



USFQ LAW REVIEW

VOLUMEN VII • SEPTIEMBRE 2020



La honra versus la libertad de expresión en redes sociales: mecanismo de determinación de daño moral ante la colisión de derechos humanos

Honor Versus Freedom of Speech on Social Networks: A Mechanism for Determining Moral Damage in the Face of a Human Rights Collision

EMILIA SOLEDAD BONILLA MANOTOA*

MARÍA VICTORIA VERGARA CAICEDO**

CAMILA SANTAMARÍA VITERI***

Recibido / Received: 17/02/2020

Aceptado / Accepted: 23/04/2020

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1680>

Citación:

Bonilla Manotoa, E. S., M. V. Vergara Caicedo, y C. Santamaría Viteri. «La honra versus la libertad de expresión en redes sociales: mecanismo de determinación de daño moral ante la colisión de derechos humanos». *USFQ Law Review*, Vol. 7, n.º 1, septiembre de 2020, pp. 183-201, doi:10.18272/ulr.v7i1.1680.

* Investigadora independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: ebonilla@estud.usfq.edu.ec; es.bonilla@outlook.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1374-1145>

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mvvergara@estud.usfq.edu.ec; vicky.mvvc@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8111-1487>

*** Fundación Desarrollo y Bienestar Integral (DBI), Vicepresidenta, calle Juana Atabalipa 8-104, Ibarra 100150, Imbabura, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Correo electrónico: csantamariav@estud.usfq.edu.ec; custicia97@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0458-0471>

RESUMEN

Este estudio analiza el elemento de la antijuridicidad en las publicaciones en redes sociales, como hechos que ocasionan una afectación a la honra y al buen nombre, y consecuentemente podrían causar daño moral. Inicialmente se distingue el hecho antijurídico del hecho ilícito, como elemento necesario para que se configure el daño. El discurso o la opinión analizada deben cumplir con requisitos determinados por estándares internacionales de derechos humanos en materia de libertad de expresión, para determinar si el hecho es antijurídico o no. En este caso el estándar consiste en un test tripartito y la perspectiva sistémica digital para así verificar la existencia de un hecho antijurídico que constituya un daño moral a resarcir. De igual manera se diferencia brevemente la naturaleza entre las publicaciones originadas por su autor y aquellas en las que quien realiza el acto solamente comparte el contenido creado por una tercera persona. En este trabajo se evidencia la falta de aplicación de estándares de derechos humanos en la calificación del daño, y sus consecuencias perniciosas en la administración de justicia en el Ecuador. Con este análisis el juzgador podrá determinar la naturaleza del acto para poder condenar al demandado a reparar daños o desechar la demanda que alega los mismos.

PALABRAS CLAVE

Derecho de daños; libertad de expresión; derecho al honor y buen nombre; redes sociales; daño moral; antijuridicidad; test tripartito de restricción de derechos; perspectiva sistémica digital

ABSTRACT

This study analyzes the element of unlawful act in social media posts as events that cause an affectation to the right of honor and good name and could consequently cause moral damage. Initially, the unlawful act is distinguished from the wrongful act, as a necessary element for the damage to be configured. The speech or opinion analyzed must comply with requirements determined by international human rights standards regarding freedom of speech, in order to determine whether the act is unlawful or not. In this case, the standard consists of a tripartite test and the digital systemic perspective in order to verify the existence of an unlawful act that constitutes moral damage to be compensated. Similarly, the nature is briefly differentiated between the publications disseminated by its author and those in which the person who performs the act only shares the content created by a third person. This article evidences the lack of application of human rights standards in the classification of the damage and its pernicious consequences in the administration of justice in Ecuador. With this analysis, the judge will be able to determine the nature of the act in order to convict the defendant to repair damages or dismiss the alleged claim.

KEYWORDS

Tort law; freedom of speech; right to honor and reputation; social networks; moral damages; unlawfulness; tripartite restriction of rights test; digital systemic perspective

1. INTRODUCCIÓN

Con el fin de abordar desde una perspectiva diferente un tema que ha sido analizado siempre desde la óptica civilista, como es la responsabilidad civil extracontractual por daño moral; es preciso considerar la visión de los estándares generados desde el estudio del derecho internacional de los derechos humanos. Este análisis permitirá establecer que las controversias del derecho de daños requieren de un examen más profundo que permita proteger los derechos humanos de las partes en litigio, así como generar jurisprudencia vinculante que no contravenga ni la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) ni el bloque constitucional que la conforma.

La doctrina en el ámbito civil tradicionalmente ha determinado que con el fin de establecer cualquier tipo de responsabilidad civil extracontractual, en un caso concreto, es preciso que se cumplan los siguientes elementos: i) existencia del daño; ii) hecho antijurídico; iii) nexo causal; y iv) culpabilidad¹. Este artículo se centrará en el elemento del hecho antijurídico, dado que este es el que se considera determinante para la identificación de un caso de daño moral, pues de no poder probar su existencia, no se podría atribuir una responsabilidad de carácter civil y, por ende, tampoco una sanción de tipo pecuniaria. Toda vez que el principio *in re ipsa*² suple el requisito de prueba de la existencia del daño, mas no la del hecho antijurídico.

