

¿QUÉ ES LA MALICIA EFECTIVA O REAL MALICIA?

Dr. Rubén Darío Merchant Ubaldo

Experto en daño moral en personas físicas y jurídicas

A lo largo de mi trayectoria profesional siempre me han interesado temas que son poco conocidos y uno de ellos es la *malicia efectiva*, la cual nace en Estados Unidos de América (*actual malice*) con el caso *New York Times vs Sullivan* del año de 1964 y que la doctrina reconoce su fuente en la Constitución Norteamericana, especialmente en las enmiendas I y XIV al establecer normas restrictivas de la libertad de prensa.

La Nación Argentina, por ejemplo, adopta la figura mencionada como “real malicia” con la doctrina Campillay, poniendo limitantes a la libertad de expresión, que consiste en una conducta dolosa de producir una información o hecho noticioso con componentes no solo falsos o errados, sino con la intención de injuriar a personajes públicos. Sin embargo, en el año 2008, al decidir el caso “Patitó, José Ángel y otro /Diario La Nación y otros”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reafirmó por unanimidad la vigencia de la doctrina de la real malicia en el Sistema Constitucional argentino.

Tratándose de México en el año 2007, fueron derogados del Código Penal Federal y con el tiempo en códigos locales de algunas entidades federativas, distintos tipos penales que atentaban contra el honor como son la *injuria, difamación y calumnia*, los cuales conocía el Agente del Ministerio Público como representante social.

La razón de motivos del legislador, fue principalmente depurar algunos ilícitos penales y trasladarlos a otra legislación, además con otro procedimiento distinto para su exigibilidad. Tal es el caso de la Ciudad de México, cuyo Código Penal derogó similares delitos que afectaban el honor y reputación de las personas, promulgándose en el año 2006 la *Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la vida privada, el honor y la propia imagen*.

El ordenamiento jurídico en comento contiene aspectos importantes como garantizar los derechos de la personalidad, en donde se encuentra el *derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen de las personas*, que en esencia engloban el “patrimonio moral”. Mismos que serán protegidos civilmente frente a todo daño que se pudiera causar, derivado de un acto ilícito como la “malicia efectiva”. Así pues, corresponden a las personas físicas y son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables. La persona moral también goza de estos derechos, en lo que sea compatible con la naturaleza jurídica de ésta.

Derecho a la vida privada

Es aquella que no está dedicada a una actividad pública y, por ende, es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa; en donde los

terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia ni les afecta.

El derecho a la vida privada se materializa al momento que se protege del conocimiento ajeno a la familia, domicilio, papeles o posesiones y todas aquellas conductas que se llevan a efecto en lugares no abiertos al público, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho.

Como parte de la vida privada se tendrá derecho a la intimidad que comprende conductas y situaciones que, por su contexto y por desarrollarse en un ámbito estrictamente privado, no están destinados al conocimiento de terceros o a su divulgación, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho.

Derecho al honor

El honor es la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social de un sujeto y comprende las representaciones que la persona tiene de sí misma, que se identifica con la buena reputación y la fama. También es el bien jurídico constituido por las proyecciones psíquicas del sentimiento de estimación que la persona tiene y atendiendo a lo que la colectividad en que actúa considera como sentimiento estimable.

El carácter molesto e hiriente de una información, no constituye en sí un límite al derecho a la información, para sobrepasar el límite de lo tolerable, esas expresiones deberán ser *insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones*, innecesarias en el ejercicio de la libertad de expresión y derecho a la información. La emisión de juicios insultantes por sí mismas en cualquier contexto, que no se requieren para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad humana.

En ningún caso se considerará como ofensas al honor, los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho, siempre que el modo de proceder o la falta de reserva, cuando debió haberla, no demuestra un propósito ofensivo.

Derecho a la propia imagen

La imagen es la reproducción identificable de los rasgos físicos de una persona, sobre cualquier soporte material y toda persona tiene derecho sobre su imagen, que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando o no, la captación o difusión de la misma, esto es, constituirá un acto ilícito la difusión o comercialización de la imagen de una persona sin su consentimiento expreso.

Consecuentemente, la imagen de una persona no debe ser publicada, reproducida, expuesta o vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que

dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, por la función pública que desempeñe o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público.

Cuando la imagen de una persona sea expuesta o publicada, fuera del caso en que la exposición o la publicación sea consentida, con perjuicio de la reputación de la persona, la autoridad judicial, por requerimiento del interesado, puede disponer que cese el abuso y se reparen los daños ocasionados.

Afectación al patrimonio moral

Son tres tópicos que deben considerarse cuando se *afecta el patrimonio moral*, como el *daño*, *afectación a la propia imagen* y *la malicia efectiva*. El daño se reputará moral, cuando el hecho ilícito menoscabe a los componentes del patrimonio moral de la víctima, como el secreto de su vida privada, el honor, decoro, prestigio, la buena reputación y la imagen de la persona misma.

No se considerará que se causa daño al patrimonio moral cuando se emitan opiniones, ideas o juicios de valor sobre cualquier persona, siempre y cuando no se utilicen palabras, frases o expresiones insultantes, innecesarias para el ejercicio de la libertad de expresión. Las imputaciones de hechos o actos que se expresen con apego a la veracidad y sean de interés público, tampoco podrán ser motivo de afectación al patrimonio moral.

