

Universidad San Francisco de Quito USFQ
Colegio de Jurisprudencia

La ilegitimidad de las restricciones a la caricatura política
Proyecto de investigación

Esteban Miguel Molina Díaz

Directora: Daniela Salazar Marín

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de Abogado

Quito, 21 de diciembre de 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

“La ilegitimidad de las restricciones a la caricatura política”

Esteban Miguel Molina Díaz

Daniela Salazar, LLM
Directora del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon
Lector del Trabajo de Titulación

Pier Pigozzi, LLM
Lector del Trabajo de Titulación

Quito, diciembre del 2016

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
EVALUACIÓN DEL TRABAJO ESCRITO DE TITULACIÓN

TRABAJO DE TITULACIÓN: La ilegitimidad de las restricciones a la caricatura política
ALUMNO: Miguel Molina Díaz

La intolerancia frente al humor ha sido una constante en la historia de la humanidad. A pesar del enorme desarrollo normativo que tanto a nivel interno -en cada estado- como internacional -en los sistemas de protección regionales y universal- ha existido para proteger el derecho a la libertad de expresión, con demasiada frecuencia nos encontramos frente a intentos por eliminar las expresiones que resultan molestas o desfavorables para quienes ostentan el poder. En Ecuador, la libertad de expresión es uno de los derechos que más ha sido vulnerado en la última década, en particular desde la vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación. A la luz de esta norma ha sido posible para el gobierno llegar a extremos impensables en otras democracias, como ordenar la rectificación de una caricatura o multar al diario que la publicó, sin que a nivel judicial se hayan podido revertir tales decisiones. Ahora bien, bajo el principio de que todos somos responsables por nuestros actos, si una caricatura causa un daño irreparable a otra persona, o motiva episodios de violencia como ocurrió recientemente con Charlie Hebdo en Francia, parecería que existen motivos suficientes para sostener que la protección jurídica a las caricaturas no puede ser absoluta. Miguel Molina se propuso en su trabajo de titulación reflexionar sobre este problema de enorme relevancia y actualidad no sólo en Ecuador sino a nivel mundial. Su planteamiento gira en torno a la imposibilidad de censurar o establecer restricciones ulteriores a la caricatura política, revistiéndola de una protección absoluta, lo que sin duda resulta de enorme trascendencia para el debate jurídico relativo a los límites a la libertad de expresión.

En el marco de su investigación, el estudiante reconoce algunos de los fundamentos que han llevado al gobierno a restringir la libertad de los caricaturistas políticos, como son la necesidad de informar de manera veraz sobre procesos judiciales en marcha o la necesidad de proteger los derechos de terceros, incluidos el derecho a vivir libres de violencia y discriminación. No obstante, el investigador está convencido de que no existe un argumento lo suficientemente poderoso como para justificar la intervención estatal respecto de una caricatura política. Esa convicción lleva al investigador a dedicar un espacio residual a las ideas que no favorecen su hipótesis, lo que incide en el contenido argumentativo de la investigación, y constantemente fue sugerido al autor. A pesar de ello, Miguel Molina plantea argumentos suficientes y contundentes para justificar su hipótesis, persuadiéndonos de que la caricatura política, al no ser información sino opinión, y al ser un discurso público y especialmente protegido, está sujeto a régimen de protección absoluto frente a cualquier intento por restringir esta forma de expresión.

Para fundamentar su planteamiento, el estudiante ha llevado a cabo una investigación que se nutre de la normativa nacional e internacional, complementada con doctrina y jurisprudencia que es utilizada de manera pertinente para explicar el alcance de las normas. En particular, el autor hace uso de las decisiones de organismos

internacionales de supervisión, particularmente del sistema interamericano de derechos humanos, con el objetivo de aportar un análisis teórico que las autoridades que han decidido casos como el de Bonil han sido incapaces de realizar. A esto se suma un uso interesante de la jurisprudencia estadounidense sobre la materia, donde el autor ha encontrado argumentos poderosos para justificar su hipótesis. El trabajo de titulación se enriquece además con textos que ilustran al lector sobre la esencia de la caricatura, como forma de expresión. A través de esta variedad de fuentes, el estudiante logra sustentar su planteamiento y persuadir al lector de la trascendencia y relevancia del mismo. A lo largo del trabajo se evidencia un verdadero compromiso del autor con la libertad de expresión, lo que sin duda será un norte en el ejercicio de su profesión. Por todo lo anterior, ha sido un gusto para mi dirigir esta investigación y recomiendo su lectura.

Daniela Salazar Marín, Abogada, L.I.M.

Colegio de Jurisprudencia

Universidad San Francisco de Quito

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre:

Esteban Miguel Molina Díaz

Código del estudiante:

105191

C. C.

1717990137

Fecha:

Quito, 21 de noviembre de 2016

A Bonil y a todos los maestros de la caricatura.

A mi abuelo, Edgar Molina Montalvo, a quien debo mi conciencia de la libertad.

A mis padres, mi abuela, mis tías y mis amigos, por el amor.

A Daniela Salazar Marín y Juan Pablo Albán, quijotes del Derecho.

A mis profesores de la Universidad San Francisco de Quito, por las artes liberales.

RESUMEN

El presente trabajo busca establecer la ilegitimidad de las restricciones a la caricatura política mediante el análisis del derecho a la libertad de expresión y del discurso especialmente protegido. Además, en este ensayo jurídico se pretende analizar si la protección a la caricatura política puede constituir un mecanismo de verificación del sistema democrático y de la vigencia de las libertades individuales interrelacionadas con la libertad de expresión. En el fondo, este trabajo es una reflexión sobre la libertad a las luces de la protección jurídica que una sociedad democrática debe otorgarle a cierto tipo de expresiones, como las obras de los caricaturistas.

ABSTRACT

This paper seeks to establish the illegitimacy of the restrictions on political cartoon by analyzing the freedom of expression and the specially protected speech. In addition, this essay pretends to examine whether the protection of the political cartoon can be a verification mechanism of the democratic system and the validity of individual liberties interlinked with freedom of expression. At bottom, this work is a reflection on freedom and on the legal protection that a democratic society must grant to certain types of expressions, such as the works of the cartoonists.

Tabla de contenido

Introducción.....	10
1 CAPÍTULO I. Conceptos Generales. La caricatura política y la libertad de expresión.	13
1.1 La naturaleza de la caricatura política	14
1.2 La caricatura como opinión	17
1.2.1 Las sanciones a Bonil	18
1.2.2 Protección jurídica a la opinión	25
2 CAPÍTULO II. El derecho a la libertad de expresión.....	29
2.1 Dimensión individual y colectiva de la Libertad de Expresión.....	29
2.2 Restricciones.....	32
2.2.1 Responsabilidades Ulteriores	32
2.2.2 Vías o medios indirectos.....	39
2.2.3 Discursos No Protegidos	44
3 CAPÍTULO III. La protección jurídica a la caricatura política.....	49
3.1 La caricatura como opinión	49
3.2 La caricatura como discurso público	55
3.3 La caricatura como discurso especialmente protegido.....	58
4 Conclusiones	65
5 Bibliografía	69

Introducción

Hay dos momentos simbólicos que inauguraron el siglo XXI. El primero, la fatwa dictada por el ayatolá Ruhollah Jomeini el 14 de febrero de 1989 contra *Los versos satánicos*, una novela de ficción del escritor británico de origen hindú Salman Rushie, en la que se lo acusa de blasfemo y se lo condena a muerte¹. El segundo, el atroz atentado del 7 de enero del 2015 contra el semanario satírico francés *Charlie Hebdo*, en el que murieron 12 personas, entre caricaturistas, editores, trabajadores y policías². El primer momento, anticipatorio. El segundo, realistamente revelador. Luego de esos momentos, es indudable que el siglo XXI inició y marcha con su desoladora crudeza.

Pienso en la fatwa contra Rushie y recuerdo que tan solo nueve meses después se desplomó el abominable Muro de Berlín. Un siglo moría y otro nacía. Uno o dos años antes del asesinato de los legendarios dibujantes de *Charlie Hebdo*, empezó el asedio al caricaturista Xavier Bonilla, alias Bonil, por parte altos funcionarios públicos de Ecuador³. Evocar esas imágenes implica reconocer que la historia de la humanidad es descifrable sólo respecto de esos instantes que se funden y forman simetrías en nuestra memoria.

Al elegir el tema de este ensayo, he querido indagar no sólo en la ilegitimidad de las restricciones a la caricatura política a las luces de la doctrina del discurso especialmente protegido⁴ sino explorar la posibilidad de que el Derecho sea, todavía, un cauce de racionalidad y sensatez para la civilización humana, en tiempos en que se han puesto en peligro los más altos valores que alcanzamos en el siglo XX, como la conciencia de las libertades del individuo y la necesidad del régimen democrático que las garantiza. En el corazón de este ensayo he pretendido librar, en realidad, un debate

¹ Juan Carlos Blanco. *La perpetua condena a muerte de Rushdie*. <http://blogs.elpais.com/fondo-de-armario/2014/02/la-perpetua-condena-a-muerte-de-rushdie.html> (acceso: 26/10/2016)

² Diario La República EC. El director de “Charlie Hebdo” y otros tres dibujantes entre los doce muertos. <http://www.larepublica.ec/blog/gente/2015/01/07/el-director-de-charlie-hebdo-y-otros-tres-dibujantes-entre-los-doce-muertos/> (acceso: 26/10/2016)

³ Fundamedios. *Presidente-candidato obliga a diario El Universo a disculparse por caricatura*. <http://www.fundamedios.org/alertas/presidente-candidato-obliga-diario-el-universo-disculparse-por-caricatura/> (acceso: 26/10/2016)

⁴ Catalina Botero. *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, párrafo 20, http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AH_DLE.html (acceso: 26/10/2016)

entre la autonomía del pensamiento y la conciencia contra el pantanoso espacio de la demagogia y el relativismo.

Y es que quizá el debate en el que me propongo participar no tiene que ver tanto con la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y, por ejemplo, el derecho a la honra⁵, sino en hasta qué punto nosotros, como colectividad, estamos dispuestos a defender el mantenimiento de esas libertades que fueron el fruto de siglos de lucha, padecimientos y muertes. No hay motivo de preocupación más alto para una sociedad que la criminalización del humor y el desprecio a la libertad del ser humano de reinos del poder y de nosotros mismos.

Antes de la aprobación de la Ley Orgánica de Comunicación del Ecuador⁶, Bonil ya fue atacado por la principal autoridad del Estado en razón de sus caricaturas. Luego del 25 de junio del 2013, día en que entró en vigencia ese cuerpo legal, el caricaturista ha sido sometido a dos procedimientos administrativos ante la Superintendencia de Información y Comunicación (Supercom), procesos por lo menos cuestionables desde el punto de vista de los estándares interamericanos sobre el derecho a la libertad de expresión.

En una época en que ciertos gobiernos y sus teóricos han sobrepuesto los derechos económicos, sociales y culturales por sobre los civiles y políticos, haciendo un ejercicio de ponderación que no se compadece con estándares jurisprudenciales o doctrinales, creo que vale la pena reflexionar sobre el significado de la caricatura política en el contexto de la lucha por las más esenciales libertades que el Derecho reconoce a las personas. Esta, entonces, se vuelve una discusión deontológica: del siglo XX y sus euforias, como el nacionalismo y el estalinismo, sabemos que las Leyes, no por ser el resultado de un proceso de positivización legislativa, son siempre justas. ¿Hacia dónde va este siglo? Creo, sin temor a equivocarme, que asistimos a un periodo de la historia en donde uno de los grandes debates que nos convocan tiene que ver con lucha por las libertades individuales y por redefinir sus alcances.

Este ensayo pretende demostrar, con argumentos jurídicos, que la caricatura política está sujeta a un régimen de protección absoluto por ser discurso público y especialmente protegido, en consecuencia, todas las restricciones sobre ella resultan ilegítimas. En los

⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1967). Artículos 13 y 11.

⁶ Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

siguientes capítulos analizaré estos aspectos: en el primero, la naturaleza de la caricatura política, las sanciones a Bonil y, además, delinearé una primera aproximación a la protección jurídica de la opinión. En el segundo, el derecho a la libertad de expresión, desde sus dimensiones y sus posibles restricciones, examinando los espacios en donde el ejercicio este derecho se podría ver restringido legítima o ilegítimamente, como son las responsabilidades ulteriores, las vías o medios de censura indirecta y los discursos no protegidos, a fin de reflexionar la situación de la caricatura política en cada uno de esos espacios. Por último, me detendré en la protección jurídica a la caricatura, analizando si constituye opinión y, en ese sentido, si encarna un discurso público y un discurso especialmente protegido.

Entonces, este es un ensayo que quiere reflexionar sobre la libertad en el sentido más amplio, pero que se detiene muy minuciosamente en la posibilidad del humor, el arte, la crítica al poder y la protección constitucional a cierto tipo de expresiones. Philippe Val, uno de los fundadores y editores de *Charlie Hebdo*, publicó en el año 2008 un libro titulado *Regresa, Voltaire, que se han vuelto locos*, en alusión al llamado del pensador francés a respetar y defender el pensamiento ajeno. Desconocía Val que el título de su libro se convertiría, siete años después, es un grito desesperado contra el extremismo religioso y la intolerancia, luego del más atroz atentado de la historia reciente contra el concepto de la libertad. El de Val, luego de la masacre en París, fue una iracunda invocación a la cordura, ante quienes pretendieron justificar la barbarie⁷. Escribir sobre la caricatura política, en consecuencia, es pertinente y es actual. Y quizá, también es una discusión urgente y necesaria para este siglo.

⁷ Diario El Mundo. *El Papa dice que era de 'esperar' un ataque como el de Charlie Hebdo*. <http://www.elmundo.es/internacional/2015/01/15/54b7bf28e2704e781c8b4584.html> (acceso: 26/10/2016)

1 CAPÍTULO I. Conceptos Generales. La caricatura política y la libertad de expresión.

La segunda década de este siglo XXI se ha caracterizado por cuestionamientos profundos a la sociedad y a los valores de Occidente. Ese es el contexto en el que se han objetado los alcances del derecho a la libertad de expresión por parte, principalmente, de regímenes políticos autoproclamados de tendencia progresista y los teóricos que ellos leen y estudian. La libertad de los caricaturistas es un punto clave en el marco de este análisis.

La caricatura política⁸ es una manifestación creativa, es decir artística, concebida y realizada por un dibujante. Es posible rastrear sus orígenes en la Bolonia del siglo XVI como en la Francia napoleónica, incluso en la plástica de Goya. Por lo general, implica una distorsión o deformación exagerada de la realidad, sirviéndose del humor y la sátira para realizar una crítica o una reflexión sobre el acontecer público.

En este capítulo se analizará la naturaleza de la caricatura política a partir de su proceso creativo. Posteriormente, se analizará la posibilidad de que el régimen jurídico aplicable a esta creación del ingenio humano sea el de la opinión política, en base a las características que le son naturales, y no el de información. En ese sentido, se reflexionará sobre el caso del caricaturista Xavier Bonilla, alias Bonil. Por último, se examinará la protección jurídica adecuada para este tipo de expresiones, a partir de los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad⁹ que se desprende del artículo 424 de la Constitución de la República, así como se planteará una primera aproximación al concepto de discurso especialmente protegido.

⁸ Para efectos de este ensayo, caricatura política será aquella que se publica en las secciones de opinión de los periódicos y revistas, y cuyo contenido implica una opinión política porque tiene que ver, necesariamente, con el quehacer cotidiano de la vida pública de una nación y con sus protagonistas. Más allá de eso, la caricatura, en cuanto es manifestación del arte, es siempre política en todas sus formas

⁹ La Corte Constitucional de Ecuador reconoció la existencia de este bloque de constitucionalidad en su Sentencia 003-14, respecto de las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Comunicación: “Para el examen de constitucionalidad la Corte Constitucional no debe efectuar únicamente su análisis fundamentándose en la contraposición de la disposición impugnada con el texto constitucional sino además con los instrumentos internacionales de derechos humanos. En consecuencia, para garantizar [de] mejor forma los derechos constitucionales, el control de constitucionalidad no debe ser visto como el único mecanismo a ser implementado por la Corte, sino que además se debe tener en cuenta la existencia del control de convencionalidad como el mecanismo por medio del cual los jueces nacionales pueden efectuar el análisis de una norma, tomando en consideración la Convención Americana de Derechos Humanos, las sentencias que dotan de contenido a la Convención emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y todos aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, en suma aquello que se denomina el *ius commune* interamericano”.

1.1 La naturaleza de la caricatura política

Si bien en el mundo jurídico no se cuenta con una definición taxativa de la caricatura política, se podría argüir que consiste en una manifestación creativa de carácter gráfico que se sirve de la deformación y exageración de hechos reales para concebir una imagen que propone una crítica o una reflexión en torno a un acontecimiento de dominio público¹⁰. En ese sentido, es claro que es un producto del ingenio y que, *a priori*, está protegida por los derechos de propiedad intelectual de los que goza su autor, así como por otros cuyo análisis es objeto de este ensayo.

Para determinar jurídicamente su naturaleza, es preciso definir a la caricatura política a partir de su proceso creativo. Aristóteles, en su *Poética*, expresaba que “el arte es siempre mimesis de la naturaleza”¹¹, es decir, una imitación del mundo real. En tiempos de la Antigua Grecia, la oposición a la mimesis era la diégesis, que implica la creación de un mundo ficticio autónomo por parte del artista. Sin alejarnos de lo jurídico, es preciso decir que la filosofía del arte ha abordado cuidadosamente, con Schopenhauer¹² y Nietzsche¹³ a la cabeza, la naturaleza de la creación artística y, con excepción del realismo socialista y sus delirantes ideólogos y censores, se coincide con que toda obra artística que el ingenio humano ha creado no constituye información. Podría existir imitación de la realidad (mimesis) o la creación de un mundo ficticio autónomo (diégesis), pero no información veraz, verificada, oportuna, contextualizada o plural¹⁴, a las luces de lo que la legislación ecuatoriana concibe por información.