Es importante analizar el hecho antijurídico como una afectación a los derechos a la honra y buen nombre de una persona, en un posible caso de daño moral ocasionado por el ejercicio a la libertad de expresión a través de una plataforma de Internet, tal y como las redes sociales. Estas consideraciones en el análisis realizado por los jueces, influyen no solamente en el resultado de una sentencia motivada en sede nacional, sino también previenen una posible responsabilidad internacional en materia de derechos humanos, al Estado ecuatoriano.

La CRE, así como el bloque de constitucionalidad, reconocen la importancia que tanto el derecho a la libertad de expresión, como el derecho a la honra,

1 Ponce Martínez, Alejandro. "Responsabilidad Civil Extracontractual". *Revista de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión* No. 5 (2015), pp. 77-103.

2 La traducción es "la cosa habla por sí misma". Este principio se aplica en el derecho moral, en cuanto debe probarse la existencia del hecho antijurídico, más no del daño. Esto ocurre debido a que es muy difícil probar la existencia del daño moral *per se*, porque esto afecta al fuero interno de la persona.

tienen como derechos humanos de igual jerarquía, interdependientes y universales; sin embargo, en la observación del caso concreto pueden verse como contrapuestos, ya que ninguno de los dos derechos es absoluto. Por lo que, de requerirse una restricción de derechos, esta debe ser amparada por el test tripartito de limitación, que determinará si la restricción es legal, legítima y necesaria en una sociedad democrática, de conformidad con el criterio establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) a través de su jurisprudencia. Al respecto, cabe mencionar que en supuestos en los que el contenido es difundido o compartido en línea, la implementación de la perspectiva sistémica digital como cuarto requisito, resulta relevante. Cabe señalar que este trabajo únicamente se enfocará en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) debido a su cercanía con Ecuador.

En consecuencia, si bien el derecho del emisor a la libre expresión en internet no constituye un hecho antijurídico *per se*, si se determina que tras realizarse el test tripartito de restricción de derechos y el análisis de la perspectiva sistémica digital, la limitación no cumple con estos requisitos; no existiría un hecho antijurídico. A *contrario sensu*, habría un hecho antijurídico si la restricción cumple con los tres requisitos del mencionado test, ya que éste presupone que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión fue abusivo. De aquí en adelante, el juzgador deberá analizar los demás elementos del daño para determinar si existe o no responsabilidad civil extracontractual por daño moral.

2. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS

2.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El derecho a la libertad de expresión “[a]sí como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias”³. Este es un derecho humano que ha variado en su contenido y restricción conforme a los cambios en la sociedad y el entorno en el que se ejerza. El derecho a la libertad de expresión es una herramienta para el adecuado funcionamiento de las sociedades democráticas. El sistema en el que nos desenvolvemos como sociedad está diseñado para autorregularse entre iguales. Esta igualdad permite que cualquiera de sus miembros pueda emitir criterios y someterlos al escrutinio de los otros.

De acuerdo con la Corte IDH, la importancia de la libertad de expresión tiene una triple función en un sistema democrático: como derecho indivi-

3 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, 1985. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf (acceso: 10/12/2019).

dual, como canal de expresión democrático y como herramienta clave para el ejercicio de otros derechos. La primera función hace alusión a “la virtud única y preciosa de pensar al mundo desde nuestra propia perspectiva y de comunicarnos con los otros para construir, a través de un proceso deliberativo, no solo el modelo de sociedad en la cual queremos vivir”⁴. En segundo lugar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en sus informes y la Corte IDH en su jurisprudencia, han subrayado que la importancia de la libertad de expresión dentro del catálogo de los derechos humanos “se deriva también de su relación estructural con la democracia”⁵. Y, finalmente, la libertad de expresión constituye un presupuesto fundamental que permite ejercer otras libertades esenciales, por ello la CIDH ha determinado que “la carencia de libertad de expresión es una causa que contribuye al irrespeto de los otros derechos humanos”⁶.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), en su artículo 13, numeral 1, reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y que 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”⁷.

En ese sentido, el derecho a la libre expresión ha sido positivado en nuestro ordenamiento jurídico en el numeral 6 del artículo 66 de la Constitución vigente dentro de la sección correspondiente a los derechos a la libertad⁸.

En este sentido, dado que la CRE en su artículo 11, establece el principio de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías previstos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (incluyendo la interpretación de los órganos autorizados), los cuales deberán ser observados “por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte [...]”⁹, cabe la utilización simultánea y complementaria de la terminología e interpretación vinculantes que hayan sido proporcionadas por los organismos internacionales correspondientes. Por otro lado, en normativa de menor jerarquía, el artículo 17 de la Ley Orgánica de Comunicación (en adelante LOC) establece que¹⁰ “[t]odas las personas tienen derecho a expre-

4 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*, 2010. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf> (acceso: 23/11/2019).

5 *Id.*, p. 3.

6 CIDH. *Informe No. 38/97. Caso No. 10.548*. Informe, 16 de octubre de 1997, párr. 72.

7 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13.

8 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 448 octubre de 2008.

9 Constitución de la República del Ecuador... *Eiusdem*. Artículo 11.

10 Aun cuando contamos con la definición de la Ley, el artículo 4 de este mismo cuerpo normativo excluye de su regulación expresamente los contenidos personales publicados en Internet. Por lo que esta definición es válida en un sentido académico, pero las sanciones que se establecen en este cuerpo normativo no lo son para el caso que se propone en esta investigación, como se analizará posteriormente.

sarse y opinar libremente de cualquier forma y por cualquier medio, y serán responsables por sus expresiones de acuerdo a la Ley”¹¹.