Afectación a la propia imagen

La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida o fuera de ellos sin su autorización, constituye una afectación al patrimonio moral. La utilización del nombre, de la voz o la imagen de una persona con fines peyorativos, publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, dará lugar a la reparación del daño que por la difusión de esta se genere. Mientras no sea condenado por sentencia ejecutoriada, el probable responsable tiene derecho a hacer valer el respeto a su propia imagen.

Malicia efectiva

La malicia efectiva, se configura cuando el demandante sea un *servidor público* y haya sido afectado en su patrimonio moral por opiniones y/o informaciones, como consecuencia del ejercicio de sus funciones sometidas al escrutinio público. Aunado a ello, deberá probar la existencia de la *real malicia* demostrando que la información fue difundida a sabiendas de su falsedad y con total despreocupación sobre si era falsa o no, que se hizo con el único propósito de dañar y bastará que se demuestre la negligencia inexcusable del demandado.

Es importante advertir que, para que se produzca el daño al patrimonio moral, se requiere que exista afectación en la persona, que sea consecuencia de un acto ilícito

y que haya una relación de causa efecto entre ambos acontecimientos. Asimismo, para la procedencia de la acción, se deberá tomar en cuenta la mayor o menor divulgación que el hecho lesivo ha tenido, las condiciones personales de la víctima y de las demás circunstancias del caso.

La valoración del daño al patrimonio moral debe ser realizada considerando la personalidad de la víctima, su edad, posición socioeconómica y naturaleza pública y privada, el hecho ilícito, la gravedad objetiva del perjuicio, la mayor o menor divulgación. Las acciones para exigir la reparación del daño prescribirán a los dos años de la fecha en que se causó, que contará a partir de la realización del acto que se presume ilícito y comprenderá la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria a costa del demandado, en el medio y formato donde fueron difundidos los hechos u opiniones que constituyeron la afectación al patrimonio moral.

En los casos en que no se pudiere resarcir el daño, se fijará indemnización tomando en cuenta la mayor o menor divulgación el acto ilícito, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso, el cual no podrá exceder de trescientos cincuenta veces la unidad de cuenta de la Ciudad de México, lo anterior no incluye los gastos y costas que deberá sufragar.

Cabe advertir que, dentro de los precedentes recientes que se tienen en México, es el amparo directo en revisión 172/2019, mediante sentencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en donde se aborda el tema de la "Real Malicia", empero, causa polémica el criterio publicado también en 2019 con registro 2020798 *Libertad de expresión. El estándar de malicia efectiva, requiere no solo que la información difundida haya sido falsa, sino que se haya difundido a sabiendas de su falsedad o con la intención de dañar.*

Lo anterior, dificulta su acreditación para el actor o demandante, pues necesita que no sólo se demuestre que la información difundida es falsa, sino que, además, que se publicó a sabiendas de su falsedad, o con total despreocupación sobre si era o no falsa, es decir, que el informador tenía conocimiento de que la información era inexacta, o al menos dudaba sobre su veracidad y una ausencia de preocupación por verificarla, pues ello revelaría que se publicó con la intención de dañar.

En suma, considero que la *malicia efectiva* va teniendo una evolución constante en distintos sistemas jurídicos internacionales, sobre todo en materia civil y cada caso va generando precedentes ante los tribunales, teniendo claro que, la intención en su creación no es enriquecer al servidor público o figura pública con su acción ante los tribunales, sino que es proteger el patrimonio moral contra cualquier manifestación que lo desprestigie. Aclarando que los entes públicos, no tienen legitimación para intentar la malicia efectiva debido a su naturaleza.

DATOS DEL AUTOR

NOMBRE	DR. RUBÉN DARÍO MERCHANT UBALDO
GRADO ACADÉMICO	<p>Licenciatura en Derecho (Ced. Prof. 4102769). Especialidad en Derecho Penal (Ced. Prof. 10703405). Maestro en Derecho Civil (Ced. Prof. 8224338) Maestro en Alta Dirección Empresarial (Ced. Prof. 11268703). Doctor en Derecho (Ced. Prof. 12843551). Doctor el Alta Dirección Estratégica Internacional (Ced. Prof. 11878546). Posdoctorado en Investigación Jurídica (Acdo. Secretaría de Educación Pública. 20121935). Posdoctorado en “Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales” en la Universidad de Buenos Aires y con el auspicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en Costa Rica. Doctor Honoris Causa por la Dayspring University de Estados Unidos y el Colegio Oficial Internacional de Doctores.</p>
ACTIVIDAD PROFESIONAL	Escritor, catedrático, investigador y columnista: Derecho, Criminología y Alta Dirección.
ESTANCIAS ACADÉMICAS Y DE INVESTIGACIÓN	<p>Universidad de San Petersburgo (Rusia) Instituto de Latinoamérica Academia de Ciencias en Moscú (Rusia). Universidad de Helsinki (Finlandia). Universidad Rey Juan Carlos (España).</p>
CONFERENCISTA Y FACILITADOR NACIONAL E INTERNACIONAL	<p>Licencia internacional CIC MS-101. Cámara Internacional de Conferencistas con sede en Perú. Conferencias, cursos y talleres presenciales: México, Paraguay, Bolivia, Argentina, Colombia, Brasil, Rusia, Ecuador, Finlandia, Perú, España y Costa Rica.</p>
MAIL Y REDES SOCIALES	<p>MAIL: ediciones_selectasm@hotmail.com REDES SOCIALES: Facebook: https://m.facebook.com LinkedIn: https://mx.linkedin.com Twitter: @DarioMerchant YouTube: https://m.youtube.com Avatar: https://s.gravatar.com/avatar/18030232ab3e2b5s=80</p>

MERCHANT