Entonces, se puede afirmar que la caricatura, en sí, es una creación de carácter artístico. De hecho, el británico E.H. Gombrich, un prestigioso historiador del arte, reflexionó ampliamente sobre la naturaleza de esta manifestación que descende de la

¹⁰ El caricaturista Xavier Bonilla, alias Bonil, la definió como “un género que cabalga traviesamente entre el arte y el periodismo, que tiene mucho de ficción, de subjetividad, de arte, y a estos no se les puede pedir ‘verificación’ o veracidad sino verosimilitud”, *vid.* Soraya Constante. *El humor es el antídoto del miedo*. http://internacional.elpais.com/internacional/2014/02/13/actualidad/1392329514_882976.html (acceso: 17/09/2016)

¹¹ Aristóteles. *Poética*, p. 3. http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/libros../A/Aristoteles%20-%20Poetica.pdf (acceso: 30/09/2016)

¹² Arthur Schopenhauer. *El mundo como voluntad y representación*. Barcelona: Folio, Biblioteca de Filosofía, 2001, pp. 177-272.

¹³ Friedrich Nietzsche. *El nacimiento de la tragedia o Grecia y el pesimismo*. Madrid: El Libro de Bolsillo, Alianza Editorial, 1991, pp. 38-130.

¹⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 18, inciso 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

pintura y de las artes plásticas. Así lo escribió en su ensayo *El experimento de la caricatura*:

Creo que son dos las condiciones que explican el éxito en esa ilusión de vida que puede prescindir de toda ilusión de realidad: una es la experiencia que generaciones de artistas han adquirido sobre el efecto de las pinturas, y otra es la disposición del público a aceptar lo grotesco y lo simplificado, en parte porque su falta de elaboración garantiza la ausencia de indicios contradictorios¹⁵.

La caricatura desciende de la pintura. Si rastreamos los orígenes de la caricatura, podemos encontrarnos con el retrato burlesco. En ese sentido, Filippo Baldinucci, el gran crítico de arte del siglo XVII, reflexionando sobre las obras de Bernini, expresó que el retrato burlesco implica un método de hacer retratos en el que se aspira al mayor parecido posible al conjunto de una persona retratada, aunque, para divertirse o a veces para burlarse, “aumentan y destacan desmedidamente los defectos de las figuras que copian, de modo que el retrato en conjunto parece ser el modelo mismo, mientras los componentes están cambiados”¹⁶.

El mismo Gombrich respondió a ese planteamiento manifestando que “las identidades no dependen tanto de la imitación de rasgos particulares como de la configuración de indicios”¹⁷, y acotó que “lo que percibimos como un buen parecido en una caricatura, o incluso en un retrato, no es necesariamente una réplica de nada visto”¹⁸. De hecho, Gombrich advierte algunos puntos en los que vale la pena pensar. Para él, “todos los descubrimientos artísticos son descubrimientos, no de parecido, sino de equivalencias que nos permiten ver a la realidad en términos de una imagen y a una imagen en términos de realidad”¹⁹. La equivalencia, sin embargo, reposa menos en el parecido de los elementos que en la identidad de las reacciones del espectador o público ante ciertas relaciones, es decir, “[r]eaccionamos ante una mancha blanca sobre la negra silueta de un jarrón como si fuera un punto luminoso”²⁰, un fenómeno que es, por cierto, fundamental respecto de los consumidores de caricaturas políticas.

¹⁵ E. H. Gombrich. “El experimento de la caricatura”. *Arte e ilusión*. Editorial Gustavo Gili, S. A., Barcelona, 1979, p. 290.

¹⁶ Baldinucci citado en E. H. Gombrich. *Arte e ilusión*, “El experimento de la caricatura”, Barcelona: Editorial Gustavo Gili S. A., 1979, p. 296.

¹⁷ *Id.*, p. 298.

¹⁸ *Id.*, p. 298.

¹⁹ *Id.*, p. 298

²⁰ *Id.*, p. 298

En un ensayo jurídico es necesario examinar, como antesala al análisis de los derechos, la naturaleza de la caricatura desde la filosofía e historia del arte para desentrañar qué es lo que constituye este tipo de creación y qué licencias le son permitidas. “La licencia permitida al arte humorístico, su carencia de trabas, permitió a los maestros de la sátira experimentar con la fisonomía hasta un grado del todo vedado al artista serio”²¹, pero es el público el que reacciona ante ese fenómeno en un grado político, ya que “[c]uanto más se avenga el público a unirse a este juego, menos le interesará la intensión del artista”²², como en toda obra de arte.

Desde la semiótica, también es posible una aproximación al hecho de la caricatura y pensar que ella puede constituir un signo, “una cosa que está en lugar de otra”²³. Esta visión se contrapone a la caricatura como diégesis, pero también nos ayuda a entenderla como un producto del arte. Todo signo cuenta con dos elementos, un significante y un significado. En el caso de la caricatura, el primero podría ser el elemento gráfico y el segundo es aquello que nos permite deducir lo que el dibujo representa, pero sobre todo se trata de un significado elaborado por la persona que interpreta la caricatura. Barbieri pensaba que es un

[m]odo de representar personajes y objetos, destacando en ellos ciertas características y deformándolas para expresar alguno de sus aspectos en detrimento de otros. Lo grotesco o extravagante, más que lo cómico, es su característica principal, la cual puede ser usada para diferentes finalidades expresivas, como lo pueden ser: ironizar, ilustrar o cuestionar²⁴.

En ese sentido, hay que recordar que la palabra descende del italiano caricare, que significa cargar, acentuar o exagerar rasgos²⁵, de tal modo que el caricaturista lo que logra es volver objetos en sí mismos a ciertos rasgos de la expresión del personaje o de la situación representados en el dibujo, por ejemplo, mediante la exageración, la cual se convierte en un signo que sustituye al sujeto²⁶.

²¹ *Id.*, p. 302

²² *Id.*, p. 302

²³ Umberto Eco. *Tratado de semiótica general*. México: Random House Mondadori, 2005, p.33.

²⁴ Daniel Barbieri. *Los lenguajes del cómic*. Barcelona: Paidós, 1996, p. 75.

²⁵ Rumán Gubern. *La mirada opulenta, exploración de la iconografía contemporánea*. Barcelona: Gustavo Gili, 1994, p. 2015.

²⁶ Jorge Arce González. *Las mascotas gráficas: una imagen de identidad*. México: Universidad de Guadalajara, 2004, p. 2.

En todo caso, si algo tienen claro los analistas de la caricatura política como hecho artístico, es que esta manifestación creativa nunca es fiel, exacta o perfectamente descriptiva de hechos reales ya que busca, como toda obra de arte, algo mucho más asombroso que es causar en el público lo mismo que busca la tragedia griega o la gran literatura: una íntima catarsis, un extrañamiento o una anagnórisis.

1.2 La caricatura como opinión

Con Grombich y otros autores, hemos visto cuál es la naturaleza de ese hecho artístico que es la caricatura política y ese análisis nos permite asimilar que estas creaciones, por sus características, se acercan más, desde el punto de vista legal, al hecho de la opinión que al de la información. Para entender el sentido jurídico de este producto del ingenio humano y su relación con el derecho a la libertad de expresión, es preciso conocer previamente cómo conciben a la caricatura política sus autores y quienes la han estudiado. Para Briceño constituye una de las formas de sátira, es decir, “una manera de desenmascarar, criticar o atacar a una persona, una familia, un partido, una clase social, una institución, un gobierno, una situación, una nación, una etnia, destacando por lo común sus aspectos ridículos o negativos”²⁷. Para Pedrazzini es preciso reiterar que la palabra proviene del italiano caricare, o cargar, que implica dar peso pero que también tiene un espíritu crítico “orientado hacia la descalificación de la clase política, y particularmente de los gobernantes”²⁸.

En ese sentido, la discusión dialéctica se circunscribe a determinar si el régimen jurídico que debemos aplicarle para garantizar su protección, a las luces de la práctica periodística, es el de la opinión política. De hecho, a esta discusión se ha adelantado la práctica periodística, que llegó a la convención generalizada de publicar las caricaturas en las secciones de opinión de los periódicos y no en las secciones de noticias, independientemente de que las opiniones de los articulistas sí pueden en efecto despertar el interés informativo sobre hechos reales y manifestar criterios que se sostienen sobre acontecimientos noticiosos. En ese sentido, es sostenible que además de manifestación del arte, la caricatura política constituya opinión política y, en ese caso,

²⁷ Claudio A. Briceño. “La prensa y la caricatura como fuente de información en el proceso educativo”. *Revista de Teoría y Didáctica de las Ciencias Sociales*. Mérida (Venezuela): 2005, No. 10 (Enero – Diciembre), p. 179.

²⁸ Ana Pedrazzini. *Dos presidentes bajo la mirada del dibujante satírico: el caso de la caricatura política y sus recursos en dos producciones de Francia y Argentina*. Buenos Aires: Antítesis, 2012, p. 37

como lo veremos más adelante, se enmarcaría dentro del discurso especialmente protegido. Una postura controvertida en el Ecuador donde, en la práctica, es un debate vigente y actual la posibilidad de que una creación de estas características sea considerada información. Es por eso que realizaremos este análisis a partir de dos casos concretos.

1.2.1 Las sanciones a Bonil

El 28 de diciembre del 2013 el caricaturista Xavier Bonilla, alias Bonil, publicó en diario *El Universo* su caricatura sobre el allanamiento a la residencia de un activista y asesor de un legislador opositor de aquel entonces, en la que anotó la frase: “Policía y Fiscalía allanan domicilio de Fernando Villavicencio y se llevan documentación de denuncias de corrupción”. El sábado siguiente, el presidente de la República, Rafael Correa, expresó su rechazo a esta caricatura y al cabo de un mes, luego de iniciar un proceso de oficio, la Superintendencia de Información y Comunicación (Supercom) multó a diario El Universo con el 2% de su facturación de los últimos tres meses y exigió a Bonil una rectificación de la frase que constó en su caricatura.

En el documento²⁹ que suscribió Carlos Ochoa, el superintendente, se acusa al periódico de haber violado el artículo 25 de la Ley de Comunicación, que le obligaba a abstenerse de tomar posición institucional sobre la inocencia o culpabilidad de una persona investigada u objeto de un proceso penal, pese a que la opinión institucional del diario se expresa, únicamente, en su editorial y no en los dibujos de sus caricaturistas. Más allá de eso, el allanamiento a Villavicencio, tal como lo afirmó el presidente Correa³⁰, era parte de una diligencia preparatoria, es decir, no existía una indagación previa –una investigación penal– sobre Villavicencio y en ese sentido, no se enmarcaba en el presupuesto del mencionado artículo 25.

²⁹ Resolución de la Superintendencia de Información y Comunicación. No. 001-DNGJPO-INPS. Trámite 002-INPS-DNJPO-SUPERCOM-2014

³⁰ Diario El Universo. *Supercom sancionó a EL UNIVERSO y Bonil*. <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/02/01/nota/2116886/supercom-sanciono-universo-bonil> (acceso: 1/08/2016)



Respecto al dibujo en sí, la Superintendencia sancionó a Bonil porque las imágenes de su caricatura estaban alejadas de la realidad y la afirmación que emite no fue debidamente verificada. El superintendente Ochoa pretendía que un caricaturista verifique debidamente y contraste la información que presentaba en su caricatura política, tanto es así, que en la audiencia del 23 de enero del 2014, contra Bonil, el abogado Bolívar Torres Espinoza, en representación del Superintendente, expresó:

La caricatura es un producto comunicacional que refleja una opinión y por tanto regulado por la ley, no está exento de responsabilidad. [...] Y claro que es una actividad periodística, la única diferencia, es que al ser considerada como opinión, no está obligado a tener un título profesional de periodista³¹.

Si bien esta expresión no tuvo consonancia con los preceptos jurídicos, elaborados por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, sobre la opinión y el discurso especialmente protegido, nos permite entender, dentro de una reflexión académica, las nociones y posiciones doctrinales a las que las autoridades pertinentes se adhieren y las que practican en esta materia. En esa ocasión, el abogado Torres Espinoza manifestó que “la caricatura referida apoya la agitación social que genera un enfoque erróneo de los hechos, por la supuesta acción represiva que evidencian las imágenes”³².

³¹ Resolución de la Superintendencia de Información y Comunicación. No. 001-DNGJPO-INPS. Trámite 002-INPS-DNJPO-SUPERCOM-2014.

³² *Ibid.*

Por su parte, el superintendente Ochoa expresó su convencimiento de que una caricatura expresa una información y es por eso que en su resolución acusa a Bonil de haber asumido que los documentos extraídos en el allanamiento estaban relacionados a denuncias de corrupción contra el gobierno, una información que a criterio del funcionario nunca se verificó. Es decir, pretende asumir que Bonil solamente se hizo eco de las declaraciones de Fernando Villavicencio, en lugar de contrastarlas y verificarlas, como si fuera el caricaturista el redactor de noticias del periódico. Para sostener esa postura, Ochoa asemeja las nociones de información y contenido, al tenor del artículo 3 de la Ley Orgánica de Comunicación (en adelante LOC), la cual señala que “[p]ara los efectos de esta Ley, se entenderá por contenido todo tipo de información u opinión que se produzca, difunda e intercambie a través de los medios de comunicación social”³³. Para el Superintendente, contenido e información es lo mismo. Más allá de que resultaría interesante para la academia reflexionar y quizá cuestionar la definición que plantea la Ley, resulta analíticamente forzado que por el hecho de que una caricatura es parte de los contenidos de un periódico se le pretenda aplicar las mismas exigencias que a la información. Sobre la frase, objeto de este proceso, Ochoa afirma que “esta información debió ser verificada, conforme lo previsto en el inciso segundo de la referida norma legal (LOC)”³⁴, la cual establece que “[l]a verificación implica constatar que los hechos difundidos efectivamente hayan sucedido”³⁵.

Este caso, uno de los cuales inauguró la facultad sancionadora de la Superintendencia, expresa de manifiesto que el debate entre la caricatura política como información o como opinión, está vigente en el Ecuador. Más aún, este caso permite conocer cuál es la posición teórica que en esta discusión sostienen y defienden doctrinalmente las autoridades de esta rama, la cual claramente se orienta a sostener que un dibujo caricaturesco informa al público sobre hechos reales, contrastables y verificables.

El 5 de febrero del 2014 Bonil cumplió con la rectificación a la que fue obligado por la Superintendencia de Información y Comunicación, publicando una caricatura

³³ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 4. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

que, por un lado, ya no mencionaba que los documentos incautados tenían que ver con denuncias de corrupción contra el gobierno y, por otro lado, se burla intrínsecamente de la sanción en su contra, parodiando y exagerando la cortesía en el operativo del allanamiento a la residencia de Fernando Villavicencio. Además, cambia la frase que causó el enojo del presidente Rafael Correa por una en la que detalla los objetos sustraídos: “Policía y Fiscalía allanan domicilio de Villavicencio e incautan sus tablets, computadores, celulares”. Una frase que alude a hechos, a las luces de la Superintendencia, absolutamente verificables.



El superintendente Ochoa, luego de conocer la rectificación realizada por Bonil, declaró: “Me parece excelente que tanto diario El universo como Bonil cumplan con la Ley”³⁶. Luego agregó que “parte del trabajo de la caricatura... De una u otra manera [es] expresar con otro lenguaje lo que sucedió”³⁷.

³⁶ Diario El Universo. *Superintendente Ochoa complacido con rectificación de caricatura de Bonil*. <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/02/05/nota/2142346/superintendente-ochoa-complacido-rectificacion-caricatura-bonil> (acceso: 2/08/2016)

³⁷ *Ibid.*

Si aplicamos en este caso el test tripartito³⁸ del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) para determinar responsabilidades ulteriores notamos que (1) la infracción no estaba expresamente fijada en la Ley (el artículo 25 de la LOC no se adecuaba a la conducta de Bonil); (2) la sanción estaba destinada a proteger el orden público ante un supuesto efecto de agitación social y el honor de los funcionarios públicos involucrados en el operativo de allanamiento; y (3) la sanción no era necesaria en una sociedad democrática, si analizamos estrictamente la necesidad, la proporcionalidad y la idoneidad. La sanción no era necesaria en el sentido de que no era indispensable, nunca se probó si la caricatura generó efectivamente agitación social ni si el hecho creativo y artístico de la misma realmente lesionó irreparablemente el derecho a la honra de los funcionarios públicos involucrados en el allanamiento, en consecuencia, no se puede decir que la única alternativa para resarcir el derecho supuestamente vulnerado era multar al diario y obligar a Bonil a rectificar, de hecho la molestia frente a la caricatura podía resolverse si el periódico otorgaba a los ofendidos el mismo espacio en la sección de opinión para una réplica. No fue proporcional multar al periódico con alrededor de USD 90.000 por un dibujo, menos aún ordenar al caricaturista que lo rectifique como si estuviera obligado a realizar reportería antes de dibujar y como si las caricaturas constituyeran noticias reales; la sanción fue más dura de afrontar para el periódico y para Bonil que las consecuencias que el dibujo produjo para los funcionarios públicos. Por último, la sanción no fue idónea porque con ella no se alcanzó el fin buscado de evitar la agitación social y preservar el honor de funcionarios públicos, por el contrario, provocó la indignación y sospecha de muchas personas, y la atención de la comunidad internacional sobre el estado de la libertad de expresión en Ecuador. En gracia de discusión, podemos decir que se verificó sólo el segundo requisito del test tripartito.

