁵⁹. En cuanto a los procesos, en Roma se distinguieron dos formas, una de ellas es el *cognitio*, es decir que un proceso se podía iniciar de oficio y, la *acusatio*, donde existía una acusación que hacían los individuos⁶⁰. En general, cualquier ciudadano podía presentar una acusación particular contra alguien quien se presumía había cometido algún delito, donde se debía exponer los motivos de hecho y de derecho⁶¹.

Respecto a las acusaciones maliciosas en Roma, éstas constituían un delito ya que los romanos se vieron obligados a regular la temeridad de las acusaciones para crear conciencia en el pueblo y demostrar el peligro que podía conllevar⁶². La falsa acusación (*falsum accusatio*) era considerada calumnia, la misma que fue sancionada pues atentaba contra el honor de una persona⁶³. Para que la acusación llegase a ser considerada maliciosa implicaba que la misma fuere infundada o no probada. La calumnia fue sancionada de varias formas pero poco a poco la pena fue cediendo en intensidad porque se convirtió en un sistema de reversión en el sistema penal. Es decir, si

⁵³ RODRÍGUEZ, Ob. Cit., p. 459.

⁵⁴ Loc. Cit.

⁵⁵ Loc. Cit.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 460.

⁵⁷ RODRÍGUEZ, Ob. Cit., p. 462.

⁵⁸ Loc. Cit.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 464.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 465.

⁶¹ *Ibid.*, p. 469.

⁶² *Ibid.*, p. 474.

⁶³ Loc. Cit.

alguien acusaba maliciosamente se le debía imponer la misma pena que se le imputaba al acusado.

Por otro lado, el derecho germánico en sus inicios fue bastante primitivo y salvaje. Posteriormente, luego de la conquista del occidente del Imperio de Roma, el rey visigodo Eurico dispuso a juristas romanos que elaboraran un Código que iba a constituirse en el primer cuerpo normativo escrito del pueblo bárbaro – *lex barbarorum* –⁶⁴. El Código trajo consigo el juramento para los testigos dentro de procesos acusatorios y se instauraron sanciones a quienes acusaren falsamente, los cuales podían ser castigados con la pena de muerte⁶⁵. Además, la venganza de sangre (*Blutrache*) se encontraba establecida en el derecho germánico previo a que sea escrito⁶⁶.

Cuando se perturbaba la paz, que era considerado un derecho bajo el sistema consuetudinario germánico, cualquiera podía dar muerte a un delincuente e incluso hacer extensiva la venganza a la familia del mismo⁶⁷. Más adelante aquello fue reemplazado cuando en el camino se toparon con el derecho romano, específicamente con el Digesto de Justiniano y, además, con el Derecho de la Iglesia Católica.⁶⁸ Entonces las composiciones judiciales (*Sühnevertrag*) en del derecho germánico se dividió en: el *Wergeld*, que era el valor por concepto de indemnización que pagaba el

delincuente a la víctima; el *Busse*, que era la indemnización no pactada o los daños y perjuicios impuestos por sentencia; y, el *Friedensegld*, que era una remuneración que se hacía al intermediario o mediador⁶⁹.

Finalmente, la Edad Media tuvo una gran influencia del derecho romano y adicionalmente de los sistemas normativos manejados por la Iglesia Católica, que culminaron con el apareamiento del Derecho Medieval⁷⁰. Respecto a las acusaciones maliciosas en este período, no poseían un procedimiento o reglas establecidas ya que los mismos obedecían al capricho o antojo del monarca, caracterizado por el abuso a la dignidad, libertad e igualdad de las personas⁷¹.