En esta línea, la LOC en su versión original le otorgaba, de forma desproporcionada, la competencia a la Superintendencia de Información y Comunicaciones (en adelante SUPERCOM) de sancionar las prácticas que podrían poner en riesgo el ejercicio de los derechos a la comunicación¹². Para la aplicación de esta potestad, la SUPERCOM emitió el Instructivo para la Aplicación del Procedimiento Sancionador por infracciones a disposiciones de la Ley Orgánica de Comunicación. Dicho instructivo, entre otras consideraciones, establece en su artículo 11 que, en caso de tratar infracciones de oficio se debía presentar un informe jurídico por parte de la Intendencia Nacional de Gestión Preventiva y Asesoría, que sustente “[...] la determinación del derecho presuntamente vulnerado, el daño causado o la obligación que se considere incumplida”¹³. De esta norma se colige que el hecho antijurídico es la infracción a los derechos y obligaciones previstos en la LOC, por lo cual este ente sancionador debió constatar la existencia de los elementos de conformación del daño para así ordenar el pago por concepto de sanción pecuniaria.

Este ente sancionador y sus facultades se extinguieron mediante reforma a la Ley el 20 de febrero de 2020¹⁴. Por lo que, actualmente en Ecuador ya no existe el procedimiento sancionatorio de carácter administrativo. No obstante, de acuerdo con el artículo 49 de la LOC, el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación (en adelante CORDICOM) tiene la potestad de regular y dar seguimiento a los contenidos de los diferentes medios de comunicación, mas no de sancionar estas conductas¹⁵. Esto se evidencia a través de los exhortos que emite, en los que no se ordenan medidas punitivas o resarcitorias de ninguna naturaleza, sino que se recomienda la implementación de buenas prácticas.

Con la finalidad de establecer completitud en el esquema de protección de este derecho, la normativa de jerarquía legal ha establecido sanciones definidas a su violación. En Ecuador es delito restringir la libertad de expresión, de conformidad con el artículo 183 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP): “La persona que, por medios violentos, coarte el derecho a la libertad de expresión, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años”¹⁶.

11 Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 17. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

12 *Eiusdem*. Artículo 57.

13 Resolución de la Superintendencia de la Información y Comunicación No. 11. Artículo 11. Registro Oficial No. 368 de 15 de noviembre de 2018.

14 Ley No. 0. Artículo 56. Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de Julio del 2017.

15 Ley Orgánica de Comunicación... *Eiusdem*. Artículo 49.

16 Código Orgánico Integral Penal. Artículo 183. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 febrero de 2014.

En este sentido, la CIDH y la Corte IDH también han considerado: (i) que ciertas formas de limitación de la libertad de expresión son inadmisibles y, (ii) que algunos tipos de limitaciones, por el tipo de discurso sobre el cual recaen o por los medios que utilizan, se deben sujetar a un examen más estricto y exigente para ser válidas bajo la Convención Americana.

De acuerdo con el artículo 13 de la CADH, existen diferentes tipos de categorías en los que se pueden enmarcar los discursos¹⁷. Por una parte, se encuentran los especialmente protegidos que tienen un amparo especial debido a su importancia respecto a la salvaguarda de los derechos humanos. Estos son: “(a) el discurso político y sobre asuntos de interés público; (b) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y (c) el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa”^{18 19}. Y, de otra parte, el mismo instrumento establece de manera expresa los discursos prohibidos, a saber “la propaganda de la guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia; la incitación directa y pública al genocidio y la pornografía infantil”²⁰.

Al respecto cabe recordar que para Frank La Rue, Subdirector General para la Comunicación e Información de la UNESCO, la noción de discurso de odio está planteada erróneamente ya que debería ser visto como un discurso de incitación al odio “en el sentido de la incitación a un acto de agresión hacia otra persona o grupo de personas”²¹. En otras palabras, debe concurrir la intención de dañar y “la intención deliberada de incitar a otras personas a dañar”²².

2.2. LA HONRA

En su obra, Felipe Rodríguez Moreno establece que existen pocas cosas tan ambiguas como el derecho al honor²³, pues no existe consenso respecto a su alcance y contenido. No obstante, la Corte IDH en el caso Tristán Donoso señaló la diferencia entre la honra y el honor, afirmando que “el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona”²⁴. En otras palabras, algu-

17 Convención Americana sobre Derechos Humanos... *Eiusdem*. Artículo 13.

18 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marco Jurídico...* *Óp. cit.*, p. 22.

19 Esto protege específicamente a aquellos discursos con contenido cultural religioso, expresión de género y orientación sexual.

20 Convención Americana sobre Derechos Humanos... *Eiusdem*. Artículo 13. 5.: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

21 La Rue, Frank. *Estándares internacionales de libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina*, 2017. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37048.pdf> (acceso: 23/11/2019).

22 *Ibid.*

23 Rodríguez Moreno, Felipe. *Manual de delitos contra el honor y libertad de expresión*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2017, p. 29.

24 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia sobre la excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 27 de enero de 2009, párr. 57.

nos tratadistas consideran que el honor se restringe a una apreciación subjetiva propia de la persona y la honra o reputación a un ámbito más objetivo, sujeto a una valoración externa²⁵. Para efectos prácticos, la Real Academia de la Lengua Española ha definido a la honra como la “[e]stima y respeto de la dignidad propia”²⁶ o la “[b]uena opinión y fama adquiridas por la virtud y el mérito”²⁷.