El segundo caso, tuvo que ver con una caricatura sobre el discurso que el legislador por la provincia de Imbabura, el ex futbolista Agustín Delgado, leyó con excesiva dificultad ante el parlamento ecuatoriano³⁹. En esa ocasión, Bonil aludió en su dibujo al sueldo que ese asambleísta ganaba y dejó en duda su preparación para el ejercicio del

³⁸ *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120.

³⁹ Diario El Comercio. Bonil fue sancionado por la Supercom. <http://www.elcomercio.com/actualidad/bonil-sancionado-supercom-agustindelgado.html> (acceso: 26/10/2016)

cargo. Colectivos afro-ecuatorianos, con el respaldo del partido de gobierno, iniciaron un reclamo ante la Superintendencia argumentando que la caricatura de Bonil implicaba un acto de discriminación socio-económica contra los afroecuatorianos, grupo étnico al que pertenece el asambleísta Delgado. En tal virtud, denunciaron a Bonil por no abstenerse de realizar y difundir contenidos y comentarios discriminatorios⁴⁰.



El 13 de febrero del 2015 la Superintendencia sancionó, por segunda ocasión, a Bonil y a diario *El Universo* con motivo de un dibujo⁴¹, condenando al periódico a una disculpa pública hacia los colectivos afro-ecuatorianos afectados por el contenido supuestamente discriminatorio en razón de condición socio-económica, difundido el 5 de agosto de 2014 por ese periódico. Además, la Superintendencia emitió una amonestación escrita a Xavier Bonilla previniéndole de la obligación de corregir y mejorar sus prácticas. Por último, remitió el expediente al Ministerio Público para que este investigue si es que el caricaturista incurrió en una infracción penal⁴².

La Supercom hizo en este caso hubo una ponderación del derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la no discriminación, en la que prevaleció el último. La verificación del contenido discriminatorio siempre fue cuestionable por quienes vimos, en esa caricatura, una legítima crítica a una persona que, como resultado de prácticas políticas populistas, llegó al parlamento sin la preparación adecuada para ejercer el

⁴⁰ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 10, numeral 1, literal b); y 62. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

⁴¹ Resolución de la Superintendencia de Información y Comunicación. No. 009-2015-DNJRD-INPS. Trámite 0129-2014-INPS-DNJRD.

⁴² Diario El Comercio. *Supercom remitió a la Fiscalía el expediente del caso Bonil*. <http://www.elcomercio.com/actualidad/supercom-fiscalia-expediente-caso-caricaturista.html> (acceso: 26/10/2016)

cargo de legislador. Mi opinión personal es que la crítica de Bonil era tan aplicable para Agustín Delgado como para cualquier legislador mestizo o de origen europeo que no esté capacitado para redactar y aprobar leyes. Si bien discrepo con esta posición, hay que reconocer que este tipo de casos toca susceptibilidades y que, para muchas personas, la mención de Bonil suponía una afectación por el hecho de que Agustín Delgado, quizá por pertenecer a una minoría étnica históricamente marginada y discriminada, no contó con las facilidades para estudiar y prepararse académicamente. De hecho, por esa situación de vulnerabilidad se justifican las acciones afirmativas a favor de grupos de atención prioritaria, considerando su particular desventaja en una sociedad históricamente discriminadora.

Si aplicamos a este caso el test tripartito⁴³ del Sistema Interamericano para determinar responsabilidades ulteriores, tendremos los siguientes resultados: vemos que (1) la infracción estaba expresamente fijada por la Ley, aunque no se comprobó incontrovertiblemente si los hechos se ajustaron al derecho; (2) la sanción está efectivamente destinada a proteger los derechos de los demás, específicamente, el derecho a la no discriminación; sin embargo, (3) es discutible si concurren todos los elementos del análisis de necesidad: no era indispensable sancionar a un caricaturista por un dibujo en el que no se probó incontrovertiblemente un ánimo discriminatorio, ni exigir al periódico una rectificación, ya que se sentó un precedente nefasto de aplicar discrecionalmente el carácter de discriminatorio a obras creativas que pretenden fiscalizar el actuar de los funcionarios públicos, lo cual no era realmente necesario para una sociedad democrática; respecto del segundo elemento de la necesidad, reconozco que se puede argumentar y sostener que la sanción fue proporcional porque en esta ocasión no se multó al diario ni se obligó a rectificar al caricaturista; pero pienso, ciertamente, que la sanción no fue idónea, pues provocó rechazo hacia el legislador en varios sectores del país y en lugar de proteger su derecho a la no discriminación, la sanción desnudó la incapacidad de oratoria de un parlamentario que, en lugar de reconocer la misma, apoyó un proceso sancionatorio contra quien le hizo esa crítica en un contexto de escrutinio a un dignatario de elección popular. En definitiva, se verificaron dos de los tres requisitos del test tripartito.

⁴³ *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120.

1.2.2 Protección jurídica a la opinión

La libertad de expresión y opinión constituye un derecho que efectivamente es el corazón del quehacer periodístico pero que en ningún caso es exclusivo de los periodistas. Tal es así que la Constitución del Ecuador reconoce y garantiza dentro del capítulo sobre Derechos de libertad “[e]l derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”⁴⁴. Se trata, entonces de una libertad de la cual gozamos todas las personas por el hecho de ser seres humanos.

En ese sentido, es interesante pensar en los argumentos contra Bonil. En el primer caso, el hecho de obligar a rectificar una caricatura, como si fuera una noticia, implica, en opinión de Ochoa, apearse a la Ley. Este precedente que la Superintendencia ha confeccionado, en casos concretos, respecto de la caricatura política, se aleja notoriamente del estándar internacional que exige reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas y a un derecho del que gozamos todos los seres humanos por ser tales, consagrado en la Opinión Consultiva 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

El análisis anterior del artículo 13 evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas.⁴⁵

La evolución jurídica del concepto de libertad de expresión y opinión ha implicado un amplio y largo proceso de positivización del mismo en leyes, constituciones e instrumentos internacionales, así como en el análisis que sobre este derecho ha realizado la jurisprudencia y la doctrina. El contexto en el que se empieza a descubrir la importancia de proteger la opinión resulta históricamente relevante. En 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas, todavía con la consternación por los horrores de la Segunda Guerra Mundial, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos que, en su artículo 19, estableció:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66, numeral 6. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴⁵ Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas*. Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 50.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.⁴⁶

Era esencial para la comunidad internacional, en la creación del sistema de Naciones Unidas, asegurar un catálogo de derechos inherentes al ser humano, por su condición de tal, y esos derechos debían constituir un reconocimiento inalienable a la dignidad humana. El régimen nacional socialista alemán había destrozado las libertades públicas, mermado la libertad de prensa y conllevado a la persecución de quienes opinaban contrariamente al partido gobernante. Ante estos sucesos, proteger la expresión y la opinión, incluso manifestada en forma artística, se convirtió en un mecanismo sin el cual no es posible un régimen democrático. La declaración adoptada, si bien es vinculante por la costumbre internacional y porque da contenido a la Carta de las Naciones Unidas⁴⁷, no establecía un mecanismo de justiciabilidad de los derechos. Eso se logró con la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁸.

Contrariamente a lo que la Superintendencia de Comunicación manifestó en la resolución del caso de la caricatura de Bonil sobre el allanamiento a la residencia de Villavicencio, la única diferencia de la opinión con las otras actividades periodísticas no es la falta de exigencia a su autor de un título profesional de periodista, a las luces del derecho interamericano⁴⁹. Norberto Bobbio ya sugirió que en nuestro tiempo no hace falta preguntarnos por el fundamento de los derechos como por el esfuerzo teórico y político que debería lograrse para su efectiva aplicación, pues “[e]l problema de fondo relativo a todos los derechos es hoy no tanto el de justificarlos, sino el de protegerlos. No es un problema filosófico, sino político”⁵⁰. En ese sentido, el análisis jurídico sobre

⁴⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Artículo 19.

⁴⁷ Como lo reconoce un sector de la doctrina, *vid.* Carlos F. Ponce Martínez. “La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza Jurídica y Aplicación por los Órganos Jurisdiccionales Internos”. Anuario de la Facultad de Derecho (2001-2002) (19-20), p. 261, y Fabian Novak Talavera. “La Declaración Universal de Derechos Humanos Cincuenta Años Después”. Revista Agenda Internacional Vol. 4, Núm. 10 (1998), p. 81.

⁴⁸ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A(XXI), de 16 de diciembre de 1966. Vigente desde el 23 de marzo de 1976.

⁴⁹ Fundamentalmente de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión y del estándar de Discurso Especialmente Protegido.

⁵⁰ Norberto Bobbio. *L'età dei diritti*. Reimpresión. Turín: Einaudi, 1997, p. 16.

la caricatura política como una opinión o como una expresión sujeta a las exigencias de la información periodística, es en realidad un debate sobre cómo proteger el derecho a la libertad de expresión asociado a la caricatura.

Ese es el sentido en el que aparece la línea divisoria de este debate, entre los que conciben a la caricatura política como información y quienes la ven como una manifestación de carácter creativo o artístico, protegido por el régimen jurídico de la opinión política, que constituye en sí un ejercicio de cuestionamiento humorístico a las prácticas del poder. Es por eso que la caricatura política puede ser considerada, también, un espacio en el que se pone en juego el sistema de libertades, ya que una sociedad donde el poder no tolere la crítica humorística o satírica, no se puede preciar de ser una sociedad democrática.

Es posible extraer ideas puramente jurídicas sobre este tema, tomando en cuenta el efecto político que toda caricatura contiene en cuanto participa de la vida pública de un Estado. La caricatura, en efecto, es una manifestación creativa del ingenio humano con una poderosa carga política. Es por eso que debe ser considerada un discurso especialmente protegido a las luces del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵¹.

En coherencia con esa postura, existen expresiones, ampliamente concebidas, que por su naturaleza son consideradas por parte de los instrumentos y organismos del sistema interamericano como discursos protegidos⁵², en referencia a: la (a) expresión oral en el idioma que se elija⁵³, (b) la expresión escrita o impresa⁵⁴, (c) la expresión simbólica o artística⁵⁵, (d) la difusión de ideas, pensamientos, opiniones, relatos, información y otras formas de expresión, por cualquier medio de comunicación⁵⁶, así

⁵¹ El artículo 13 de la Convención protege la libertad de expresión en todas sus formas y manifestaciones, *vid.*, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000). Principio 1.

⁵² Catalina Botero. *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, párrafo 20, http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AH_DLE.html (acceso: 3/08/2016)

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso “La última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Transcritos en: Corte I.D.H., Caso “La última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 61 b.

⁵⁶ Catalina Botero. *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, párrafo 20, http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AH_DLE.html (acceso: 3/08/2016)

como (e) la búsqueda, obtención y recepción de información, ideas, opiniones y otras formas de expresión, incluidas aquellas en el poder del Estado⁵⁷ y (f) la posesión de informaciones o materiales expresivos, impresos o en cualquier forma susceptible de tenencia, su transporte y su distribución⁵⁸.

Dentro de este amplio rango de discursos protegidos, el marco jurídico interamericano ha desarrollado un catálogo de discursos que gozan de una protección especial por su trascendencia crítica en el funcionamiento del régimen democrático y para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, en este caso, el discurso político y sobre asuntos de interés público⁵⁹, así como el discurso sobre funcionarios públicos o candidatos a ocupar cargos públicos⁶⁰ en el contexto del estándar anglosajón del caso *New York Times vs. Sullivan*⁶¹ y de los discursos que configuran elementos fundantes de la identidad o la dignidad personales⁶², tales como el religioso.

Ese es el campo, el de discurso especialmente protegido, al que pertenece la caricatura política, porque tal como lo señalaron Briceño⁶³ y Pedrazzini⁶⁴, es una creación artística que constituye, en sí misma, una opinión crítica al poder político. En el tercer capítulo de este ensayo analizaré los alcances del discurso, sin embargo, es preciso por lo menos adelantar que es extensa y rigurosa la protección que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, más allá de las prácticas estatales, le otorga a la opinión política, dentro de la cual está la caricatura.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127.

⁶⁰ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C, en Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión, párr. 82.

⁶¹ En este caso, la Corte Suprema de Estados Unidos definió la doctrina de la real malicia e instituyó el sentido de proteger ciertos discursos a las luces de la primera enmienda: “Por eso debemos analizar este caso partiendo de una profunda adhesión al principio de que la discusión sobre los asuntos públicos debe ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el gobierno y los funcionarios públicos”.

⁶² Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 171.

⁶³ Claudio A. Briceño. “La prensa y la caricatura como fuente de información en el proceso educativo”. *Revista de Teoría y Didáctica de las Ciencias Sociales*. Mérida (Venezuela): 2005, No. 10 (Enero – Diciembre), p. 179.

⁶⁴ Ana Pedrazzini. *Dos presidentes bajo la mirada del dibujante satírico: el caso de la caricatura política y sus recursos en dos producciones de Francia y Argentina*. Antítesis, Buenos Aires: Antítesis, 2012, p. 37

2 CAPÍTULO II. El derecho a la libertad de expresión

Los casos contra Xavier Bonilla, alias Bonil, fueron emblemáticos por muchos aspectos y en el orden puramente jurídico abrieron la discusión doctrinaria en Ecuador sobre la legitimidad o no de las restricciones a la caricatura política y, en consecuencia, al ejercicio de la libertad de expresión de un caricaturista y de la sociedad que consume esas caricaturas. En este capítulo se reflexionará, por tanto, sobre el derecho a la libertad de expresión y sus dimensiones, así como sus restricciones a partir de puntos clave de la legislación interna e internacional: las responsabilidades ulteriores, las vías o medios de censura indirecta y, por último, los discursos no protegidos.

2.1 Dimensión individual y colectiva de la Libertad de Expresión

Ya sea como hecho artístico o como opinión, la caricatura política es una manifestación de la libertad de expresión que constituye un derecho humano protegido por la Constitución y los principales instrumentos internacionales en esta materia, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁶⁵. Si bien cada instrumento contiene una definición diferente, la que más interesa para iniciar este análisis es la del sistema interamericano, por su articulada elaboración y por las posibilidades de protección que ofrece. En el artículo 13 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se define el derecho a la libertad de expresión en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección⁶⁶.

La redacción de ese artículo es crucial para los Estados americanos en materia de libertad de expresión porque en él se establecen las dimensiones de este derecho. Por un lado, el derecho que permite manifestar, expresar y decir libremente lo que pensamos; por otro lado, el derecho a buscar, recibir y difundir información⁶⁷. La primera

⁶⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 19.

⁶⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1967). Artículo 13.

⁶⁷ Corte IDH. Caso *"La Última Tentación de Cristo"* (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 64; Corte IDH. Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Opinión Consultiva OC-5/85*. Sentencia del 13 de noviembre de 1985, párr. 30; Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 53; Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 75; Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 163; Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.1 a; Corte IDH. *Caso*

dimensión alude al individuo, la segunda a la sociedad en su conjunto y su necesidad de beneficiarse de los alcances de este derecho. Esto es muy importante desde el punto de vista del Estado de Derecho⁶⁸ ya que el derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática, implica la concurrencia ineludible de ambas dimensiones. Respecto al tema que nos concierne, la dimensión individual contiene el derecho de los caricaturistas de dibujar y publicar sus caricaturas, y la dimensión social el derecho de la sociedad a recibir las caricaturas políticas y apreciarlas a través de cualquier medio, incluidos los medios de comunicación⁶⁹, fundamentalmente impresos, para que lleguen a la mayor audiencia posible. Asimismo, se debe entender que el derecho a la libertad de expresión, como los demás derechos fundamentales, imponen a los Estados las obligaciones de respeto y garantía de los mismos, esto es, que bajo ningún concepto los individuos sean impedidos de forma arbitraria a expresar su propio pensamiento, ya sea en forma total o parcial⁷⁰, ni a recibir las opiniones e informaciones que otros produzcan.

Es esencial entender, respecto de la dimensión individual, que el derecho a la libertad de expresión no sería pleno si se dejara por fuera del mismo la difusión⁷¹, ya que ella es la que permite la comunión de ambas dimensiones, la individual y la social, al hacer viable que las opiniones e ideas se conviertan en un mensaje comunicacional que llega a receptores. De hecho, Sergio García Ramírez y Alejandra González ven que sólo es en la difusión donde se consagra la interrelación de estas dimensiones en virtud a que “[l]os receptores potenciales o actuales del mensaje tienen, a su vez, el derecho a recibirlo:

Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 146; Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párr. 77.

⁶⁸ La Constitución de la República define al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, sin embargo, a efecto de mayor concisión he utilizado la noción de Estado de Derecho, o *Rule of Law* en su sentido anglosajón, porque considero que se apega más a este análisis.

⁶⁹ El derecho contemplado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos comprende, además, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios, *vid.* Corte IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...Óp. cit.*, párr. 31.

⁷⁰ Asociación por los derechos civiles. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Asociación por los derechos civiles, 2008, p. 14.

⁷¹ Corte IDH. Caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*) *Vs. Chile...Óp. cit.*, párr. 65.

derecho que concreta la dimensión social de la libertad de expresión⁷²”, así los miembros de la sociedad cuentan con la posibilidad de conocer las opiniones e ideas, y las caricaturas, que otros en ejercicio de su legítimo derecho a la libertad de expresión, difunden.

Ahora es preciso hablar un poco sobre la dimensión social o colectiva del derecho conocida doctrinalmente como libertad de información y que está debidamente incluida en el artículo 29 de la LOC. La dimensión social de este derecho se compone del derecho de recibir información, opiniones o caricaturas, pero también el derecho a buscarlas libremente⁷³. Además, en el emblemático *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en su momento lo hizo la Corte Europea de Derechos Humanos⁷⁴, señaló categóricamente que el artículo 13 no protege únicamente la difusión de ideas o información “que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población”⁷⁵, un estándar interamericano que, por cierto, no es entendido ni aplicado por varios Estados de la región, como en el caso de Ecuador se pudo ver en el proceso administrativo contra Bonil y como la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión señaló en otros casos⁷⁶.