3. La jurisprudencia de los Estados Unidos y la Doctrina de la Real Malicia

La Doctrina de la Real Malicia surge producto de un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el año de 1964, el mismo que se considera referente a los derechos a la libertad de prensa y el derecho al honor. Gracias al caso “*New York Times vs. Sullivan*”, la Corte Suprema estableció ciertos lineamientos para hacer efectivo el derecho a la libertad de prensa. Sobre los hechos del caso, un comité de defensa de Martin Luther King hizo una publicación pagada en el diario *New York Times*, en la cual se indicó – entre otros – que se ha instaurado

⁶⁴ RODRÍGUEZ, Ob. Cit., p. 482.

⁶⁵ Loc. Cit.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 483.

⁶⁷ Loc. Cit.

⁶⁸ Loc. Cit.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 483-484.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 486.

⁷¹ *Ibid.*, p. 487.

una ola de terror protagonizada por los policías – sin especificar nombre o cargo alguno – y como consecuencia se han suprimido demostraciones similares, no violentas a favor de los derechos.

Sullivan, en su calidad de funcionario público al ser comisionado de *Montgomery – Alabama*, presenta una demanda por daños y perjuicios por considerar difamatorias las declaraciones realizadas por medio del diario (*New York Times*). Tanto en primera como en segunda instancia se reconoció al actor la indemnización correspondiente por daños y perjuicios. Pero, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, revocó los fallos por cuanto consideró que el criterio usado para resolver vulneró el derecho a la libertad de expresión y prensa, a partir de un análisis constitucional del caso. Lo primero a tener en cuenta es que la doctrina es el resultado de una tarea de ponderación realizada estrictamente en el plano constitucional, constituyendo, como el mismo fallo lo dice una “regla federal”. Es decir, la Corte no interpretó el *common law*, sino que directamente ideó y aplicó una regla constitucional⁷².

Es así que ni el error sobre el hecho ni el contenido difamatorio son suficientes para levantar la protección constitucional que pesa sobre las críticas que se formulan a la conducta de los funcionarios públicos. El juez Brennan (quien fue magistrado de la Corte Suprema) destacó entonces dos cuestiones importantes, la primera fue

que el temor por elevadas indemnizaciones podía servir de autocensura y la segunda, la exigencia de la prueba de la verdad a quien publica por el temor de no poder acreditar sus manifestaciones ante un tribunal. De esta manera, se estaría limitando la amplitud del debate público, lo cual, a criterio de la Corte, resultaba incompatible con la Primera Enmienda⁷³.

El juez Brennan precisó el contenido de la doctrina de la siguiente manera: “(...) las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente a su conducta como tal, a menos que pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad”⁷⁴. La Corte Suprema sostuvo que las expresiones de un funcionario público tienen un privilegio absoluto si son hechas dentro del amplio marco de sus atribuciones. La solución planteada es que todos los funcionarios se encuentran protegidos a menos que se pruebe su real malicia.

La razón de esta prerrogativa mencionada se debe a que, de otro modo, la amenaza de juicios por indemnización de daños inhibiría una vigorosa y efectiva administración de la política del gobierno. Análogas consideraciones fundamentan la prerrogativa del ciudadano que critica al

⁷² PÉREZ, Gabriel. Libertad de prensa y derecho al honor. Córdoba: Alveroni Ediciones, 1999, pp. 28-29.

⁷³ BERTONI, Eduardo. *New York Times vs. Sullivan y la malicia real de la doctrina*. Libertad de prensa y derecho penal. AAVV. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, p. 133.

⁷⁴ BADENI, Gregorio. *Doctrina de la Real Malicia*. Buenos Aires: Academia Nacional de Periodismo, 2005, p. 86.

gobierno porque es tan deber suyo criticar, como deber del funcionario administrar. Entonces se podría estar otorgando a los funcionarios públicos un privilegio injustificado sobre el pueblo al que sirven, si quienes critican su desempeño no tuvieran una inmunidad equivalente a la que tienen los funcionarios⁷⁵.