El derecho a la honra y el buen nombre, se encuentran amparados en el art. 66, numeral 18 de la CRE. En concordancia, el artículo 11 de la CADH reconoce que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad” y por tanto tiene el derecho a la protección de la ley contra injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, y de ataques ilegales a su honra o reputación. La Corte IDH ha determinado que este artículo “se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos los individuos deben ser tratados como iguales”²⁸.

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL DAÑO MORAL

3.1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El artículo 2214 del Código Civil dispone que “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. El tratadista Javier Tamayo Jaramillo ha definido a la responsabilidad civil como “la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que, con esa conducta ilícita, ha producido a terceros”²⁹, la que por tanto tiene como objeto el resarcimiento del daño ocasionado a la víctima (no necesariamente económico).

En ese sentido, la responsabilidad civil se divide en contractual y extracontractual, lo que gran parte de la doctrina clásica sostiene que conlleva regímenes jurídicos diferentes. Esto en la medida en que la responsabilidad civil contractual deviene de un vínculo contractual pre existente, es decir, una obligación que nace de un contrato celebrado con anterioridad, cuyo incumplimiento genera la obligación de, o bien cumplir las obligaciones acordadas, o indemnizar.

25 Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información*. Talca: Ius et Praxis, 2006, p. 468.

26 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (22.a ed.). Madrid, España: Autor, 2001.

27 *Ibid.*

28 Corte IDH. *Caso I.V. vs Bolivia*. Sentencia sobre las excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 30 de noviembre de 2016, párr. 149.

29 Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, TI. Bogotá: Legis, 2007, p. 20.

Por otro lado está la responsabilidad civil extracontractual, en la cual “no hay obligación previa entre las partes, sino que es justamente el hecho ilícito el que genera la obligación de resarcir”³⁰. Al respecto, se pueden destacar la presunción de la culpa y su gradación en la responsabilidad contractual, la limitación de la extensión de las obligaciones de reparar, los plazos de prescripción de las acciones; entre otras.

3.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Ahora bien, como se acotó anteriormente, en este tipo de responsabilidad civil la obligación de indemnizar nace del cometimiento del hecho antijurídico. En este sentido, Yzquierdo Tolsada aclara que “la violación no lo es de una previa relación obligatoria, sino del genérico deber de conducta de no dañar a los demás (*alterum non laedere*)”³¹. Entonces, es en el deber general de no dañar, también conocido como *alterum non laedere*, donde cobra sentido la razón de ser de la responsabilidad civil extracontractual. El deber general de no dañar está positivado dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en el artículo 2229 del Código Civil³², por lo que faltar a este deber podría configurar un hecho antijurídico.

3.3. DAÑO MORAL

Tradicionalmente se ha visto al daño moral como aquel sufrimiento moral o físico no apreciable en dinero, generado por el acontecimiento de un hecho. Este, por su naturaleza es de carácter extrapatrimonial, y puede tener origen contractual o extracontractual. En otras palabras, Gil Barragán Romero lo define como una “alteración [que] consiste en padecimientos que perturban el ritmo normal de vida del damnificado y, como consecuencia, producen un modo de estar anímicamente perjudicial, diferente de aquel en que la persona se hallaba anteriormente”³³. En la misma línea, el artículo 2231 del Código Civil, hace mención a que “las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”³⁴. Esta norma genera el derecho a reclamar al perpetrador del daño, una reparación.

No obstante, en términos probatorios es difícil corroborar esta clase de daño ya que, “[u]na característica del daño moral es que se evidencia por el hecho

30 Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011 p. 2.

31 Yzquierdo Tolsada, Mariano. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Madrid: Editorial Reus, 1993, p. 80.

32 Código Civil. Artículo 2229. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

33 Barragán Romero, Gil. *Elementos del daño moral* (3a. ed.). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 62.

34 Código Civil... *Eiusdem*. Artículo 2231.

del ataque a la persona en alguno de los intereses jurídicamente protegidos”³⁵. La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, determinó que “para las lesiones del espíritu rige el principio *in re ipsa*”, lo cual quiere decir que solo se deberá probar el hecho [antijurídico] que ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos³⁶.

Ahora bien, el ejercicio de la libertad de expresión *per se* no necesariamente genera daños directos o indirectos sobre la persona natural o jurídica a la que se haga referencia en la manifestación de la opinión. No obstante, si se ocasiona un daño es preciso determinar claramente a qué esfera afectó: a la patrimonial o a la extrapatrimonial. Si existe una afectación extrapatrimonial, se trataría de una violación a los derechos de la personalidad, especialmente al derecho a la honra, ocasionando de esta manera un daño moral. Y, que si bien Enrique Barros considera que los daños morales son perjuicios inconmensurables en dinero, porque no existe mercado para la vida, la salud o el honor³⁷; no implica que no merezcan algún tipo de compensación ya sea pecuniaria o de otra naturaleza.

Tampoco se excluye que, con ocasión de una opinión, una persona pueda sufrir un detrimento o menoscabo patrimonial; en este supuesto, resultaría más adecuado demandar por concepto de indemnización de daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante).