Todas estas consideraciones son imperiosas a la hora de concebir el derecho a la libertad de expresión y deben concurrir en el mismo como un todo, de tal modo que la violación de cualquiera de estos componentes o dimensiones implica la vulneración completa del derecho a la libertad de expresión. De hecho, “[...] los gobiernos no

⁷² Sergio García Ramírez y Alejandra Gonza. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México DF: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007, p.18.

⁷³ Daniel O’Donnell. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*. México DF: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012, p.729.

⁷⁴ En el caso *Handyside vs. Reino Unido*.

⁷⁵ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú...Óp. cit.*, párr. 152; TEDH. *Caso Handyside vs. Reino Unido*. Sentencia de 7 de diciembre 1976. Serie A No. 24, párr. 49.

⁷⁶ Sobre las violaciones a la libertad de expresión en el continente, *vid.* CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2014*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 9 de marzo de 2015, y, CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2015.

pueden alegar que la protección de alguna de las dos dimensiones del derecho justifica la restricción de la otra”⁷⁷. Entender esto es fundamental, en el *Caso “La Última Tentación de Cristo”*, la Corte Interamericana ha señalado de modo explícito e imperativo que para dar efectividad absoluta al derecho en cuestión se deben garantizar de forma simultánea y con la misma importancia todas las dimensiones⁷⁸. El motivo para que ese órgano jurisdiccional haya tomado esa postura es simple: el momento en que se restringe el derecho a la libertad de expresión de un individuo, se restringe a la vez la libertad de todas las personas que potencialmente iban a recibir esa información u opinión y que a causa de la restricción no la reciben⁷⁹, en otras palabras, la caricatura que no se publica en virtud a una restricción es, además, una caricatura que no llega a su potencial público.

2.2 Restricciones

La Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de la materia han considerado, respecto de varios de los derechos fundamentales, la posibilidad de ciertas limitaciones y restricciones. Este es el caso del derecho a la libertad de expresión, para el cual el mismo artículo 13 ha establecido presupuestos en los que se pueden aplicar restricciones legítimas y, de ese modo, también despeja el panorama y nos permite ver clara y taxativamente las que constituirían, en la práctica, restricciones ilegítimas y contrarias a la Convención y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Analicemos, entonces, el marco jurídico en donde ambas posibilidades se presentan.

2.2.1 Responsabilidades Ulteriores

En principio, la Ley Orgánica de Comunicación consagra el derecho a la libertad de expresión y opinión, en concordancia con la Constitución de la República y con los instrumentos internacionales de derechos humanos⁸⁰, pero haciendo un énfasis que esos instrumentos no hacen en las responsabilidades ulteriores que implica el ejercicio de ese

⁷⁷ Asociación por los derechos civiles. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Asociación por los derechos civiles, 2008, p. 14.

⁷⁸ Corte IDH. Caso *“La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile...Óp.cit.*, párr. 67.

⁷⁹ Luis Huerta Guerrero. *Libertad de expresión y acceso a la información pública*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2002, p. 17.

⁸⁰ Fundamentalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

derecho. El artículo 17 de la Ley dice: “Todas las personas tienen derecho a expresarse y opinar libremente de cualquier forma y por cualquier medio, y serán responsables por sus expresiones de acuerdo a la ley”⁸¹.

Con ese artículo, inicia la Sección de los Derechos de Libertad de la LOC, y la segunda libertad que consagra es la de prohibición de la censura previa, en su artículo 18. Se trata de un artículo que ciertamente implica una progresión respecto del estándar interamericano porque además de mencionar a las autoridades y funcionarios públicos, menciona a los accionistas, socios, anunciantes o cualquier otra persona que, en ejercicio de sus funciones, revise, apruebe o desapruebe los contenidos⁸², a fin de obtener de forma ilegítima un beneficio propio, favorecer a un tercero o perjudicar a un tercero⁸³. Pero también implica un retroceso, pues dice que la omisión deliberada y recurrente de la difusión de temas de interés público constituye un acto de censura previa, disposición que sirvió para sancionar a diario *La Hora* por no cubrir la rendición de cuentas del alcalde de Loja⁸⁴.

Por su parte, el artículo 13 numeral 2 de la CADH expresa claramente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”⁸⁵, las mismas que deben estar expresamente fijadas por la ley y que deben ser necesarias para 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 y moral públicas⁸⁶. En otras palabras, lo que hace esta disposición es establecer que sí pueden existir sanciones cuando exista un ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Es pertinente analizar si se puede aplicar responsabilidades ulteriores⁸⁷ a una

⁸¹ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 17. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

⁸² Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 18. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ La sanción a diario *La Hora* consistió en una multa de 3.540 dólares, justamente interpretando la noción de asuntos públicos y de interés general, *vid.* Resolución No. 020-2015-DNJRD-INPS, Trámite No. 012-2015-INPS-DNJRD, de la Superintendencia de Información y Comunicación.

⁸⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13, numeral 2.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ “[L]a jurisprudencia interamericana ha sido clara en precisar que en los casos en que se impongan limitaciones a la libertad de expresión para la protección de los derechos ajenos, es necesario que estos derechos se encuentren claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a la autoridad que impone la limitación. Si no hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores

caricatura cuando afecte los derechos de otros o ponga en peligro la seguridad nacional o el orden público, porque es un contenido comunicacional que, por ejemplo, puede lesionar un bien jurídicamente protegido, incluso convencional y constitucionalmente, como es el derecho a la honra⁸⁸. En todo caso, lo que debemos dejar en claro para este análisis, es que la Convención permite la existencia de sanciones que deben ser determinadas conforme a un debido proceso, pero no permite la censura previa.

En el plano interno, el artículo 19 de la Ley Orgánica de Comunicación del Ecuador define la responsabilidad ulterior como la

obligación que tiene toda persona de asumir las consecuencias administrativas posteriores a difundir contenidos que lesionen los derechos establecidos en la Constitución y en particular los derechos de la comunicación y la seguridad pública del Estado, a través de los medios de comunicación. Sin perjuicio de las acciones civiles, penales o de cualquier otra índole a las que haya lugar⁸⁹.

El artículo 21 de la LOC habla de la responsabilidad solidaria de los medios de comunicación en los siguientes términos:

El medio de comunicación será solidariamente responsable por las indemnizaciones y compensaciones de carácter civil a que haya lugar, por incumplir su obligación de realizar las rectificaciones o impedir a los afectados el ejercicio de los derechos de réplica y de respuesta ordenados por la Superintendencia de la Información y Comunicación, previo el debido proceso, y que han sido generadas por la difusión de **todo tipo de contenido** que lesione derechos humanos, la reputación, el honor, el buen nombre de las personas y la seguridad pública del Estado, de acuerdo a lo que establece la Constitución y la Ley⁹⁰. (El subrayado es mío)

Si bien el derecho de rectificación o respuesta está consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana, esta disposición de la LOC ha servido en la práctica para que funcionarios públicos envíen a los medios de comunicación los textos de rectificación que ellos desean, diagramados, con titular y con insultos a los medios de comunicación, para que sean publicados incluso bajo protesta⁹¹ o, como sucedió con Bonil, para

resultan innecesarias., *vid.* CIDH y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. 30 de diciembre de 2009, p. 77.

⁸⁸ En relación a las dos resoluciones de la Superintendencia de Información y Comunicación que sancionaron a Bonil.

⁸⁹ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 19. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

⁹⁰ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 21. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

⁹¹ Fundamedios. *Pedidos de rectificación y réplica: el mecanismo favorito de los funcionarios estatales para imponer su verdad*. <http://www.fundamedios.org/pedidos-de-rectificacion-y-replica-el-mecanismo-favorito-de-los-funcionarios-estatales-para-imponer-su-verdad/> (acceso: 12/09/2016)

obligar a un dibujante a rectificar una caricatura humorística. Más allá de eso, la LOC cumple con su obligación de desarrollar la disposición del artículo 14 de la Convención Americana en su artículo 23, estableciendo un plazo de 72 horas para efectuar la rectificación, contadas a partir de la presentación del reclamo, de forma gratuita, con las mismas características, dimensiones y en el mismo espacio, sección u horario⁹². De no efectivizarse la rectificación se activa, previo reclamo o de oficio, la competencia contencioso-administrativa de la Superintendencia de Información y Comunicación, la cual puede ordenar rectificación y disculpa pública, las mismas que en la página web del medio deberán constar en la primera interfaz y por un plazo no menor a siete días consecutivos⁹³. En caso de reincidencia, podría haber una multa para los medios privados equivalente al 10% de la facturación promediada de los últimos tres meses⁹⁴ y, ante nuevas reincidencias, la multa será el doble de lo cobrado en cada ocasión anterior⁹⁵. El cumplimiento de la rectificación, de todos modos, no excluye las acciones judiciales que el supuesto ofendido desee tomar ante informaciones no demostradas, falsas o inexactas.⁹⁶ Del mismo modo, operará el ejercicio del derecho a la réplica, cuando una persona o colectivo humano desee responder una expresión en que haya sido aludido de forma que afecte sus derechos a la dignidad, honra o reputación⁹⁷.

En este punto, es preciso reflexionar sobre la compatibilidad de la LOC con los estándares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión⁹⁸, se ha profundizado en el alcance del artículo 13.2 de la Convención en el sentido de señalar que cuando se determine la responsabilidad ulterior de un individuo, las sanciones deberán estar previamente establecidas en la ley y no podrán ser de orden penal, un estándar que desgraciadamente se encuentra en regresión luego de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Mémoli vs. Argentina*. Para la Comisión, las sanciones sólo

⁹² Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 23. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

⁹³ *Id.*, numeral 1.

⁹⁴ *Id.*, numeral 3.

⁹⁵ *Id.*, numeral 4.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 24. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

⁹⁸ Principio 10.

podrán ser civiles incluso en los casos en donde esté en juego la protección de la reputación o leyes de privacidad⁹⁹. Es importante en este ensayo el criterio de la Comisión, pues es la instancia que con un criterio más progresista ha desarrollado este tema y que constituye el principal órgano de protección a los derechos humanos respecto de todos los países que conforman la OEA¹⁰⁰, a diferencia de la Corte que sólo tiene jurisdicción en los Estados que han ratificado la CADH¹⁰¹.

Por eso resulta esencial para mí entender la manera en que la CIDH ha construido los estándares en el sentido de rechazar las sanciones penales en todo caso en donde se verifique abuso en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. En el contexto de este ensayo jurídico es importante resaltar este punto, ya que debería ser inaceptable sancionar penalmente a un caricaturista en cualquier parte del mundo y ese es el sentido en el que se debe comprender y aplicar la jurisprudencia de la Comisión, más aún si consideramos que la caricatura política puede constituir un discurso especialmente protegido, como lo veremos más a fondo en el tercer capítulo de este trabajo. La Comisión, sobre este tema, ha resaltado que

el recurso a las herramientas penales para sancionar discursos especialmente protegidos no sólo es una limitación directa de la libertad de expresión, sino también puede considerarse como un método indirecto de restricción de la expresión por sus efectos amedrentadores [...].¹⁰²

Precisamente, los efectos amedrentadores de toda medida abusiva para sancionar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión son peligrosos en la medida en que provocan la autocensura de los periodistas, caricaturistas y columnistas que, ante la existencia de un mecanismo institucional y sistemático de sanción, podrían cohibirse de expresar sus opiniones e ideas.

La Ley Orgánica de Comunicación, en su artículo 20 se refiere a que “habrá responsabilidad ulterior de los medios de comunicación, en los ámbitos administrativo, civil y penal cuando los contenidos difundidos sean asumidos expresamente por el

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Carta de la Organización de Estados Americanos (1951). Artículo 106.

¹⁰¹ Sin embargo, hay que anotar que la Corte Interamericana es el órgano judicial del sistema, la Comisión es cuasi-judicial.

¹⁰² CIDH y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. 30 de diciembre de 2009, p. 42.

medio o no se hallen atribuidos explícitamente a otra persona”¹⁰³. La LOC, al fijar tantos supuestos abiertos de responsabilidad ulterior, se distancia de los estándares fijados por la Comisión Interamericana sobre esta materia, lo cual podría implicar, en el futuro, que casos amparados en esa normativa sean sometidos a la jurisdicción del SIDH. De hecho, ya la Corte Interamericana se pronunció sobre estos temas en varias oportunidades y, en una de ellas, determinó como ejemplos concretos de censura previa la prohibición y retención de publicaciones, imposición de determinados contenidos, prohibición judicial de difundir libros o prohibición a funcionarios públicos a emitir críticas¹⁰⁴, situaciones que en su momento tuvieron amparo legal en el plano interno.

La responsabilidad ulterior requiere de un riguroso examen de las normas, principios y estándares interamericanos para poder verificarse positivamente y evitar que el proceso se convierta en una herramienta de persecución de las opiniones e ideas, incluso de caricaturas. En ese sentido, la Corte Interamericana ha determinado que no cualquier norma escrita es suficiente para aplicar responsabilidades ulteriores, ya que

[...] es preciso que se reúnan varios requisitos: a) La existencia de causales de responsabilidad previamente establecidas, b) La definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, c) La legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y d) Que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines¹⁰⁵.

Lo que ha dicho la Corte es, ciertamente, fundamental a la hora de aplicar el numeral 2 del artículo 13 de la Convención, pues, como ya lo señaló en *Kimel vs. Argentina*, para restringir el derecho a la libertad de expresión por motivos de seguridad nacional, orden público, moral o salud pública, el Estado estará obligado a “[...] demostrar que tal restricción esté prescrita por ley y que sea necesaria en una sociedad democrática para proteger un interés legítimo de seguridad nacional”¹⁰⁶, un estándar que a propósito del tema que nos convoca es muy pertinente porque delimita, en gran medida, el espacio en donde restricciones legítimas a la caricatura política pueden ser posibles o por lo menos defendibles: con imaginación o frente una coyuntura realmente

¹⁰³ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 20. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C, en Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión, p. 54, párr. 148.

¹⁰⁵ Corte IDH. Caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile... *Óp.cit.*, párr.39.

¹⁰⁶ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 93.

sui generis alguien puede argumentar que un dibujo humorístico pone en riesgo el interés legítimo de la seguridad nacional. Ahora bien, según mi opinión, si nos apegamos a las nociones jurídicas que del Sistema Interamericano y sus estándares se desprenden, podemos observar que en el caso de la caricatura, al constituir opinión política y, consecuentemente, discurso especialmente protegido, no le son aplicables las sanciones que pueden resultar por concepto de responsabilidades ulteriores, como sucedería en el caso de una noticia. Ese, de hecho, es el punto más álgido e intenso del debate sobre la caricatura, que consiste en confrontar las posiciones de quienes creen que la misma constituye opinión y de quienes creen que se le puede aplicar las mismas exigencias que a la información, como las responsabilidades ulteriores.

Las opiniones políticas son producto del pensamiento de una persona y de su criterio personal, no son hechos fácticos o comprobables, sino subjetivos. Recordemos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe que nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones¹⁰⁷, de ahí la relevancia de distinguir entre información y opinión, así como de entender que respecto de la opinión no caben responsabilidades ulteriores, en consecuencia, tampoco de la caricatura. Ya en el primer capítulo se planteó, respecto del *caso New York Times vs. Sullivan*, que los funcionarios públicos, en virtud a que administran un patrimonio de la esfera pública y no privada, deben estar sometidos a un escrutinio riguroso por parte de la ciudadanía, ejercicio que implica la aceptación de opiniones y críticas provenientes de la subjetividad de los individuos y no necesariamente de hechos fácticos, comprobables y verificables, en virtud de la tolerancia que la democracia exige a quienes administran el Estado por mandato popular y legal. Ese es el motivo detrás del estándar de la Comisión que rechaza las leyes de desacato y otras formas de penalizar expresiones contra funcionarios públicos¹⁰⁸. En el caso de la caricatura política, este estándar debe ser de aplicación directa porque, fundamentalmente, la caricatura pretende participar de un debate sobre la vida pública de una sociedad y del control que la prensa y la ciudadanía están obligadas a realizar respecto del poder público y sus funcionarios. Sería desafortunado pretender que una expresión de esa naturaleza puede ser sometida a responsabilidades ulteriores.

¹⁰⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 19.

¹⁰⁸ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000). Principio 11.

No obstante, sin perjuicio de mi propia opinión, reconozco que en base a la misma jurisprudencia interamericana se puede argumentar que el Derecho no puede proteger un discurso que tiene como objetivo afectar un derecho humano como la honra de una persona. En el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, la Corte IDH fue enfática al afirmar que el derecho a la libertad de expresión no es absoluto y, si bien respecto de discursos difamatorios no puede operar la censura previa, sí es legítimo aplicar las responsabilidades ulteriores, precisamente porque no hay una protección absoluta al derecho contemplado en el artículo 13.

El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respecto y salvaguardia de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueran necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención¹⁰⁹.

En esa sentencia, la Corte no olvida el estándar sobre la protección a los discursos sobre funcionarios públicos, pero sí señala que es legítimo restringir la libertad de expresión y aplicar responsabilidades ulteriores, si se verifica la legalidad, la finalidad legítima e idoneidad y la necesidad de la medida¹¹⁰, es decir, si se actúa en apego a los estándares interamericanos. Es un argumento jurídico que, sin duda, podría aplicarse a la caricatura política.