El referido fallo parte de ciertos presupuestos para eximir de responsabilidad civil o penal a quien realice la publicación siempre y cuando se trate de un funcionario público y que ha actuado bajo sus potestades. Sin embargo, el funcionario sí podrá recibir tal indemnización en caso de que se pruebe que la contraparte actuó con real malicia, esto es, con conocimiento de su falsedad o imprudente descuido si era falsa o no. Es evidente por tanto, que el aspecto central es probar el conocimiento de la falsedad de tal publicación.

En este fallo de 1964, la Corte Suprema consideró que el debate sobre las cuestiones públicas tiene que llevarse a cabo sin inhibiciones, enérgica y abiertamente y, que bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos y hasta agresivos contra funcionarios gubernamentales y públicos. De modo tal que la responsabilidad del medio de prensa está condicionada a la acreditación por el demandante, no solamente de la inexactitud sino también de su real malicia⁷⁶.

Otro dato sustantivo de esta figura consiste en que la carga de la prueba de la *actual malicie* corre por cuenta del funcionario público que se considera agraviado. En suma, el fallo reconoce un lugar privilegiado a la libertad de prensa en el régimen democrático. Además, parte de la premisa que los funcionarios públicos por administrar bienes de la sociedad deben, en consecuencia, soportar con mayor tolerancia que un ciudadano común las críticas hacia su labor. Destaca el fallo, que las sociedades democráticas se consolidan a través de los debates profundos sobre cuestiones públicas, y que estos son, frecuentemente duros e incisivos⁷⁷.

En 1964 y 1966, respectivamente, la Corte Suprema resolvió los casos de “*Garrison vs. Louisiana*” y “*Asthor vs. Kentucky*”, en los cuales se ratificó que únicamente el reconocimiento pleno de la falsedad de la información publicada podía acarrear una sanción de tipo civil o penal. Cabe advertir que el primer caso mencionado constituye el primer precedente en que la Corte faculta a los medios para que publiquen sobre la conducta privada de los funcionarios públicos con la holgura sentada en el caso de *New York Times*, aunque finalmente se pruebe que tales vicios no incidían en el desempeño de la función pública de la persona difamada o violada en su privacidad⁷⁸.

⁷⁵ *Ibid*, p. 87.

⁷⁶ BADENI, Gregorio. La desregulación de la prensa. Buenos Aires: Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Tomo XXIII, 1994, p. 262. https://www.ancmyp.org.ar/user/CONTINUACION-ANALES/24_TOMO%20XXIII.PDF.

⁷⁷ SCHIFER, Claudio y PORTO, Ricardo, *Ob. Cit.*, p. 117.

⁷⁸ COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. Notas críticas a la figura del “personaje público” como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas. Santiago de Chile: Estudios Constitucionales, vol. 3, número 2, 2005, p. 172.

Si bien, la Doctrina de la Real Malicia ya estaba en el debate jurídico de la época, no es menos cierto que los criterios no estaban totalmente claros. Sin embargo de lo anterior, la Corte Suprema en el año 1966 resolvió el caso *Rosenblatt vs. Baer*, en el cual se establecieron directrices de aplicación de mencionados criterios. En dicho caso, la Corte determina que, la posibilidad de criticar las actuaciones gubernamentales se encuentra plenamente respaldada en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, lo cual además constituye una muestra de existencia de un gobierno democrático. Así, las críticas pueden ser realizadas hacia cualquier funcionario público que tenga la importancia necesaria para que la ciudadanía se interese en sus actuaciones y, por tanto, las controle a través del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión.