4. EL HECHO ANTIJURÍDICO COMO ELEMENTO DEL DAÑO MORAL

De acuerdo con Jorge Bustamante Alsina, “el acto ilícito consiste en una infracción a la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio”³⁸. Adicionalmente, adecuando a la doctrina nacional este caso, Alejandro Ponce Martínez complementa el concepto estableciendo que “[...] el hecho, para ser ilícito, debe, al menos, violar principios de justicia [...]”³⁹. Cabe recalcar que esta violación puede tener carácter activo o pasivo según sea el caso de la norma contravenida⁴⁰.

La ilicitud del hecho hace referencia a la expresa violación de una norma del ordenamiento jurídico y la antijuridicidad a la contravención del orde-

35 Barragán Romero, Gil. *Elementos del daño moral* (3a. ed.)... *Óp. cit.* p. 99.

36 Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8, p. 2295. Sentencia, 17 de abril de 2002.

37 Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 288.

38 Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1997, p. 87.

39 Ponce Martínez, Alejandro. *Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos*. Quito: Dirección de Publicaciones de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, 2015, p. 82.

40 Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil... Óp. cit.*, p. 190.

namiento jurídico como un todo. En contraste con este criterio, en el caso Rafael Correa contra Banco Pichincha, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia hace referencia a que para la determinación del daño se requiere la prueba de un hecho ilícito, sin distinguir este concepto del de hecho antijurídico⁴¹, por lo que se podría entender que el juzgador los utiliza como sinónimos. En este artículo se abordará al hecho antijurídico de forma separada al de ilicitud, ya que se considera que este elemento observa a la contravención al ordenamiento jurídico de forma sistémica, más no como la sola infracción a una norma específica.

El artículo 426 de la CRE establece que “todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución”⁴² y que los derechos “consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación”⁴³ en concordancia con el artículo 11.3 de la misma norma suprema. Esto quiere decir que, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano está contemplado el bloque de constitucionalidad definido por la Corte Constitucional como “[el] conjunto de normas que no constando expresamente dentro de las normas positivas de la Constitución formal, forman parte de esta porque es la propia Constitución la que reconoce ese rango y rol, en virtud del más alto valor del Estado, la protección de la dignidad humana”⁴⁴.

Asimismo, la Corte Constitucional ha reconocido que “los estándares internacionales creados por los instrumentos de derechos humanos a los que el Ecuador se encuentra obligado, son parte de nuestro bloque de constitucionalidad”⁴⁵. A su vez, esto implica la consideración del control de convencionalidad que todo juez de un Estado Parte está obligado a realizar, con el fin de “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”⁴⁶. Por lo tanto, los parámetros establecidos por la CADH, forman parte del ordenamiento jurídico y su contravención configurarían un hecho antijurídico.

Con estos antecedentes, en materia de responsabilidad civil, en Ecuador resulta importante determinar la antijuridicidad o la ilicitud del hecho, a fin de establecer si se configuran los elementos de la responsabilidad civil extracontractual. La expresión u opinión proferida debe ser un hecho antijurídico y por lo tanto contravenir al ordenamiento jurídico (bloque de constitucio-

41 Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. *Causa No. 946-2009-SR*. Sentencia, 13 de septiembre de 2012.

42 Constitución de la República del Ecuador... *Eiusdem*. Artículo 426.

43 *Eiusdem*.

44 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 004-14-Scn-Cc*. Sentencia, 20 de agosto de 2014.

45 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 005-17-Scn-Cc*. Sentencia, 9 de agosto de 2017.

46 Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia sobre las excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

alidad). Caso contrario, si se sanciona penal, civil o administrativamente el ejercicio del derecho a la libertad de expresión por haber ocasionado un daño que no necesariamente constituye un hecho antijurídico, como por ejemplo la difusión (crear o compartir) de una opinión respecto a una figura pública; podría constituir una restricción ilegítima a la libertad de expresión.

4.1. TEST TRIPARTITO

En este apartado se realizará un análisis del test tripartito que se debe aplicar para determinar si es justificable o no una restricción a la libertad de expresión, dado que tanto la CIDH como la Corte IDH han considerado que existen formas de limitación de este derecho que son inadmisibles y que “algunos tipos de limitaciones, por el tipo de discurso sobre el cual recaen o por los medios que utilizan, se deben sujetar a un examen más estricto y exigente para ser válidas bajo la Convención Americana”⁴⁷.

La Corte IDH ha reconocido la necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, en relación con una posible afectación por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión. En el caso *Kimel vs. Argentina*, determinó que para el efecto se deben observar los límites fijados por la propia CADH en el artículo 13.2 y también ha establecido que existen requisitos para que una restricción en materia de libertad de expresión sea permisible. Asimismo, frente a ataques a la honra, el Estado debe propiciar medios judiciales para que el afectado pueda exigir su protección⁴⁸. En este sentido

[...] la jurisprudencia interamericana ha desarrollado un test tripartito para controlar la legitimidad de las limitaciones, en virtud del cual estas deben cumplir con una serie de condiciones precisas para ser admisibles bajo la Convención Americana [sobre Derechos Humanos]⁴⁹.

En primer lugar, la restricción debe estar previamente fijada en una ley; debe responder a un objetivo permitido por la CADH como, por ejemplo: “respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”⁵⁰ y finalmente deben ser “necesarias en una sociedad democrática”⁵¹. Al respecto cabe mencionar que, de acuerdo con Daniel Caballero, es indispensable que el test de restricción a la libertad de expresión en línea, incluya el elemento de perspectiva sis-

47 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Marco Jurídico... Óp. cit.*, p. 22.