2.2.2 Vías o medios indirectos

Para realizar este análisis es preciso partir de los estándares interamericanos y aterrizar en la LOC. La Convención Americana sobre Derechos Humanos es enfática y clara al establecer los presupuestos fácticos, prohibidos por el Derecho Internacional, que podrían constituir restricciones ilegítimas e ilegales al derecho a la libertad de expresión. En el numeral 3 de su artículo 13, la Convención prohíbe las restricciones derivadas de

[...] vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.¹¹¹

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Párr. 112.

¹¹⁰ *Id.*, párr. 116-119.

¹¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13, numeral 3.

Las vías o medios indirectos, cuando de coartar el derecho a la libertad de expresión se trata, pueden ser muy ingeniosos, como exigir la colegiación obligatoria de periodistas¹¹² o la exigencia de título universitario para el ejercicio periodístico¹¹³. El gobierno de Alberto Fujimori llegó al absurdo de suspender la nacionalidad peruana a Baruch Ivcher Bronstein, accionista mayoritario y presidente de Frecuencia Latina, una televisora que denunció los vínculos de Vladimiro Montesinos con el narcotráfico y los escuadrones de la muerte¹¹⁴. Es por eso que la¹¹⁵ Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la CIDH ha profundizado en el sentido de garantizar la libertad de expresión y lograr que su ejercicio no esté sujeto a restricciones por vías o medios indirectos:

La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.¹¹⁶

Ahora bien, el exceso de controles, incluso considerados dentro de la Ley pertinente en esta materia, podrían resultar incompatibles con los estándares de la Comisión y, en consecuencia, ser considerados medios indirectos de restricción. Quizá no son sólo normas específicas de la LOC las que se distancian de los estándares interamericanos de derechos humanos sino su mismo espíritu¹¹⁷. Una reciente reforma constitucional¹¹⁸ declara a la comunicación como un servicio público que se prestará a través de los medios públicos, privados y comunitarios¹¹⁹, sin embargo, esa noción ya existía en la

¹¹² Corte IDH. *La colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC.5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párr. 76.

¹¹³ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 42. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

¹¹⁴ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú...* *Óp.cit.*, párr. 158-160.

115

¹¹⁶ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000). Principio 5.

¹¹⁷ Si bien reconozco que hubo la intención de regular a medios de comunicación que operaron sin ningún control, abusando del poder mediático y realizando prácticas muy cuestionables, considero que la Ley tiene por objeto el control estatal y casi discrecional de la comunicación en el país.

¹¹⁸ Registro Oficial 449, modificado el 21 de diciembre del 2015.

¹¹⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 384.

legislación ecuatoriana a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación¹²⁰, que lo consagra así en su artículo 71. La jurisprudencia del Sistema Interamericano no habla de servicio público, más bien ha sostenido que el rol de los medios de comunicación social es difundir información sobre asuntos de interés público que afectan a la sociedad¹²¹. Estas incongruencias establecen la posibilidad de un clima sancionatorio en virtud a las definiciones abiertas de estos conceptos y a la discrecionalidad que la Ley otorga a los entes sancionatorios. Por ejemplo, la LOC intenta definir la información de relevancia pública o de interés general prescribiendo que es la información difundida a través de los medios de comunicación acerca, nuevamente, de los asuntos públicos y de interés general¹²², y la información o contenidos considerados de entretenimiento cuando violan el derecho a la honra u otros derechos¹²³, dejando abierta la posibilidad a que discrecionalmente se elabore, en cada caso, una definición de cuáles son los asuntos públicos y de interés general. Es decir, “queda sin contenido claro, y por lo tanto muy abierto, lo que se debe entender por asuntos públicos y de interés general, y que consecuentemente le puede dar arbitrariedad a la autoridad que pretenda aplicar este artículo en casos concretos”¹²⁴.

Más aún, el artículo 22 de la LOC, establece el derecho a recibir información de relevancia pública veraz, y prescribe que “[t]odas las personas tienen derecho a que la información de relevancia pública que reciben a través de los medios de comunicación sea verificada, contrastada, precisa y contextualizada.”¹²⁵ Se trata de requerimientos que

¹²⁰ Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

¹²¹ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 57.

¹²² “[E]n ese país (Ecuador), todos los medios de comunicación, escritos, digitales, de radio o televisión, están expresamente obligados a publicar toda la información que el Gobierno considere que es de “interés público” y, al mismo tiempo, pueden ser sancionados por publicar información que el Gobierno considere irrelevante. En otras palabras, quien decide si el público puede o no conocer una información son los agentes gubernamentales encargados de vigilar y sancionar a la prensa”, *vid.* El País (España). Catalina Botero: “El Ecuador, es tras Cuba, el país más restrictivo en libertad de expresión”. http://internacional.elpais.com/internacional/2014/07/26/actualidad/1406330612_575671.html (acceso: 17/09/2016)

¹²³ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 7. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

¹²⁴ Mario Melo Cevallos (coor.). *La nueva Ley de Comunicación y su Aplicación para el Ejercicio Periodístico y el Derecho a la Libertad de Expresión en el Ecuador (Serie Investigación No. 6)*. Quito: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Jurisprudencia, PUCE, p. 18.

¹²⁵ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 22. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

tienen que ver con la deontología periodística e informativa y que, por ende, no deberían ser aplicados al caso de la caricatura política, que no es una información apegada a hechos reales de forma puntual sino una distorsión de los mismos con fines artísticos, humorísticos y de crítica. Hay que tomar en cuenta lo que la CIDH ha señalado al afirmar que “[c]ondicionamientos previos, tales como veracidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión”¹²⁶, por tanto, pueden generar un clima sancionatorio y, consecuentemente, de autocensura.

Ahora es preciso hablar de uno de los puntos más polémicos de la LOC, un punto que podría, incluso, afectar el derecho a la libertad de expresión de los caricaturistas por motivo de autocensura, sobre todo si se sigue considerando que la caricatura política constituye información. El artículo 26 de ese cuerpo legal dispone que

Queda prohibida la difusión de información que, de manera directa o a través de terceros, sea producida de forma concertada y publicada reiterativamente a través de uno o más medios de comunicación con el propósito de desprestigiar a una persona natural o jurídica o reducir su credibilidad pública¹²⁷.

Esa prohibición tiene el nombre de linchamiento mediático e incurrir en esa conducta implicaría, previo reclamo o por trámite de oficio, que la Superintendencia sancione al medio ordenándole una disculpa pública, que deberá ser publicada en los espacios en donde la información apareció y tantas veces como fue publicada la misma¹²⁸. Sin duda, se trata de una disposición que permite un amplio espacio de discrecionalidad para determinar esa conducta, por cuanto pueden existir supuestos en que funcionarios inmersos en escándalos de corrupción y que han despertado, por obvias razones, el interés de la prensa, acusen a los medios de comunicación de linchamiento mediático para acallarlos. Es claro que sanciones en ese sentido, no sólo implicarían autocensura en la prensa sino conllevarían a que los periodistas se abstengan de informar casos de corrupción que, al no llegar a la sociedad, quedarían silenciados y violarían el derecho a la libertad de expresión en sus dos dimensiones. Es tan discrecional esta norma que, eventualmente, se podría llegar al absurdo de

¹²⁶ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000). Principio 7.

¹²⁷ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 26. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

¹²⁸ *Ibid.*

incorporar en esta conducta a las caricaturas que se refieran a escandalosos casos de corrupción por parte de funcionarios públicos. Es por eso tan importante distinguir entre opinión e información y entender que la caricatura constituye opinión.

Por último, hay un tema preocupante respecto del abuso de controles oficiales. Todas las disposiciones de la Ley Orgánica de Comunicación, si bien es discutible su regresividad o no, cuentan con un mecanismo administrativo para hacerlas efectivas, ya que la LOC crea en su artículo 55 la Superintendencia de Información y Comunicación, como ente controlador del servicio público comunicación, y dispone que el Superintendente sea nombrado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de una terna que enviará el Presidente de la República¹²⁹. Las resoluciones que emita son de obligatorio cumplimiento¹³⁰, como las que sancionaron a Bonil y a *El Universo* por una caricatura. La LOC también crea, en artículo 47, el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación, presidido también por el delegado del presidente de la República¹³¹. Y, por último, un Consejo Consultivo que está conformado por representantes de realizadores visuales, comunicadores sociales, organizaciones ciudadanas relacionadas a la promoción de la cultura, catedráticos universitarios de las facultades de comunicación y de los estudiantes de comunicación¹³².

La creación de estas instituciones de regulación y control, fundamentalmente la Superintendencia y el Consejo Regulador, están por su diseño normativo controladas por la Función Ejecutiva. En la práctica, la LOC ha desarrollado la potestad de la Superintendencia de un modo ciertamente alineado a los intereses del gobierno de turno y en los pocos años de su funcionamiento

ha emitido resoluciones sancionadoras a medios de comunicación y periodistas en las cuales muy pocas veces se trata de sustentar de forma clara, tomando en cuenta toda la dimensión del derecho a la libertad de expresión, ya que por lo general recae en la subsunción de la regla con el hecho supuestamente que se ve a simples rasgos¹³³.

¹²⁹ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 55. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 47. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Mario Melo Cevallos (coor.). *La nueva Ley de Comunicación y su Aplicación para el Ejercicio Periodístico y el Derecho a la Libertad de Expresión en el Ecuador (Serie Investigación No. 6)*. Quito: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Jurisprudencia, PUCE, p. 29.

Más allá de que los casos han sido controversiales, por ejemplo, el que motivó este ensayo jurídico y que constituyó uno de los primeros en que esa potestad sancionadora empezó a utilizarse, es necesario entender que, por lo menos, “resulta problemático el establecimiento de un régimen de obligaciones o un régimen administrativo sancionatorio único que abarque todos los medios de comunicación [...]”¹³⁴, tal como lo notó la ex Relatora Especial para la Libertad de Expresión, Catalina Botero, cuando la LOC fue aprobada y puesta en vigor. En el caso de los caricaturistas, las normas y principios de esta Ley, junto a su régimen administrativo sancionatorio, abren la puerta de la autocensura e implican la existencia de un mecanismo institucional facultado para sancionar a dibujos humorísticos y de corte artístico, con órdenes de rectificación, pedidos de disculpas y multas, que ya se han aplicado a caricaturas, y que son contrarias a los estándares interamericanos y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los mismos que exigen garantías a la libertad de expresión lo más generosas posibles y con restricciones mínimas¹³⁵.

2.2.3 Discursos No Protegidos

Para hablar de las restricciones al derecho a la libertad de expresión es imprescindible referirnos a aquellas que podrían ser legítimas y están permitidas por la Constitución y los instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad, independientemente de si son o no aplicables al caso de la caricatura política a fin de dilucidar en forma completa la configuración normativa, jurisprudencial y doctrinaria alrededor de este derecho. Las formas de censura previa que, *a priori*, no son contrarias al Derecho y que constituyen expresiones que pueden ser prohibidas son los discursos que no están protegidos por las leyes e instrumentos internacionales. Si bien, personalmente considero que la caricatura política no puede ser considerada dentro de los discursos no protegidos casi en ningún caso, es preciso analizar académicamente estas posibilidades.

¹³⁴ Catalina Botero. Carta a Ricardo Patiño, Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Ecuador. Washington D.C., 28 de junio de 2013.

¹³⁵ Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas*. Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 50.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prohíbe “toda propaganda a favor de la guerra”¹³⁶ y toda “[...] apología del odio nacional racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”¹³⁷. Es interesante la redacción de esta norma del sistema universal, modelo que ha inspirado las legislaciones internas americanas en mayor medida que la CADH, ya que esta permite a los Estados un amplio margen de discrecionalidad para restringir la difusión de una idea determinada por su mero contenido, bajo la justificación de que resulta nocivo, peligroso u ofensivo, sin la necesidad de que exista un nexo causal¹³⁸ con un hecho de violencia, es decir, se autoriza la sanción del discurso público que es susceptible o capaz de producir un resultado violento, aunque no lo haya causado.

En el caso del Sistema Interamericano, es el numeral 5 del artículo 13 de la CADH el que realiza la prohibición de ciertos contenidos con la diferencia de que, en el Derecho aplicable a nuestra región, sí se establece un nexo causal con hechos de violencia y, en consecuencia, se reduce el margen de discrecionalidad estatal:

Estará prohibida por la ley toda propaganda a 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.¹³⁹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por medio de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, señaló los discursos que constituyen una excepción a la presunción de cobertura *ab initio* de toda forma de expresión humana¹⁴⁰ y clasificó estos discursos no protegidos de forma taxativa en tres grandes bloques: 1)

¹³⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 20.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Eduardo Bertoni. Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas., p. 12. http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf (acceso: 2/10/2016)

¹³⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13, numeral 5.

¹⁴⁰ Esta presunción, conforme al Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, implica que “[...] todas las formas de discurso están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten. Esta presunción general de cobertura de todo discurso expresivo se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público.”

La propaganda de la guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia; 2) La incitación directa y pública al genocidio; y 3) La pornografía infantil¹⁴¹.

Por su parte, la Ley Orgánica de Comunicación también contempla supuestos de información que no puede circular libremente a través de los medios de comunicación, como sucede, en principio, con los discursos no protegidos que se desprenden de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero en este caso, permitiendo, otra vez, un amplio margen de discrecionalidad del Estado y sin que sea necesario verificar un nexo causal con hechos violentos. El artículo 30 dispone que no podrá circular libremente la información siguiente:

- 1.- Aquella que esté protegida expresamente con una cláusula de reserva previamente establecida en la ley;
- 2.- La información acerca de datos personales y la que provenga de las comunicaciones personales, cuya difusión no ha sido debidamente autorizada por su titular, por la ley o por juez competente;
- 3.- La información producida por la Fiscalía en el marco de una indagación previa; y,
- 4.- La información acerca de las niñas, niños y adolescentes que viole sus derechos según lo establecido en el Código de la Niñez y Adolescencia.¹⁴²

Además, la LOC contempla en su artículo 66 la definición de contenido violento que sólo podrá ser difundido en franjas de responsabilidad compartida y de adultos¹⁴³; en su artículo 67 la prohibición a la difusión de mensajes que constituyan incitación al uso ilegítimo de la violencia, comisión de actos ilegales, trata de personas, explotación o abuso sexual, apología de la guerra y del odio nacional, racial o religioso¹⁴⁴; y en su artículo 68 la restricción al contenido sexualmente explícito¹⁴⁵. Se trata de discursos que se encuentran legalmente restringidos y que, con una eficiente y sofisticada interpretación, se podrían aplicar perfectamente a la caricatura política, pese a mi discrepancia respecto de cómo la LOC los ha estipulado.

Es en esta área donde pueden surgir y de hecho surgen, a mi juicio, conflictos de compatibilidad entre la legislación interna y los estándares interamericanos. Luis Huerta

¹⁴¹ CIDH y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*, p. 20.

¹⁴² Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 30. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

¹⁴³ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 66. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

¹⁴⁴ Id., artículo 67

¹⁴⁵ Id., artículo 68.

Guerrero piensa que el Estado debe respetar el derecho contemplado en el artículo 13 absteniéndose de “[...] realizar cualquier conducta dirigida a impedir la libre circulación de ideas e información.”¹⁴⁶ En otras palabras, los Estados no solamente tienen una obligación negativa que consiste de no restringir la libertad de expresión y declararlo así en sus leyes, sino que están obligados positivamente a facilitar este derecho y protegerlo, por ejemplo, garantizando el acceso a la información, fundamentalmente aquella que está en poder de las instituciones del Estado¹⁴⁷. De hecho, los Estados tienen más obligaciones en esta materia, como prevenir, investigar y sancionar actos como asesinatos, secuestros o amenazas a los periodistas y demás personas que ejercen su derecho a la libertad de expresión¹⁴⁸, como los mismos caricaturistas.

Por todo esto pienso que, la doctrina de discursos no protegidos que en mayor grado protege la libertad de expresión y sus principios es la que se desprende de la CADH y que implica un nexo de causalidad con un hecho violento. Este tipo de discursos, excepcionales por su naturaleza, constituirían conforme al Sistema Interamericano casos de restricciones legítimas y, sólo en ellos, se debería permitir el incumplimiento estatal respecto de su obligación de abstenerse de toda conducta dirigida a impedir la libre circulación de las ideas, opiniones e informaciones. Insisto en que se podría discutir la posibilidad de que la caricatura política pueda ser objeto de censura previa respecto de estos discursos no protegidos, tomando en cuenta que tal vez, por medio de un dibujo, se puede hacer propaganda de guerra, apología del odio, invitación al genocidio o pornografía infantil. Sin embargo, estas posibilidades son académica y analíticamente por lo menos cuestionables ya que debido a la carga humorística y de crítica social de las caricaturas, no sería posible verificar incontrovertiblemente la existencia de discursos que invoquen la violencia en ellas e incluso en casos en los que sus autores aborden alguno de los temas prohibidos taxativamente por la CADH, habría un espacio de ambigüedad y duda respecto de su real intención. Acepto, sin embargo, que si se comprueba incontrovertiblemente que una caricatura configura una de las conductas

¹⁴⁶ Luis Huerta Guerrero. *Libertad de expresión y acceso a la información pública...* Óp.cit., p.28.

¹⁴⁷ Daniel O’Donnell. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano...* Óp.cit., p.733.

¹⁴⁸ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000). Principio 9.

censuradas por la Convención, se convertiría en un discurso no protegido y no sería susceptible de gozar de los resguardos jurídicos del discurso especialmente protegido.