Posteriormente, la Corte Suprema – en virtud de los casos puestos a su conocimiento – amplía la aplicación de la Doctrina de la Real Malicia hacia personas que, sin ser funcionarios públicos son figuras públicas. Ejemplo de lo indicado, fue la resolución de la Corte en el caso *Curtis Publishing Co. vs. Butts*⁷⁹ (1967) y *Associated Press vs. Walker* (1967). En estos casos, la Corte definió quiénes, sin ser funcionarios públicos, entraban en esta categoría. Es figura pública aquella persona ampliamente conocida en la comunidad con motivo de sus logros, actos u

⁷⁹ BAZÁN, Víctor. El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. Santiago de Chile: Estudios Constitucionales, vol. 6, número 1, 2008, p. 131.

opiniones y que, por tal razón, gravita e influye sobre los grupos sociales que, además de no permanecer insensibles frente a ellos, demandan el conocimiento de sus puntos de vista sobre una amplia gama de áreas sociales o temáticas.

También son figuras públicas aquellas personas que, si bien carecen de una fama generalizada, como en el caso mencionado en líneas anteriores, se involucran en una controversia de relevante interés público, adquiriendo el carácter de figura pública, aunque limitado al tema objeto de dicha controversia y en el marco restrictivo de ella⁸⁰. Es importante destacar que si bien con los referidos fallos se aplicó la Doctrina de la Real Malicia a las figuras públicas, hasta ese entonces la Corte no se había pronunciado sobre su aplicabilidad para particulares.

La aplicación de la doctrina hacia particulares se aclara con el fallo “*Times vs. Hill*”. El caso Hill surge a partir de publicaciones realizadas por *Life Magazine* en 1955 referente al secuestro que había sufrido la familia Hill años atrás. La publicación contenía fotografías y comentarios con alteración de algunos datos. De acuerdo al actor – Hill – con la publicación se había vulnerado su derecho a la intimidad. La demanda es desechada por cuanto la Corte consideró que el derecho a la intimidad de una persona no puede entenderse separadamente de la vida en sociedad. En tal sentido, mal podría imponérsele a la prensa la obligación de verificar la certidumbre de

⁸⁰ BADENI, Ob. Cit., p. 100.

cada una de sus publicaciones pues esto soslayaría el rol de una prensa libre en un país igualmente libre. En este tipo de casos surge el concepto de “figura pública involuntaria” al referirse a particulares que, sin voluntad alguna, se ven involucrados en noticias que ameritan la cobertura de la prensa.

Para determinar la aplicación de la doctrina a casos no relacionados con funcionarios públicos o figuras públicas, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América consideró que correspondía verificar la medida en que los particulares estaban involucrados con temas de interés público, la forma en que se habían involucrado y si el ejercicio de la libertad de expresión se circunscribió al episodio que era objeto de interés público. La circunstancia de estar en juego el derecho a la intimidad de la familia Hill no fue obstáculo para aplicar la doctrina debido al interés público del tema y al carácter preferente de la libertad de prensa⁸¹.

Posteriormente, en 1971, la Corte Suprema de Estados Unidos resuelve el caso “*Rosebloom vs. Metromedia*”. En este fallo, la Corte explica la aplicación de la Doctrina de la Real Malicia para casos de interés público. Así, ya no resulta relevante la determinación de funcionario público o de figura pública del posible afectado con la publicación, sino que, se deberá analizar si el asunto sobre el cual versa la publicación es de interés público.

Luego, en 1974, dentro del caso

“*Gertz vs. Welch*”, la Corte Suprema resuelve la demanda planteada por Gertz. En el referido caso, Gertz consideró que una publicación realizada se le atribuían antecedentes penales, así como haber estado afiliado al partido comunista, lo cual vulneraba sus derechos constitucionales. Es importante destacar que, en el presente caso, no se trataba de un funcionario público ni de una figura pública, sino únicamente de un abogado en libre ejercicio quien había asumido la defensa en un caso de homicidio – el caso patrocinado por Gertz sí representaba difusión en la prensa y repercusión en la opinión pública –.