48 Corte IDH. *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*. Sentencia sobre la excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 30 de agosto de 2019, párr. 107.

49 CIDH. *Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III, Marco jurídico interamericano del derecho a la libertad de expresión*. Informe, 30 de diciembre de 2009, p. 396.

50 Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, de 19 de septiembre de 2006, párr. 90.

51 *Id.*, párr. 91.

témica digital⁵², la que se entiende como “todas las condiciones de legitimidad a la luz de las características propias y especiales de Internet y desde la perspectiva de su impacto en el funcionamiento de la red”⁵³, ya que esta limitación podría tener una repercusión significativa en el grupo afectado por la medida.

Con respecto al primer requisito la Corte IDH ha definido a la ley como “una norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”⁵⁴. En el caso ecuatoriano, esta ley resultaría del proceso legislativo previsto en la CRE. Si bien el Ecuador cuenta con una Ley Orgánica de Comunicación, la misma prescribe en su artículo 4 que los contenidos (información u opinión) personales que se emitan a través del internet no serán regulados por esta Ley; sin embargo, esto no excluye las acciones penales o civiles a las infracciones a otras leyes que se cometan a través del Internet⁵⁵. Lo que implicaba que, en teoría, aun cuando la SUPERCOM tenía la potestad de sancionar, no podía conocer casos relacionados con contenido, información u opinión en plataformas de internet, ni de oficio o a petición de parte.

Pese a que no exista una tipificación de hechos ilícitos o antijurídicos que pudieran generar responsabilidad civil, la contravención de injuria prescrita en el artículo 396 del COIP establece de manera indirecta limitaciones a la libertad de expresión, ya que “[l]a persona que, por cualquier medio, profiera expresiones en descrédito o deshonor en contra de otra”⁵⁶ será privada de su libertad de quince a treinta días y no será punible si las expresiones son recíprocas en el mismo acto.

La legitimidad de la restricción está relacionada con el objetivo legítimo de asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, tal y como lo establece el artículo 13.2 de la CADH. Si bien el concepto de orden público puede ser ambiguo, la Corte IDH ha considerado que hace “referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”⁵⁷.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha definido que las limitaciones impuestas con el fin de proteger la moral deben basarse en “principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición [...] [y] que han de

52 Caballero, Daniel. *Reflexiones sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2019, p. 82.

53 CIDH. *Resumen Ejecutivo Libertad de Expresión e Internet*, 2013.

http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/internet/Resumen_Ejecutivo_Internet_FB.pdf (acceso: 10/12/2019).

54 Corte IDH. Consultiva OC 6/86 del 9 de mayo de 1986. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf (acceso: 23/11/2019).

55 Ley Orgánica de Comunicación... *Eiusdem*. Artículo 4.

56 Código Orgánico Integral Penal... *Eiusdem*. Artículo 396.

57 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85... *Óp. cit.*, párr. 67.

entenderse en el contexto de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación⁵⁸. Por lo que, este segundo requisito estaría relacionado con el *alterum non laedere*, puesto que parte de la premisa de que los “derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”⁵⁹. Y con respecto al ejercicio a la libertad de expresión, una limitación que permita cumplir con el deber de no dañar y por ende, un derecho a no ser dañado, es legítima.

Cabe mencionar que los propósitos “deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”⁶⁰. En este mismo sentido, la Corte IDH en el caso *Álvarez Ramos vs. Venezuela*, ha señalado que es necesario hacer una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión de quien comunica y el derecho a la honra de la persona afectada, cuando se persigue un fin legítimo⁶¹.

El tercer requisito, relativo a la necesidad en una sociedad democrática, está vinculado con el hecho de que la restricción sea indispensable, proporcional e idónea para salvaguardar los objetivos legítimos previamente analizados. Al respecto, la Corte IDH ha determinado que la restricción debe ser “proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho”⁶².

En este punto cabe precisar que dentro del SIDH se reconoce que “[t]anto la vía civil como la penal, bajo ciertas circunstancias y en la medida que reúnan los requisitos de necesidad y proporcionalidad, como medios para establecer responsabilidades ulteriores ante la expresión de informaciones u opiniones que afecten la honra o la reputación [son legítimas]”⁶³. De forma preliminar, podría entenderse que en Ecuador el delito de calumnia prescrito en el artículo 182 del COIP⁶⁴, sanciona a la persona que realice una falsa imputación de un delito; a menos que el responsable probare la veracidad de la imputación o que se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia ejecutoriada en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación.

58 Observación general No. 34. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comité de Derechos Humanos, 2011. <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPPrICAqhKb7yhsrcdBOH115979OVGG-B%2BWPAXiks7ivEzdmLQdosDnCG8FaQoW3y%2FwBqQ1hhVz2z2lpRr6MpU%2B%2FxEikw9fdBYE4QPFDIFW1VIMIVkoM%2B312r7R> (acceso: 10/12/2019).

59 Convención Americana Sobre Derechos Humanos... *Eiusdem*. Artículo 32.

60 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85... *Op. cit.*, párr. 67.

61 Corte IDH, *Caso Álvarez Ramos...* *Op. cit.*, párr. 107.

62 Corte IDH. *Caso Claude Reyes...* *Op. cit.*, párr. 92.

63 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, de 29 de noviembre de 2011, párr. 49; citado en Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 22 de agosto de 2013, párr. 162.