Ahora bien, es fundamental reflexionar sobre la posibilidad de que la caricatura política pueda configurar un discurso no protegido y, en ese sentido, podemos pensar en el derecho que se alegó en el caso de la segunda sanción a Bonil por parte de la Supercom. Un discurso de odio es, por naturaleza, un discurso discriminador, por eso el párrafo 2 del artículo 20 del PIDCP prohíbe toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación. No sería legítimo proteger una manifestación que afecte un derecho humano tan importante como el derecho a la igualdad y no discriminación. En el caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, la Corte Interamericana realizó un importante análisis sobre este derecho, el cual, dado un conflicto, tendría que ser ponderado con el de la libertad de expresión. Es importante mencionar que la Corte IDH señaló que “existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación”¹⁴⁹, que ha ingresado en el dominio del jus cogens. Es decir, del derecho a la no discriminación también depende la vigencia de otros derechos y la del mismo sistema democrático que los garantiza. En virtud a la dificultad de demostrar perjuicio racial por parte de quienes son objeto de discriminación, en este tipo de casos la Corte hace una consideración especial respecto de la carga de la prueba en los procesos que conoce ante sí, para que recaiga sobre el Estado y no sobre las víctimas de discriminación. Los colectivos afro-ecuatorianos, en efecto, tuvieron dificultad de demostrar el ánimo discriminatorio de la caricatura de Bonil, porque más allá del elemento intencional del caricaturista, se podía considerar que la caricatura era la manifestación de una forma estructural de discriminación racial intrínseca en la sociedad ecuatoriana, que al constituir una forma de violencia no puede ser protegida por estándares interamericanos.

¹⁴⁹ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 224.

3 CAPÍTULO III. La protección jurídica a la caricatura política

El punto medular de este ensayo es, indudablemente, reflexionar sobre la posibilidad de que la caricatura política sea un espacio en donde se pueda verificar la vigencia del sistema democrático. Ese es el sentido en el que es pertinente examinar el discurso especialmente protegido a las luces del marco jurídico interamericano¹⁵⁰, pero también la construcción histórica y académica de este concepto, dentro del cual estarían las creaciones de los dibujantes por consistir, fundamentalmente, en opiniones políticas.

En este capítulo se reflexionará, en primer lugar, sobre la posibilidad de que la caricatura política constituya, por su género y las características que le son naturales, una opinión y no una información, a partir del análisis que la Corte Suprema de Estados Unidos realizó en el icónico caso *Hustler Magazine vs. Falwell*, pero también en base a los estándares interamericanos. En segundo lugar, se analizará la doctrina del discurso público del derecho anglosajón, que tiene su piedra angular en la primera enmienda¹⁵¹ de la constitución norteamericana. Por último, me referiré al concepto de discurso especialmente protegido aplicado al caso de la caricatura política, a fin de establecer el vínculo de está con el régimen democrático y las libertades civiles y políticas.

3.1 La caricatura como opinión

A lo largo de este ensayo jurídico he sostenido que la caricatura política constituye opinión y, por su carácter político, merece el tratamiento de discurso especialmente protegido. La opinión política, incluso el mismo concepto de discurso especialmente protegido que veremos más adelante, tiene una íntima e inexorable conexión con el discurso sobre funcionarios o figuras públicas, o sobre asuntos de interés público.

En el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, la Corte Interamericana expresó que es:

lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios o a otras personas que ejercer funciones de naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura para un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático¹⁵².

¹⁵⁰ Catalina Botero. *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, párrafo 20, http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AH_DLE.html (acceso: 3/08/2016)

¹⁵¹ Adoptada el 15 de diciembre de 1792, es la enmienda que consagra la libertad de culto, la libertad de expresión y prensa, y la libertad de asociación.

¹⁵² *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 128.

Sobre esto, la Corte también dijo que este principio bajo ningún concepto supone que el honor de las figuras o funcionarios públicos no deba ser protegido, sino que esa protección debe ser acorde a los principios de pluralismo democrático, ya que el debate jurídico sobre la opinión política no tiene que ver con el individuo sino con el carácter de interés público que esta tiene¹⁵³. De hecho, las personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y a un mayor riesgo de sufrir críticas¹⁵⁴.

En el sentido de este análisis, no hay duda de que el caso *Hustler Magazine vs. Falwell*¹⁵⁵ resulta indispensable. Revisemos un poco los hechos: en el contexto de entrevistas falsas sobre ‘la primera vez’ de varios personajes públicos, la revista pornográfica *Hustler Magazine*, del magnate Larry Flynt, publicó en noviembre de 1983 una entrevista ficticia en la que el reverendo evangélico Jerry Falwell relataba que su primera relación sexual fue con su madre, en un retrete y alcoholizado con trago de Campari. Falwell, un líder del pensamiento conservador norteamericano y fundador de Moral Majority, demandó a la revista por invasión de privacidad, difamación e imposición intencional de daño emocional. No se aceptó la argumentación del demandante en cuanto a la invasión de privacidad y difamación, pero ganó el juicio de primera instancia respecto de la imposición intencional de daño emocional¹⁵⁶ y se le reconoció el derecho a una indemnización millonaria¹⁵⁷.

De hecho, Falwell afirmó que la sátira le provocó “una herida muy profunda de angustia y dolor emocional y sufrimiento, como ninguna otra cosa que pueda recordar”¹⁵⁸ en su vida adulta. El jurado acogió ese testimonio como prueba y sustentó su decisión, además, en la declaración testimonial de Flynt, en la que confesó que con la

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Id.*, párr. 129.

¹⁵⁵ *Vid.* Falwell v. Flynt, 797 f.2d, 1986, pp. 1270, 1273-74.

¹⁵⁶ *Vid.* Falwell v. Flynt, 797 f.2d, 1986, pp. 1270, 1273-74.

¹⁵⁷ El Tribunal Federal de Distrito para el Distrito Oeste de Virginia le otorgó USD100.000 por concepto de resarcimiento y USD50.000 por daños punitivos.

¹⁵⁸ Testimony of Jerry Falwell, reprinted in Joint Appendix, citado en Rodney A. Smolla. *Emotional Distress and the First Amendment: An Analysis of Hustler v. Falwell*. Faculty Publications. Paper 867, 1988. <http://scholarship.lae.wn.edu/facpubs/867> (acceso: 22/09/2016)

publicación había querido ajustar cuentas con Falwell y asesinar su integridad¹⁵⁹, debido a la forma en que el reverendo se había referido a su revista y a que calificó su vida como “abominable”¹⁶⁰.

Larry Flynt decidió apelar alegando, entre otras cosas, que al ser Falwell una personalidad pública se debía aplicar el estándar de real malicia del caso *New York Times vs. Sullivan*. El Cuarto Circuito rechazó la apelación y ratificó el veredicto de primera instancia, argumentando que no estaba en discusión si la publicación era un hecho o una opinión, sino el carácter de ultrajante de la misma¹⁶¹ y se negó a aplicar el estándar de real malicia¹⁶².

Flynt y *Hustler Magazine* decidieron llevar el caso a la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la cual la mayoría de magistrados se agruparon hacia el criterio del presidente de ese tribunal, el juez William Rehnquist, de revocar la condena a la revista y a su editor y propietario. Así la Corte comenzó a elaborar su doctrina de discurso público en el sentido de establecer que “en el debate público nuestros propios ciudadanos deben tolerar expresiones insultantes y aún ultrajantes en orden a proveer un adecuado ‘espacio para respirar’ a las libertades protegidas por la primera enmienda”.¹⁶³ En esta sentencia, la Corte Suprema dijo que el estándar de *New York Times vs. Sullivan* no establece niveles de culpabilidad sino intenta cumplir un mandato constitucional de

¹⁵⁹ Deposition testimony of Larry Flynt, admitted into evidence at trial, Joint Appendix at 901-02. See 797 F.2d at 1273, citado en Rodney A. Smolla. Emotional Distress and the First Amendment: An Analysis of *Hustler v. Falwell*. Yale Law School, Faculty Publications. Paper 867, 1988. <http://scholarship.lae.wn.edu/facpubs/867> (acceso: 22/09/2016)

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Falwell v. Flynt*, 797 f.2d, 1986, p. 1276.

¹⁶² El Tribunal de Apelaciones dijo: “La primera enmienda no protegerá malos comportamientos intencionales ni temerarios que causen un daño a la reputación, ni tampoco protegerá ese mal comportamiento que provoca un daño emocional severo.”, *vid.* Robert C. Post, “El concepto concepto de discurso público: opinión ultrajante, deliberación democrática y *Hustler Magazine c/Falwell*”. *El Estado frente a la Libertad de Expresión*. Mario Bravo (ed). Buenos Aires: Fundación Universidad de Palermo, 2011, p. 77.

¹⁶³ *Boos v. Barry*, 108 Sc. Ct 1157, 1164 (1998). Más adelante, la Corte dijo que el carácter ofensivo es insuficiente para justificar la supresión de una expresión, *vid.* *Texas v. Johnson*, 109 S. Ct. 2533, 2544, citados en Robert C. Post, “El concepto concepto de discurso público: opinión ultrajante, deliberación democrática y *Hustler Magazine c/Falwell*”. *El Estado frente a la Libertad de Expresión*. Mario Bravo (ed). Buenos Aires: Fundación Universidad de Palermo, 2011, p. 68.

diseñar reglas que faciliten “el libre flujo de las ideas y opiniones en materias de interés y preocupación públicas”.¹⁶⁴

Cuando se dio el caso *Hustler Magazine vs. Falwell*, en Estados Unidos ya existía una doctrina de protección constitucional a la opinión, que si bien podemos rastrear sus orígenes en los mismos albores de la sociedad norteamericana y de la primera enmienda, empezó a cobrar fuerza en 1974 con el caso *Gertz vs. Robert Welch, Inc.* en el que la Corte Suprema dictaminó:

De acuerdo con la primera enmienda, no existe tal cosa como una idea falsa. Por más pernicioso que parezca una opinión, dependemos, para su corrección, no de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competencia de otras ideas. Pero no hay valor constitucional en las aseveraciones fácticas falsas.¹⁶⁵

En ese famoso *dictum* del caso *Gerzt*, la Corte señaló que no hay valor constitucional en las aseveraciones sobre hechos falsos e inmunizó el ridículo difamatorio en el caso de parodias, para que no sean sancionadas cuando se presenten en el contexto del debate sobre asuntos públicos. Es decir, detrás del discurso público del caso *Hustler Magazine vs. Falwell* hay todo un proceso de evolución jurisprudencial que tardó décadas¹⁶⁶, quizá desde la misma aprobación de la primera enmienda, uno de cuyos efectos fundamentales fue declarar el derecho a la libertad de expresión y prensa.

Lo primero que debemos entender, entonces, es que la primera enmienda intenta proteger un campo de interacción crítica, el cual se basa en un respeto profundo por las marcadas diferencias que caracterizan la vida y que deben considerar muy privilegiadamente el derecho de diferir acerca de cosas que tocan al corazón del orden existente. En otras palabras, la interacción crítica permite un “desinhibido, robusto y amplio”¹⁶⁷ debate sobre los asuntos públicos, así como la formación de la opinión pública y la política democrática.

¹⁶⁴ Falwell, 108 S. Ct. En 879, citado en Robert C. Post, “El concepto concepto de discurso público: opinión ultrajante, deliberación democrática y *Hustler Magazine c/Falwell*”. Óp Cit, p.78.

¹⁶⁵ Caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, citado en Robert C. Post, “El concepto concepto de discurso público: opinión ultrajante, deliberación democrática y *Hustler Magazine c/Falwell*”. Óp Cit, p.89.

¹⁶⁶ En 1808, un juez estadounidense dispuso en sentencia que: “Cada hombre que publique un libro se compromete al juicio del público y cualquiera puede comentar sobre su desempeño. Cualesquiera sean sus méritos, otros tienen el derecho a emitir un juicio respecto de estos –a censurarlos si son censurables–, y a hacerlos pasar al ridículo si fueran ridículos”. *vid.* Robert C. Post, “El concepto concepto de discurso público: opinión ultrajante, deliberación democrática y *Hustler Magazine c/Falwell*”. Óp Cit, p.96.

¹⁶⁷ *New York Times v. Sullivan*, p. 254, 270.

La interacción crítica, además, permite que la discusión pública facilite las comunicaciones entre personas de una amplia variedad de tradiciones y culturas, sin importar que dentro de esta discusión “los principios de un hombre pueden parecer el error más absoluto para su vecino”¹⁶⁸. Es en tales circunstancias, donde la democracia genera un espacio, en principio, de tolerancia de las opiniones ajenas y, posteriormente, la formación de una identidad democrática que acepta y defiende opiniones contrarias. Lo que da como resultado una opinión pública genuina y diversa, en una sociedad heterogénea.

Doctrinariamente, la interacción crítica constituiría, en los términos acuñados por Isaiah Berlin sobre libertades¹⁶⁹, una libertad negativa frente a los límites de las expectativas y normas de la comunidad. Pero en esta doctrina, también existe un ámbito positivo y adjetivo, que es la deliberación racional, es decir, la consideración y evaluación de las diversas posiciones hechas en el espacio de la interacción crítica. Es por eso que la Corte elaboró la doctrina de discurso público, como una forma de protección constitucional a la opinión, la cual exige que la deliberación racional sea decente y no coercitiva, lo que equivale a decir que debe ser consistente con las mismas normas que son negadas por la interacción crítica¹⁷⁰. En principio, la interacción crítica ofrece un espacio de libertad que se contrapone a la mesura de la deliberación racional, pero en esa tensión entre ambos postulados se construye la democracia y la pluralidad de las opiniones, lo cual es democráticamente saludable en la discusión sobre los asuntos de interés público.

Tomando todos estos elementos en consideración, podemos hablar las características de la opinión y su distinción con el hecho. La Corte, en *Falwell*, entendió que existe una clara distinción entre “la comunicación de hechos dentro del discurso público, que puede estar sujeta a supervisión legal de su veracidad o falsedad, y la comunicación de opiniones o ideas dentro del discurso público, que está constitucionalmente inmunizada de dicha supervisión”¹⁷¹. Ese es el nivel de privilegio

¹⁶⁸ *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. Supreme Court, 1940, p. 296, 310.

¹⁶⁹ Isaiah Berlin, *La libertad positiva frente a la libertad negativa*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, p. 69.

¹⁷⁰ Robert C. Post, “El concepto concepto de discurso público: opinión ultrajante, deliberación democrática y *Hustler Magazine c/Falwell*”. *Óp Cit*, p.115.

¹⁷¹ *Id.*, p. 125.

que la Corte Suprema le da, a partir de la primera enmienda de la Constitución, a la opinión. Recordemos, en ese sentido, que en el caso *Gertz* ya se estipuló que la opinión difamatoria debía estar constitucionalmente protegida. En el fondo, lo que la jurisprudencia estadounidense ha construido parte de un profundo reconocimiento de la existencia del derecho a la libertad de expresión y la necesidad de que el mismo permanezca vigente en el sistema democrático, para la garantizar la sobrevivencia del mismo.

En términos prácticos, la teoría que más ha influenciado a los tribunales de ese país respecto de la distinción entre hecho y opinión es la noción de que esta última es una aseveración que no puede ser “verificada y no puede, entonces, ser considerada como una aseveración de un hecho”¹⁷², como sería la caricatura. Incluso existe un mecanismo más sofisticado que este estándar de verificación, en el que no se pregunta si las aseveraciones son verificables solamente, sino si son ‘objetivamente’ verificables o si están sujetas a pruebas empíricas¹⁷³. En ese sentido, Post ha concluido que

[l]as aseveraciones de hecho realizan afirmaciones acerca de un mundo independiente, cuya validez es, en teoría, determinable sin referencia a los estándares de cualquier comunidad y sobre las que, entonces, tenemos derecho a esperar una convergencia o consenso final. Las opiniones, por otra parte, realizan afirmaciones acerca de un mundo independiente, cuya validez depende de los estándares o convenciones de una comunidad particular y sobre las que, por consiguiente, no podemos esperar una convergencia en condiciones de heterogeneidad cultural¹⁷⁴.

Entonces, la doctrina del discurso público tiene su corazón en un respeto irrestricto a la opinión y en la garantía de que esta puede ser libre y, bajo ningún concepto, sometida, como ocurrió en el caso de *Bonil*, a los estándares de verificabilidad que son propios de la información y de un hecho verificable. En *Falwell*, la noción sobre la primera enmienda que imperó es una que pretende la preservación de la neutralidad estatal del discurso público frente al riesgo de dominación de las convenciones impuestas por un determinado grupo de personas, cuyo pensamiento y valores se opongan a una opinión que les incomoda. En los dos casos de *Bonil*, se impuso la

¹⁷² *Immuno, A.G. v. Moor-Jankowski*, 145 A.D. 2d, 1989, p. 114, 143, 537.

¹⁷³ *Keller v. Miami Herald Publishing Co.* 778 F2d., 1985, p. 718.

¹⁷⁴ Robert C. Post. “El concepto concepto de discurso público: opinión ultrajante, deliberación democrática y *Hustler Magazine c/Falwell*”. *Óp Cit*, p.138.

dominación del criterio de un grupo determinado, estatalmente defendido, en desmedro de la neutralidad que el Estado debe tener sobre los discursos públicos.

El hecho, a diferencia de la opinión que es subjetiva, más aún si es noticioso, es fácilmente verificable como tal y distinguible de la opinión, en consecuencia, de la caricatura política. Pese al relativismo y a la subjetividad imperantes en el mundo de hoy, en el periodismo no resulta difícil establecer qué es un hecho, peor aún en el Derecho. “Los hechos son más allá del acuerdo y el consentimiento”¹⁷⁵, los hechos son. La caricatura política no pertenece a ese mundo.