La Corte Suprema aplicó al caso indicado ciertos principios de la real malicia por entender que los hechos atribuidos periodísticamente a Gertz – desacreditar a la policía y ser un testaferro del comunismo – eran de interés público. Así, con respecto a la acción resarcitoria, la Corte sostuvo que, tratándose de simples particulares relacionados con el caso central en la forma en que lo estaba Gertz, la Constitución no les impedía a los Estados locales determinar la responsabilidad de quien emitía expresiones inexactas mediante la prueba de su simple negligencia o culpa. Sin embargo, si el reclamo no se limitaba a los daños resarcitorios directos, sino que se extendía a un reclamo de daño punitivo o ejemplar, era necesaria la prueba de dolo directo o eventual sin que se admitiera su presunción y, sin que fuera suficiente, la acreditación de la simple culpa⁸².

⁸¹ BADENI, Ob. Cit., p. 102.

⁸² *Ibid*, p. 105.

Se ha dejado claro que la Doctrina de la Real Malicia no se aplica cuando el afectado en su honor es un simple particular, aunque haya interés público y, sí es de aplicación cuando el tema en cuestión es de interés público y el afectado en su honor es una personalidad pública, sin importar si es o no funcionario, y por lo tanto sin importar si se trata o no de una conducta privada o funcional⁸³. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en la causa “*Gertz vs. Robert I. Welch*” señaló que las personas que gozan de fama o notoriedad, o las que se introducen voluntariamente en el debate de una controversia pública, y se ven afectadas por la prensa, deben demostrar la falsedad consciente o el temerario desinterés por la verdad del periodista⁸⁴.

Con distinta integración, el Tribunal ofreció algún repliegue en el avance de la *actual malice*, diciendo que no era suficiente el mero interés público de la noticia – no veraz – cuando estaba involucrada una persona privada que adquiere la calidad de figura pública por haberse envuelto en algún tema de relevancia pública, en cuyo caso, el afectado sólo debía probar la negligencia del informante para que se condenara a éste al resarcimiento pertinente. Debe recordarse, empero, que el Tribunal mantuvo su criterio en cuanto a la aplicación del estándar de la malicia real cuando se trataba de informaciones relativas a sujetos que son figuras públicas por su “poder de influencia”,

siempre que la información fuese de relevancia pública⁸⁵.

Finalmente, es importante destacar que, de acuerdo a lo resuelto por la Corte Suprema, la Doctrina de la Real Malicia no resulta aplicable en casos de personas que tengan una vida social connotada. Así, casos sin interés real para la sociedad – como el divorcio de una persona socialmente conocida – no tienen motivos para ser tratados bajo la *actual malice*. En síntesis, para la Corte, lo que determina la aplicación de la real malicia es el interés público y que la noticia puede representar, aún cuando no se trate de funcionarios públicos o de personas públicas.

Conclusiones

Como conclusiones, hay que tener en consideración en primer lugar que, el derecho a la libertad de expresión y pensamiento tuvo su origen marcado en las tendencias sociales que progresivamente fueron apareciendo y consolidándose en el transcurso de la historia de la humanidad. En el breve repaso histórico realizado en la presente investigación, se pudo constatar que la libertad de expresión se convirtió en un pilar fundamental para las primeras formas de estado, como Grecia y Roma. Más adelante, los derechos a la libertad de expresión, pensamiento y de prensa pasaron a ser pilares fundamentales de la democracia dentro de los estados contemporáneos.

⁸³ PÉREZ, Ob. Cit., p. 31.

⁸⁴ SCHIFER, Claudio y PORTO, Ricardo, Ob. Cit., p. 118.

⁸⁵ BAZÁN, Ob. Cit., p. 131.

Por otro lado, también fue muy importante resaltar el valor histórico de la acusación maliciosa y sus principales características, la misma que representa la base de la Doctrina de la Real Malicia que se desarrollaría en los Estados Unidos de América el siglo anterior. Como se pudo revisar, la acusación maliciosa evolucionó en el tiempo y se estableció en los distintos sistemas jurídicos, lo que posteriormente condujo a la creación de procedimientos más técnicos para determinar la pena por una acusación que, en el fondo, pretendía ocasionar un daño a la honra de una persona.