64 Código Orgánico Integral Penal... *Eiusdem*. Artículo 182.

Resulta lógico que este hecho sea sancionado, puesto que la imputación de un delito no es semejante a la manifestación de una opinión. Cabe recordar que a criterio de la Corte IDH, “[c]omo tal, la opinión no puede ser objeto de sanción [...]”⁶⁵ y “en principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos, [d]e allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor”⁶⁶.

Entonces si en materia de responsabilidad penal, en donde se discute la libertad personal de un individuo no aplica un estándar tan riguroso respecto a las opiniones, en casos de responsabilidad civil, las sanciones en esta materia también deben contar con el análisis tripartito; así como lo examinó la Corte IDH en el caso *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, en los supuestos en los que se aplicaba una medida de responsabilidad civil ulterior, la cual debe cumplir “[...] con los requisitos de estar prevista en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional”⁶⁷, es decir cumplir con el test tripartito. La importancia de este análisis radica en el posible efecto inhibitorio que la imposición de una sanción civil puede generar frente a ciertas opiniones que no constituyan hechos antijurídicos.

Si bien el discurso de odio *prima facie* puede ser considerado como un hecho antijurídico

[l]as medidas de bloqueo o filtrado de contenidos tendientes a combatir[lo ...] son medidas de *ultima ratio*, y solamente deben adoptarse cuando sean necesarias y proporcionales, con la finalidad imperativa que persiguen[...] Los Estados que adopten estas medidas deben además diseñarlas de forma tal que no alcancen discursos legítimos que merezcan protección[...]”⁶⁸.

Finalmente, al analizar el caso a través del test tripartito, es preciso incluir el requisito de perspectiva sistémica digital, el mismo que de acuerdo con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión requiere que “[...] toda medida sea evaluada frente al impacto (o costo) que podría tener en el funcionamiento de usuarios, más allá de su resultado y el punto de vista de los particulares directamente”⁶⁹.

De conformidad con lo expuesto, la determinación de un hecho antijurídico deberá primero evaluarse a través del test tripartito, para posteriormente verificar si los elementos del daño se configuran, y por lo tanto atribuir o no responsabilidad civil extracontractual.

65 Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia sobre el fondo, reparaciones y costas, 02 de mayo de 2008, párr. 93.

66 *Ibid.*

67 Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D’Amico ...* *Óp. cit.*, párr. 51.

68 CIDH. *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. 15 de marzo de 2017, párr. 123.

69 CIDH. Relatoría Especial para Libertad de Expresión. *Libertad de Expresión e Internet...* *Óp. cit.*, párr. 53.

5. ¿QUIÉN ORIGINA EL HECHO ANTIJURÍDICO? ¿QUIÉN LO CREA O QUIÉN LO COMPARTE?

El ámbito jurídico de las redes sociales se diferencia al de las páginas web en la medida en que su contenido se construye por los propios usuarios y por lo tanto, ellos son responsables por cualquier daño que su accionar produzca dentro de estos espacios. Cabe destacar que las redes sociales no son un medio de comunicación, sino un medio de difusión, dado que se ha mutado de un “esquema tradicional a un proceso interactivo, cambiante y dinámico”⁷⁰. Es así que las redes sociales juntan los espacios tradicionales con los virtuales con el apoyo de la tecnología, convirtiéndose así en un territorio en el que “no hay reglas; es decir, no hay censura, línea editorial o restricción que marque la pauta”⁷¹. Sin embargo, esto no significa que los usuarios de las redes sociales estén fuera de la esfera del poder punitivo del Estado.

Ramón Herrera de las Heras hace alusión a la importancia del contenido del mensaje para justificar la activación de la protección del derecho a la libertad de expresión y su vínculo con el derecho al honor. Con el objeto de que el daño sea resarcido, se debe probar la existencia del nexo causal entre el hecho dañoso realizado con dolo o con culpa, y el daño a repararse⁷². En el caso del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, no queda claro si el hecho dañoso es solamente culpa de quien cree el contenido y lo difunda en una cuenta propia; o si también es responsable quien comparta datos de un tercero. La ley y la jurisprudencia no han establecido parámetros claros para distinguir la existencia y condiciones de responsabilidad entre un caso y otro, dejando así un vacío normativo en la materia.

En lo referente al autor del mensaje con contenido dañoso, Herrera de las Heras indica que gran parte de la doctrina afirma que la responsabilidad del creador es objetiva⁷³. No obstante, él considera que respecto a la persona que difunde el contenido creado por un tercero (*retweet* o *share*), es decir que no es autor directo del ataque; “la objetivación de la responsabilidad ha de ser atenuada”⁷⁴. Para esto, cabe destacar que el autor se ampara en varios estudios que afirman que el 15% de las publicaciones que se retuitean en Twitter no han sido leídas por los usuarios que las comparten⁷⁵. Esto quiere decir que,

70 Hütt Herrera, Harold. *Las Redes Sociales: Una Nueva Herramienta de Difusión*, 2012. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72923962008> (acceso: 09/12/19).

71 *Ibid.*

72 Alessandri, Arturo. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda., 1983, p. 238.

73 Herrera de las Heras, Ramón. *Responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales*. Madrid: Editorial REUS, 2017, p. 75.