3.2 La caricatura como discurso público

Antes de analizar el discurso especialmente protegido a las luces del Sistema Interamericano, es preciso entender que en el *common law* se construyó jurisprudencialmente una doctrina en la cual ciertas expresiones, como la parodia de *Hustler* y las mismas caricaturas de Bonil, al ser opiniones políticas fundamentales para la discusión sobre asuntos públicos, merecen protección constitucional. Es importante entender esta doctrina anglosajona ya que busca proteger el mismo bien jurídico que el discurso especialmente protegido en nuestro derecho interamericano.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, a partir del caso *Hustler Magazine vs. Falwell*, ha enfatizado que la primera enmienda abarca, al menos, la libertad de discutir públicamente todas las cuestiones de interés público¹⁷⁶ y que estas cuestiones tienen derecho a protección especial¹⁷⁷. En ese sentido, es preciso entender que los asuntos de discusión pública no conciernen solamente a los que envuelvan a funcionarios públicos y a las instituciones estatales, sino a los de índole comunitaria y de interés para la sociedad y la ciudadanía.

Robert C. Post discernió tres enunciados esenciales con los que la máxima instancia judicial de los Estados Unidos justificó su sentencia del caso Falwell: en primer lugar, la Corte estableció que el valor constitucional de una publicación, conforme a la doctrina de discurso público, no depende de los motivos de su autor, es decir, reconoce que frecuentemente las sátiras pueden tener por objeto la intención de

¹⁷⁵ Hannah Arendt. *Between Past and Future*; sine nomine et sine loco. 1968, pp. 241.

¹⁷⁶ *Consolidated Edison Co v. Public Serv Comm'n*, 447 U.S., 1980, p. 530, 534.

¹⁷⁷ *Connick v. Myers*, 461 U. S., 1938, p. 138, 145., *vid.* *Philadelphia Newspapers, Inc. v Hepps*, 475 U.S., 1986, p. 767, 775; *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S., 1940, p. 88, 101-102.

herir los sentimientos del sujeto retratado, sin embargo, señala que la tradición del discurso político estadounidense sería más pobre sin esta clase de expresiones, por cuanto es constitucionalmente inapropiado regular las ‘intenciones incorrectas’ en el debate sobre figuras públicas¹⁷⁸.

En segundo lugar, Post concluyó que en el mundo del debate público las aseveraciones falsas carecen de valor precisamente porque no son ciertas, y en ese sentido, la Corte consideró que era especialmente importante evitar respecto de estas expresiones todo tipo de sanciones impuestas por el Estado, particularmente a las opiniones o ideas que contengan críticas contra medidas y hombres públicos¹⁷⁹.

Por último, Post entendió que para la Corte las publicaciones que no versen sobre hechos reales, conforme a la doctrina del discurso público, no pueden ser penalizadas por su calidad de ultrajante, ya que esta tiene una subjetividad intrínseca que permitiría que un jurado atribuyera responsabilidad basándose en sus propios gustos u opiniones, o quizá sobre la base de su desaprobación de una expresión en particular.¹⁸⁰

Existen expresiones inmunes a cualquier tipo de verificación, expresiones que son fundamentalmente opiniones políticas, como las parodias y las mismas caricaturas (cuya naturaleza es creativa, ficcional, radicalmente subjetiva y de fuerte crítica social). Con el paso de los años, la doctrina del discurso público se ha robustecido y queda claro que con ella, ciertas expresiones, como las satíricas, deben ser protegidas de tal forma que los oradores no caigan en auto censura y no disminuya la expresión relativa a figuras públicas, noción que tiene un valor constitucional¹⁸¹. Esto no quiere decir que la ley no proteja el respeto al que las personas tienen derecho, sino que además de resguardar la dignidad y personalidad de las personas las leyes deben precautelar la identidad y los valores de la comunidad¹⁸², tales como la democracia y la libertad de expresión.

Un estándar fundamental en esa línea es el de los discursos sobre figuras públicas o asuntos de interés público y la protección que el Sistema Interamericano le debe dar a

¹⁷⁸ Robert C. Post, “El concepto concepto de discurso público: opinión ultrajante, deliberación democrática y *Hustler Magazine c/Falwell*”. Óp Cit, p.78.

¹⁷⁹ *Id.*, p. 79

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Id.*, p. 81.

¹⁸² Roberto C. Post. *The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*. Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 217, p. 711-715, 735-739.

este tipo de expresiones. Sobre este punto, hemos hablado transversalmente en todo este ensayo jurídico. Quizá es pertinente acotar que este estándar debe ser aplicado siempre, sin excepción. De hecho, la primera vez que Bonil fue hostigado por sus caricaturas fue antes de la aprobación de la LOC. El incidente se dio el binomio conformado por Rafael Correa y Jorge Glas exigieron al caricaturista una rectificación¹⁸³ por un dibujo realizado con humor e ironía en el que se hacía referencia al plagio académico comprobado de Glas, de los hermanos Fernando y Vinicio Alvarado, y a la falsificación del título de Pedro Delgado, poniéndolo en relación con el supuesto delito de plagio que alegó el presidente Correa respecto de la insubordinación policial del 30 de septiembre del 2010. En esa ocasión, Bonil utilizó su inteligencia para criticar hechos de dominio público que tenían que ver, precisamente, con la discusión sobre asuntos de interés general en un contexto electoral.

He mencionado este antecedente, porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, un estándar que consiste en que la protección a las dos dimensiones de la libertad de expresión en el marco de campañas electorales “constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral”¹⁸⁴, así como dijo que la formación de la opinión pública de los electores “fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos [...] y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas de los candidatos y partidos”¹⁸⁵. Bonil no se benefició de este estándar.

En Ecuador, al contrario de lo que ocurrió en *Hustler Magazine vs. Falwell*, el análisis del posible carácter ultrajante de una publicación se sobrepone al de distinguir entre opinión e información. En la sentencia de Falwell, de hecho, la Corte Suprema especificó que la discusión jurídica sobre los discursos públicos no tiene que ver con determinar si la determinación de la expresión ultrajante es subjetiva o arbitraria, sino entender que ese parámetro es constitucionalmente inadecuado como un patrón para la

¹⁸³ Diario El Comercio. *Candidatos Correa y Glas piden réplica a El Universo*. <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/candidatos-correa-y-glas-piden.html> (acceso: 25/09/2016)

¹⁸⁴ Corte I.D.H. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. *Óp. cit.*, párrs. 88.

¹⁸⁵ *Ibid.*

regulación del discurso público¹⁸⁶, además implica reconocer que la noción de ultrajante siempre tendrá una subjetividad intrínseca y, en ese sentido, es relativa.

Por último, es preciso reiterar que para la aplicación de esta doctrina se debe considerar que la primera enmienda prohíbe la utilización de la mala intención como un estándar para atribuir responsabilidad en el campo del debate público sobre figuras públicas, por lo menos así lo consideró la Corte en el caso *Falwell*. Si se tratare de un hecho verificable y verificado, la simple alegación de mala intención sería un absurdo y un despropósito en términos jurídicos, aunque en legislaciones como la ecuatoriana esa posibilidad se viabilice por las puertas que el concepto de linchamiento mediático deja abiertas. Y si se tratare de opinión, es claro que la doctrina de discurso público implica, efectivamente, que no se analice la mala intención, sino que se garantice la protección constitucional que la *Carta Magna* de ese país le da a ese tipo de expresiones.

3.3 La caricatura como discurso especialmente protegido

El marco jurídico interamericano, al igual que el Sistema Europeo de Derechos Humanos a partir del caso *Handyside vs. Reino Unido*, ha sido claro al momento de estipular que no solamente se protege a los contenidos o ideas que “sean recibidos favorablemente o consideradas inofensivas[,] indiferentes”¹⁸⁷, sino también aquellas que no son compartidas por la mayoría ni respaldadas por las autoridades del Estado. Estas expresiones, por su naturaleza controversial e incluso por la vulnerabilidad que pueden tener en ciertos casos, como cuando en efecto representan a una pequeña minoría, requieren de mayor protección por parte de una democracia fundada en el “pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura”¹⁸⁸. Ante esa necesidad nace la doctrina del discurso especialmente protegido.

¹⁸⁶ Robert C. Post, “El concepto concepto de discurso público: opinión ultrajante, deliberación democrática y *Hustler Magazine c/Falwell*”. *Óp Cit*, p.95.

¹⁸⁷ CIDH y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Óp. cit.*, párr. 31.

¹⁸⁸ *Cfr.* Corte I.D.H. *Caso “La Última Tentación de Cristo”... Óp. cit.*, párr. 69; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Óp. cit.*, párr. 152; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Óp. cit.*, párr. 113; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Óp. cit.*, párr. 83; *Caso Kimel vs. Argentina. Óp. cit.*, párr. 88; *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Óp. cit.*, párr. 105; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Óp. cit.*, párr. 116. Citado en: CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Óp. cit.*, párr. 31.

De hecho, podemos ahondar más en esa reflexión: la vigencia de un sistema democrático implica que incluso Larry Flynt, quizá considerado por muchos como la escoria de la sociedad por su vinculación a la pornografía, goce de la absoluta garantía de ejercer su libertad de expresión y pueda acceder a la protección constitucional de la misma, incluso frente a un reverendo evangélico que, por su actividad religiosa, se ha ganado el respeto y el reconocimiento de la sociedad. Ese es el sentido en el que vale la pena reflexionar sobre la democracia y la caricatura política pues, caricaturas como las de Bonil, en una democracia, incluso cuando molestan al presidente de la República más popular de la historia ecuatoriana o cuando cuestionan la capacidad de un legislador de ejercer su cargo, deben ser expresiones protegidas constitucionalmente porque la actividad del dibujante implica, por un lado, un mecanismo de fiscalización de los actos del poder público y, por otro lado, un mecanismo de verificación del sistema democrático.

El mismo principio es aplicable respecto de las caricaturas de *Charlie Hebdo*¹⁸⁹, incluso frente al hecho insoslayable de que muchos practicantes del catolicismo, el judaísmo y, especialmente, el islam, se pudieron sentir ciertamente ofendidos con los dibujos irrespetuosos y ridiculizantes de los caricaturistas, algunos de los cuales perdieron su vida en uno de los más atroces atentados contra la libertad del que la humanidad ha sido víctima. Fueron asesinados de la forma más horrenda, pese a que jamás las caricaturas de *Charlie Hebdo* impidieron a los fieles de todas las religiones practicarlas y ejercer su derecho a la libertad de culto ni a la libertad de expresión sobre esos cultos. Ahora bien, ¿se podrían considerar los dibujos de la revista parisina como incitadores a la violencia? Sí. De hecho, el resultado fue extremadamente violento. Por eso, en esta discusión, que es dialéctica y argumentativa, es necesario abrazar una postura y tomar determinaciones. La mía es la del discurso especialmente protegido.

Analicémoslo: en el sentido de preservar este tipo de expresiones esenciales para la democracia, como las de Bonil o *Charlie Hebdo*, con sus particularidades, el Sistema Interamericano los ha denominado discursos especialmente protegidos¹⁹⁰ en razón de su

¹⁸⁹ Vid. Read, Max. “What is Charlie Hebdo? The Cartoons that Made the French Paper Infamous. *Gawker*”. <http://gawker.com/what-is-charlie-hebdo-and-why-a-mostly-complete-histo-1677959168> (acceso: 24/09/2017)

¹⁹⁰ CIDH y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. 30 de diciembre de 2009, párr. 32.

contenido, el primero de los cuales es el discurso político y es en ese aspecto donde se inscribe la caricatura política, así como aquellos discursos relacionados a elementos de dignidad e identidad personales¹⁹¹ como la expresión de una lengua¹⁹², la identidad de género, orientación sexual y expresión de género de las personas y la expresión religiosa y libertad de culto¹⁹³.

Estamos hablando, entonces, de un discurso de connotaciones políticas sobre asuntos de interés público, que muchas veces pretende realizar un escrutinio del quehacer del Estado y sus dignatarios y funcionarios. Este tipo de escrutinio es legítimo y necesario para el funcionamiento de la democracia e incluso de un sistema republicano, ya que los dignatarios de elección popular y los funcionarios públicos se han expuesto de forma voluntaria a administrar una esfera de la vida en la cual todos los miembros de la sociedad están involucrados y por eso es tan importante fiscalizar las funciones y prerrogativas que estas personas desempeñan y ejercen. Estos funcionarios, más aún en países como el Ecuador en donde el sistema comunicacional estatal está a su servicio, cuentan con la posibilidad de explicar, responder, o controvertir la información referente a ellos, de hecho, ese es su legítimo derecho a las luces de la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁹⁴. En otras palabras, los funcionarios y figuras públicas pueden participar del debate público sin ninguna interferencia. Entender este componente fiscalizador de la caricatura como discurso especialmente protegido es fundamental en la medida en que

¹⁹¹ Cfr. CIDH y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 53 – 56.

¹⁹² Cfr. Corte I.D.H. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 169. Citado en: CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 55.

¹⁹³ Cfr. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 55 – 56.

¹⁹⁴ Cfr. *Id.*, párr. 40; Corte I.D.H. *Caso “La Última Tentación de Cristo”...* Óp. cit., párr. 69; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Óp. cit., párrs. 152 y 155; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Óp. cit., párrs. 125-129; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Óp. cit., párrs. 83, 95, 100 y 102; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Óp. cit., párr. 86-87; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Óp. cit., párrs. 86 y 87; *Caso Kimel vs. Argentina*. Óp. cit., párr. 88; Corte I.D.H. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Óp. cit., párrs. 115 y 122; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Óp. cit., párr. 155; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Óp. cit., párrs. 83 y 86; *Caso Fontevecchia y D’Amicco vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, párrs. 47, 59, 60 y 66.

[e]l control democrático de la gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre sus actuaciones, y es un medio para lograr el máximo nivel de participación ciudadana¹⁹⁵.

El debate, ciertamente, no ha concluido con la estructuración del discurso especialmente protegido en el marco jurídico interamericano. En la práctica, el derecho a la libertad de expresión se pondera con otro derecho en juego, por ejemplo, el derecho al honor¹⁹⁶ y otros, como el de igualdad y no discriminación, consagrados igualmente en la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Constitución. Tal es así que, en su alegación dentro del juicio por injurias contra diario *El Universo* y contra el periodista Emilio Palacio, el presidente Rafael Correa dijo que

[e]l pluralismo democrático, no le da patente de corso a ningún ciudadano que ejerza el periodismo, ni a los dueños de los medios de comunicación para que mancillen el honor u honra ajena. Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en múltiples ocasiones ha establecido que, por tratar u opinar sobre algún asunto que es de interés público, no significa de modo alguno que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido¹⁹⁷.

Estoy convencido de que por lo menos en el caso de la caricatura política, por su género y las características que le son naturales, en la ponderación de derechos debe imperar la protección especial a la opinión política por sobre la consideración de otros derechos ya que la opinión política es un discurso que vincula intrínsecamente a las figuras y funcionarios públicos y a discusiones sobre asuntos públicos. La vigencia del derecho a la libertad de expresión está conectada a la vigencia del sistema democrático, por tanto, es fundamental para la vigencia y garantía de los demás derechos. Reconozco, sin embargo, que el debate no se ha cerrado y que existen argumentos poderosos, por ejemplo, en el caso de la caricatura de Bonil sobre la imposibilidad de lectura del legislador Agustín Delgado, para defender que otros derechos deben estar por encima de

¹⁹⁵ *Id.*, párr. 33 – 38.

¹⁹⁶ “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”, *vid.*, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1969). Artículo 11.

¹⁹⁷ Diario *El Universo*. *Rafael Correa vs. El Universo (2da. Parte)* <http://www.eluniverso.com/2011/07/20/1/1355/sentencia-juicio-rafael-correa-contra-universo.html> (acceso: 25/09/2016)

la protección a la caricatura política. Hay que recordar que para muchas personas ese fue un caso en el que el derecho en juego era la igualdad y no discriminación.

Entonces, es evidente e incontrovertible que en todo conflicto de índole jurídica está presente un conflicto de derechos y es necesario realizar una ponderación de los mismos. En el caso de la caricatura, pienso que hay un conflicto jurídico y filosófico entre el derecho individual de un funcionario público a la honra, respecto del debate sobre su actuación pública, y el derecho de los caricaturistas a dibujar y expresarse, que es esencialmente un discurso político. Considero que frente a esa disyuntiva, se debe privilegiar el interés general de la sociedad de proteger la libertad de expresión y, por medio del ejercicio de ella, fiscalizar los actos del poder público. Ese es el sentido, justamente, del discurso especialmente protegido, el cual impone al Estado que se abstenga “de establecer limitaciones a estas formas de expresión, y que las entidades y funcionarios públicos que [forman parte de él], así como quienes aspiran a ocupar cargos públicos, [...] deben tener un mayor umbral de tolerancia ante la crítica”¹⁹⁸. Este se trata de un estándar que está intrínsecamente conectado con el de real malicia, del caso *New York Times vs. Sullivan*, recogido tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹⁹, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁰⁰ y por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas²⁰¹. Y es, además,

¹⁹⁸ Cfr. *Id.*, párr. 40; Corte I.D.H. *Caso “La Última Tentación de Cristo”... Óp. cit.*, párr. 69; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Óp. cit.*, párrs. 152 y 155; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Óp. cit.*, párrs. 125-129; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Óp. cit.*, párrs. 83, 95, 100 y 102; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Óp. cit.*, párr. 86-87; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Óp. cit.*, párrs. 86 y 87; *Caso Kimel vs. Argentina. Óp. cit.*, párr. 88; Corte I.D.H. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Óp. cit.*, párrs. 115 y 122; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Óp. cit.*, párr. 155; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Óp. cit.*, párrs. 83 y 86; *Caso Fontevecchia y D’Amicco vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011*, párrs. 47, 59, 60 y 66.

¹⁹⁹ *Vid.*, entre otros, Corte I.D.H. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Óp. cit.*, párr. 86.