Como se pudo evidenciar en la presente investigación, la Doctrina de la Real Malicia nació en la jurisprudencia norteamericana en el año 1964 a partir de la resolución de la Corte Suprema de Justicia, en el caso “*New York Times vs. Sullivan*”. En el caso mencionado se estableció la obligación para el afectado de probar que una publicación determinada se realizó con real malicia, esto es, con conocimiento de su falsedad o con descuido de la verificación de su falsedad o no. En consecuencia, en el caso de que no se llegare a probar real malicia, la persona que difundió la noticia no recibiría ninguna obligación de reparar algún daño moral.

Finalmente, se debe resaltar precisamente el fundamento que origina la Doctrina de la Real Malicia, es decir, su visión proteccionista al derecho a la libertad de expresión y de prensa, como forma de evaluar o medir la actuación de las autoridades públicas o de criticar

desde la ciudadanía un tema de interés público. Pero, a la par de que la doctrina otorga protección a los derechos mencionados, también produce un problema en cuanto a la moral de las personas, la misma que se puede ver afectada por una información falsa o no contrastada.

Bibliografía

ANSUÁTEGUI, Francisco. Orígenes Doctrinales de la Libertad de Expresión. Madrid: Biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid, 1991, Disponible en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15830/Ansuategui_tesis_1991_1.pdf

BADENI, Gregorio. Doctrina de la Real Malicia. Buenos Aires: Academia Nacional de Periodismo, 2005.

BADENI, Gregorio. La desregulación de la prensa. Buenos Aires: Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Tomo XXIII, 1994. https://www.ancmyp.org.ar/user/CONTINUACION-ANALES/24_TOMO%20XIII.PDF

BADENI, Gregorio. Libertad de Prensa. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

BAZÁN, Víctor. El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina. Santiago de Chile: Estudios Constitucionales, vol. 6, número 1, 2008. <http://www.redalyc.org/pdf/820/82060106.pdf>

BERTONI, Eduardo. *New York Times vs. Sullivan* y la malicia real de la doctrina. Libertad de prensa y derecho penal. AAVV. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.

COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio. Notas críticas a la figura del "personaje público" como criterio legitimador para la intromisión en la vida privada de las personas. Santiago de Chile:

Estudios Constitucionales, vol. 3, número 2, 2005. <https://www.redalyc.org/pdf/820/82030206.pdf>

DÍAZ DE VALDÉS, José. Freedom of Speech In Rome. Valparaíso: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Derecho Romano], 2009. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rehj/n31/art04.pdf>

FATÁS, Guillermo. Código de Hammurabi Ordenación Temática. Zaragoza: Historia Antigua-Universidad de Zaragoza, 2018. http://www.hechohistorico.com.ar/archivos/culturas_antiguas/poa/hammurabi.pdf

GÓMEZ, Perla. Libertad de expresión: protección y responsabilidades. Quito: Editorial "Quispus", CIESPAL, 2009.

GONZÁLEZ, Luis. La Libertad en parte del pensamiento filosófico constitucional. México: Biblioteca virtual de la UNAM, 2012. <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n27/n27a5.pdf>

PÉREZ, Gabriel. Libertad de prensa y derecho al honor. Córdoba: Alveroni Ediciones, 1999.

RODRÍGUEZ, Felipe. Manual de Delitos contra el Honor y Libertad de Expresión. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2017.

SCHIFER, Claudio y PORTO, Ricardo. Libertad de expresión y derecho a la información en las constituciones de América. Buenos Aires: Educa, 2010.

STEINER, Rudolf. La Filosofía de la libertad. Alemania: Editorial Rudolf Steiner Rudolf Steiner, 1999, Verlag, traducción de Muniaín, Blanca. <https://fdocuments.in/document/la-filosofia-de-la-libertad-56e75651cffb9.html>