74 *Ibid.*

75 Zarrella, Dan. *New Data Indicates Twitter Users Don't Always Click the Links They Retweet*, 2012. <https://blog.hubspot.com/blog/tabid/6307/bid/33815/new-data-indicates-twitter-users-don-t-always-click-the-links-they-retweet-infographic.aspx>

buena parte del contenido compartido no necesariamente significa que quien difunde el mensaje comparta el mismo pensamiento del autor del discurso.

La responsabilidad objetiva o «estricta», que responsabiliza al intermediario por el contenido en su plataforma, es incompatible con la CADH por ser desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática. Esto en virtud de que se promueve la responsabilidad objetiva del intermediario, por contenido considerado ilícito en su plataforma⁷⁶. Además, porque estos regímenes promoverían el monitoreo y la censura de los intermediarios para con sus propios⁷⁷. Sin embargo, de manera excepcional podría haber responsabilidad del intermediario por aplicación del “principio de mera transmisión”, que implica dos supuestos: la intervención específicamente en dichos contenidos, y en caso de que se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo.

Con estos antecedentes se puede interpretar que para quien comparte contenido, ya sea de su autoría o de un tercero, a través de una plataforma digital a la luz de los estándares internacionales de libertad de expresión; se debe analizar en cada caso el cumplimiento de los requisitos del test tripartito de restricción de derechos, así como el de la perspectiva sistémica digital, para determinar la existencia del hecho antijurídico como elemento del daño moral.

6. CONCLUSIONES

En este artículo se evidencia que la importancia de la distinción entre hecho ilícito y hecho antijurídico, no constituye un asunto meramente teórico, sino que conlleva una diferencia que podría ser aplicada en la práctica. Tal es el caso de que si solo se considera la naturaleza ilícita del hecho, se podría excluir en estricto sentido todo aquello que se encuentra fuera de ley, por lo que se omitirían consideraciones de tipo constitucional y convencional, que podrían incluso acarrear una potencial responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos, por no observar el control de convencionalidad.

Los estándares interamericanos sobre el derecho a la libertad de expresión, deberían ser rigurosamente considerados por los tribunales en el caso concreto de daño moral, pues no sería posible determinar una responsabilidad —incluso en materia civil— proporcional, si no se consideran tanto el test tripartito como el requisito de perspectiva sistémica digital.

(acceso: 10/12/2019).

76 UNESCO. *Fostering Freedom Online: The role of Internet Intermediaries*. *Unesco Series on Internet Freedom*. Internet Society, 2014. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000231162> (acceso: 10/12/2019).

77 CIDH. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH. Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*, 2016. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf (acceso: 10/12/2019).

En consecuencia, en aquellos casos en que se alegue daño moral por la afectación al honor o al buen nombre, producto del ejercicio de la libertad de expresión a través de una opinión emitida en una red social, ya sea como una publicación de contenido en calidad de autor o como mero difusor de contenido, el juez deberá evaluar el caso aplicando un test que contemple tanto los requisitos clásicos del test tripartito como la perspectiva sistémica digital, para determinar si el ejercicio del derecho debería ser o no limitado por el derecho al honor del supuesto afectado.

En caso de que la restricción no cumpla con alguno de los parámetros del test, la restricción será ilegítima y por lo tanto no existiría hecho antijurídico, puesto que el ejercicio del derecho no es abusivo. En contraste, si la restricción cumple con todos los parámetros y la opinión debió ser limitada para no ocasionar un daño, existiría un hecho antijurídico, por ende se podrían analizar los otros elementos del daño moral y en consecuencia determinar la existencia de una responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, se podrán ordenar indemnizaciones en favor de la víctima, dado que se ha incumplido con el deber general de no dañar.

En el criterio relativo a la atenuación de la responsabilidad objetiva de las personas que retuitean una publicación, analizado por Herrera de las Heras, no es relevante ni la intención del autor ni del que comparte el contenido, lo cual no podría ser aplicado en el caso ecuatoriano, pues la responsabilidad objetiva se establece por ley, y por regla general el análisis parte de la responsabilidad subjetiva.

En Ecuador, la responsabilidad derivada del daño —patrimonial o extrapatrimonial— ocasionada por el ejercicio de la libertad de expresión (difusión de contenido) por internet, se excluye del ámbito de la aplicación de la LOC, por lo que aparentemente existiría un vacío normativo. Esta laguna legal sería en principio adecuada, pues de implementarse una regulación en la materia que no observe el control de convencionalidad, podrían derivarse consecuencias peligrosas como existencia de restricciones indebidas a la libertad de expresión que incluso podría contravenir la prohibición de censura previa expresamente establecida en el artículo 13 de la CADH.

No obstante, se considera que este vacío es aparente, pues el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla estándares internacionales específicos sobre restricciones a la libertad de expresión que deberían ser aplicados por los administradores de justicia en el caso concreto y de esta manera se evitaría un trabajo legislativo innecesario, infructuoso y dilatado.

Sin perjuicio de que el presente trabajo analiza uno de los cuatro elementos que configuran el daño moral, la distinción entre la verdadera causa del daño (como elemento) cobra relevancia para establecer si una vez identificada la

presencia del hecho antijurídico, la afectación al derecho al honor que este produce es ocasionada por la difusión, la reacción a contenidos difundidos por un tercero o el alcance que esta difusión produce en los medios digitales. Por ello, como un tema fundamental de futuro análisis se podría abordar la causa en el daño moral como resultado del ejercicio a la libertad de expresión.