²⁰⁰ CIDH. *Report of the Rapporteur for Freedom of Expression. Special Rapporteur for Freedom of Expression. OEA/Ser.L/V.II.106. April 13, 2000, Chapter II “Assessment of the Situation of Freedom of Expression in the Hemisphere”, Section B, párr. 29. Citado en: CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Óp. cit.*, párr. 39 – 52.*

²⁰¹ *Vid.*, por ejemplo, United Nations Human Rights Committee. *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: Concluding Observations of the Human Rights Committee, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. CCPR/C/GBR/CO/6, 30 July 2008, párr. 25. <http://www.srb.com/wp-content/uploads/2008/08/UN-Human-Rights-Committee-Report-2008.pdf> (acceso: 12/09/2016).*

un estándar que requiere de acciones afirmativas para su real eficacia, como que el Estado garantice la pluralidad en los medios de comunicación para que estas expresiones lleguen a un público y cumplan con las dos dimensiones del derecho a la libertad de expresión.

La doctrina del discurso especialmente protegido se sostiene sobre un conjunto de estándares interamericanos que hacen posible la protección de la opinión política de forma concreta. Uno de los casos más emblemáticos que conoció la Corte Interamericana sobre libertad de expresión, en el que desarrolló su estándar de protección especial a la difusión de contenidos de interés público o sobre figuras públicas, es *Kimel vs. Argentina*. Los hechos son estos: Eduardo Kimel publicó el libro *La Masacre de San Patricio*, en el que critica la actuación de autoridades estatales e incluso judiciales en la investigación del asesinato de cinco religiosos durante la dictadura militar. Un juez aludido inició una denuncia penal contra Kimel por calumnia, que el tribunal cambió por delito de injurias. Kimel fue condenado a cumplir pena privativa de la libertad y a pagar una multa pecuniaria. En la apelación se confirmó la condena, pero se estableció que el delito cometido era calumnia. La Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por la vulneración del derecho a la libertad de expresión de Kimel²⁰², y reiteró la importancia de proteger los discursos que versen sobre figuras públicas²⁰³. Este estándar, fue robustecido en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, en el que la Corte hizo hincapié en la necesidad de precautelarse discursos sobre “[...] la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos [...]”²⁰⁴.

En el caso *Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, la Corte profundizó su doctrina sobre los funcionarios públicos y estipuló, de forma tajante, que

[e]l temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en este caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado

²⁰² Corte I.D.H. *Caso Kimel vs. Argentina*.

²⁰³ *Id.*, párr. 57, 86-94.

²⁰⁴ Corte I.D.H. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. *Óp. cit.*, párr. 115, 121, 122.

evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público²⁰⁵.

Lamentablemente, no en todos los casos la Corte Interamericana ha obrado en el sentido de fortalecer el discurso especialmente protegido, ya que por ejemplo en el caso *Mémoli vs. Argentina*, como mencioné en el segundo capítulo, se sentó un mal precedente y se estableció un retroceso respecto de la doctrina sobre la libertad de expresión al analizar, en su sentencia, la existencia o no de responsabilidad estatal respecto de delitos de opinión que, en determinadas circunstancias, pueden supuestamente ser sujetos a una sanción penal. De hecho, la Corte realiza una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión de Carlos y Pablo Mémoli y el derecho al honor de quienes fueron objeto de denuncias presentadas por ellos, respecto de una estafa relacionada a la compra de nichos de dominio público, y termina decantándose por “[...] proteger a las personas contra ataques abusivos a su honra y reputación”²⁰⁶, pese a que los contratos de compraventa de los nichos habían sido, efectivamente, invalidados judicialmente y a que los hechos daban la razón a los Mémoli. No se aceptó el estándar de discurso especialmente protegido porque las expresiones de los Mémoli no se referían a figuras públicas o a la labor de entes del Estado, pese a que sus denuncias fueron sobre la venta ilegal de nichos de dominio público.

En todo caso, más allá de la interpretación específica que se dio en ese caso y que se pueda dar restrictivamente en otros, el estándar de protección a los discursos que versen sobre figuras públicas y asuntos de interés público, sigue en plena vigencia y debe ser aplicado, sin excepción, al caso de la caricatura política. Sería lamentable que los gobiernos y jueces necesiten esperar que un caso llegue al Sistema Interamericano y que se dicte sentencia, para que se decidan a proteger las expresiones de los caricaturistas y a reconocer el papel fundamental que estos juegan en los sistemas democráticos de nuestros países. En el caso de Ecuador, la protección a la caricatura política, sin duda, puede constituir un mecanismo de verificación democrática. Ya es un espacio de lucha y resistencia de las libertades individuales conculcadas por la arbitrariedad estatal.

²⁰⁵ Corte I.D.H. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*. Óp. cit., párrs. 74.

²⁰⁶ Corte I.D.H. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Óp. cit., párrs. 143.

4 Conclusiones

Al escribir la introducción me planteé la posibilidad de que la discusión sobre la ilegitimidad de las restricciones a la caricatura política era no solo pertinente y actual para este siglo, sino también urgente y necesaria en el marco de las luchas por la preservación, ampliación y garantía de las libertades individuales, conquistas inmensas de la historia humana. Al concluir este ensayo jurídico descubro que hablar seriamente sobre la caricatura política, su condición de discurso especialmente protegido y su vínculo con el sistema democrático, constituye un ejercicio de seres libres. Lo explicaré:

1. La caricatura política es una manifestación gráfica, muchas veces humorística, que descende de la pintura y, específicamente, del retrato. La práctica periodística, por mera lógica, la ha publicado a lo largo de las décadas en las secciones de opinión de los periódicos y revistas, porque ella no constituye un hecho o una información que pueda ser contrastable o verificable. Encarna una creación artística que se sirve de la sátira, la exageración y el humor para realizar una crítica dentro de la discusión sobre asuntos de interés público.

2. Si la caricatura constituye una expresión creativa del ingenio de un dibujante, así como una deformación de la realidad, para su participación en el ámbito periodístico requiere un régimen jurídico que la proteja y la distinga de la información. Ese régimen jurídico es la protección a la opinión, que se deriva del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

3. El mundo de la opinión, y por tanto el de la caricatura, es la subjetividad. La distinción entre opinión e información/hecho es fundamental para la caricatura. Los hechos, a diferencia de la opinión, son verificables y sujetos a pruebas empíricas. Los hechos existen más allá del acuerdo y el consentimiento; la opinión es subjetiva y difiere de persona a persona. Respetar este espacio de subjetividad y autonomía personal es un fundamento del sistema democrático y del Estado de Derecho.

4. La caricatura política constituye una manifestación del derecho a la libertad de expresión, consagrado en varios instrumentos internacionales, la Constitución e, incluso, la LOC. En ese sentido, a ella le son atribuibles las dos dimensiones: el derecho del caricaturista a publicar y difundir sus caricaturas, así como el de la sociedad a recibirlas y buscarlas. Cuando se impide, incluso generando un ambiente de autocensura, la publicación de una caricatura, no sólo se viola la libertad de un dibujante a expresarse sino la de la sociedad en su conjunto.

5. El ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como de otros derechos humanos, puede ser limitado y restringido en casos muy específicos. La caricatura, sin embargo, pertenece a una región de este derecho que no puede estar sujeta a este tipo de restricciones porque, al ser opinión política, participa con una protección especial del debate sobre figuras o funcionarios públicos y asuntos de interés general. Es decir, la caricatura política no puede estar sujeta a responsabilidades ulteriores porque no informa, es una opinión política que participa de un debate amplio y desinhibido. Recordemos que las opiniones políticas son producto del pensamiento y criterio de una persona, no de hechos fácticos o comprobables.

6. En el caso de la caricatura política, no cabe ni siquiera analizar si tiene o no un carácter de ultrajante, ya que atribuir responsabilidad a un caricaturista usando el patrón de lo ultrajante implicaría un inmenso espacio de discrecionalidad de los jueces, en base a sus gustos y opiniones. Además, si la caricatura no relata hechos reales, porque por su género no tiene esa capacidad, sus aseveraciones deben ser consideradas falsas porque no pertenecen al mundo de los hechos reales.

7. Existen discursos excepcionales y descritos taxativamente que no están protegidos y que, en ese sentido, pueden ser objeto de censura previa, como la propaganda de la guerra y la apología del odio que inciten a la violencia, la incitación al genocidio o la pornografía infantil. La caricatura política no puede ser un discurso no protegido ya que por su naturaleza creativa-ficcional y su género gráfico, así como por su carga humorística y su posibilidad de parodia, sátira y crítica social, deja un espacio de ambigüedad y duda, ante el cual no se podría verificar incontrovertiblemente una conducta jurídicamente prohibida. Pretender determinar en una caricatura alguna de esas conductas, implicaría una peligrosa dosis de discrecionalidad.

8. La existencia de un mecanismo administrativo, compuesto por normas y organismos que gozan incluso de facultad sancionadora, que pueda conocer y pronunciarse respecto de caricaturas, constituye un supuesto de vías o medios indirectos de censura. Los casos de Bonil han abierto, no sin el horror de los demócratas, la puerta para que en el Ecuador se le aplique a las caricaturas las mismas exigencias que a las noticias que versan sobre hechos veraces. Hay que mencionar que la LOC concede al poder Ejecutivo una influencia preponderante en el Consejo de Regulación y en la Superintendencia de Información y Comunicación, por cuanto, existe la posibilidad real

de que sus resoluciones tengan una determinada carga inspirada en el poder político. Este tipo de situaciones generan un ambiente de temor e inseguridad que tiene como consecuencia la autocensura.

9. El caso de Bonil ilustra mi teoría de que la caricatura política es un espacio en el que efectivamente se puede verificar la vigencia del sistema democrático. Si en un Estado se ha llegado al punto de que sea legalmente admisible sancionar al humor gráfico, no existe un margen de tolerancia mínimo para la libertad de expresión y, en consecuencia, no hay vigencia plena de un sistema realmente democrático. La caricatura puede resultar ofensiva, pero no coarta los derechos de ninguna persona, por ejemplo, a practicar una religión o a militar en un determinado partido político. La existencia de la caricatura implica un espíritu de apertura y respeto al pensamiento y opiniones ajenas. En una democracia, no sólo se deben proteger los contenidos bien recibidos o inofensivos, sino fundamentalmente aquellos que resultan incómodos y que no son compartidos por la mayoría ni por las autoridades del Estado. Si la caricatura molesta, es parte del ejercicio fiscalizador que ella entraña respecto del Estado y de la participación en los asuntos de interés público. Así se verifica el sistema democrático y la inexistencia de arbitrariedad, miedo e intolerancia en una sociedad.

10. La caricatura política es un discurso público porque participa de la discusión sobre asuntos públicos, y sobre funcionarios y figuras públicas; coaccionarla implicaría censura en desmedro del debate público. Esto no implica que se suprimiría la protección a otros derechos como a la honra, sino que esa protección debe ser coherente con los principios de la pluralidad democrática. Los funcionarios y figuras públicas, cuando deciden participar de la vida pública, se exponen a un mayor escrutinio por parte de la ciudadanía, lo cual es legítimo y saludable para el buen funcionamiento de la democracia porque fomenta la transparencia. En ese sentido, están obligados a un amplio umbral de tolerancia y a aceptar las opiniones que su actividad pública genere, precisamente porque administran una esfera de la vida que a todos nos incumbe e involucra. Todo conflicto jurídico entraña la ponderación de derechos en disputa. Entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra, debe prevalecer el primero porque es un derecho cuya vigencia está conectada con la vigencia del sistema democrático y, en consecuencia, con la protección a todos los demás derechos. Debe

imperar, entonces, el interés general de la sociedad de proteger la libertad de expresión, frente al interés individual.

11. La caricatura política no puede ser sujeta a restricciones porque en ella se corrobora que en una sociedad existe y está vigente la libertad de expresión y, por tanto, un sistema democrático que respeta y garantiza las libertades individuales. Toda restricción que se pretenda imponer a la caricatura es ilegítima y atenta contra el fundamento mismo de la democracia plural y el Estado de Derecho.

Cuando inicié este ensayo pensé que la caricatura política constituía una región sin cartografiar, al menos minuciosamente, en los estudios jurídicos sobre el vínculo entre el derecho a la libertad de expresión y la democracia. En el fondo, mi intento tenía que ver con comprender el verdadero significado de la masacre a los caricaturistas de *Charlie Hebdo*. Durante años, el violento asedio del correísmo contra Bonil me advertía que la caricatura política podía ser un instrumento para estudiar la democracia ecuatoriana y analizar su estado de salud. Hoy estoy convencido de eso. Pero quizá la caricatura política es mucho más. Si en algún punto de este siglo, la intolerancia, el desprecio a las ideas ajenas y los extremismos le llegaran a ganar la partida a los principios de la democracia plural, quizá la caricatura política se convierta en el último frente de resistencia para la libertad. Y, lo que es más significativo, creo que la caricatura política ya constituye el último espacio en que el humor encarna con implacable lucidez la naturaleza libre de la condición humana.

5 Bibliografía

- Arce González, Jorge. *Las mascotas gráficas: una imagen de identidad*. México: Universidad de Guadalajara, 2004.
- Hannah Arendt. *Between Past and Future; sine nomine et sine loco*. Penguin Books, 2006.
- Asociación por los derechos civiles. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Asociación por los derechos civiles, 2008
- Barbieri, Daniel. *Los lenguajes del cómic*. Barcelona: Paidós, 1996.
- Berlin, Isaiah. *La libertad positiva frente a la libertad negativa*, Madrid, Alianza Editorial, 2004.
- Bobbio, Norberto. *L'età dei diritti*. Reimpresión. Turín: Einaudi , 1997.
- Botero, Catalina. Carta a Ricardo Patiño, Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Ecuador. Washington D.C., 28 de junio de 2013.
- Briceño, Claudio A. Claudio A. Briceño. “La prensa y la caricatura como fuente de información en el proceso educativo”. *Revista de Teoría y Didáctica de las Ciencias Sociales*. Mérida (Venezuela): 2005, No. 10 (Enero – Diciembre).
- Eco, Umberto. *Tratado de semiótica general*. México: Random House Mondadori, 2005.
- García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México DF: Comisión de Derechos Humanos el Distrito Federal, 2007.
- Gombrich, E.H. “El experimento de la caricatura”. *Arte e ilusión*. Editorial Gustavo Gili, S. A., Barcelona, 1979.
- Gubern, Rumán. *La mirada opulenta, exploración de la iconografía contemporánea*. Barcelona: Gustavo Gili, 1994.
- Huerta Guerrero, Luis. *Libertad de expresión y acceso a la información pública*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2002.
- Melo Cevallos, Mario (coord.). *La nueva Ley de Comunicación y su Aplicación para el Ejercicio Periodístico y el Derecho a la Libertad de Expresión en el Ecuador (Serie Investigación No. 6)*. Quito: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Jurisprudencia, PUCE.
- Nietzsche, Friedrich. *El nacimiento de la tragedia o Grecia y el pesimismo*. Madrid: El Libro de Bolsillo, Alianza Editorial, 1991.
- Novak Talavera, Fabian. “La Declaración Universal de Derechos Humanos Cincuenta Años Después”. *Revista Agenda Internacional* Vol. 4, Núm. 10 (1998).
- O'Donnell, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*. México DF: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012.

- Pedrazzinni, Ana. *Dos presidentes bajo la mirada del dibujante satírico: el caso de la caricatura política y sus recursos en dos producciones de Francia y Argentina*. Buenos Aires: Antítesis, 2012.
- Ponce Martínez, Carlos F. “La Declaración Universal de Derechos Humanos. Naturaleza Jurídica y Aplicación por los Órganos Jurisdiccionales Internos”. *Anuario de la Facultad de Derecho* (2001-2002) (19-20).
- Post, Robert C. “El concepto concepto de discurso público: opinión ultrajante, deliberación democrática y Hustler Magazine c/Falwell”. *El Estado frente a la Libertad de Expresión*. Mario Bravo (ed). Buenos Aires: Fundación Universidad de Palermo, 2011
- Post, Robert C. “The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution”. Yale Law School, Faculty Scholarship Series, Paper 217.
- Schopenhauer, Arthur. *El mundo como voluntad y representación*. Barcelona: Folio, Biblioteca de Filosofía, 2001.
- Smolla, Rodney A. *Emotional Distress and the First Amendment: An Analysis of Hustler v. Falwell*. Yale Law School, Faculty Publications. Paper 867, 1988.

Bibliografía electrónica:

- Aristóteles. *Poética*.
http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/libros./A/Aristoteles%20-%20Poetica.pdf (acceso: 30/09/2016)
- Bertoni, Eduardo. *Estudio sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas*.
http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf (acceso: 2/10/2016)
- Blanco, Juan Carlos. *La perpetua condena a muerte de Rushdie*.
<http://blogs.elpais.com/fondo-de-armario/2014/02/la-perpetua-condena-a-muerte-de-rushdie.html> (acceso: 26/10/2016)
- Botero, Catalina. *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*.
http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDLE.html (acceso: 26/10/2016)
- Constante, Soraya. *El humor es el antídoto del miedo*.
http://internacional.elpais.com/internacional/2014/02/13/actualidad/1392329514_882976.html (acceso: 17/09/2016)
- El Comercio. *Bonil fue sancionado por la Supercom*.
<http://www.elcomercio.com/actualidad/bonil-sancionado-supercom-agustindelgado.html> (acceso: 26/10/2016)
- El Comercio. *Candidatos Correa y Glas piden réplica a El Universo*.
<http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/candidatos-correa-y-glas-piden.html> (acceso: 25/09/2016)
- El Comercio. *Supercom remitió a la Fiscalía el expediente del caso Bonil*.
<http://www.elcomercio.com/actualidad/supercom-fiscalia-expediente-caso-caricaturista.html> (acceso: 26/10/2016)

- El Mundo. *El Papa dice que era de ‘esperar’ un ataque como el de Charlie Hebdo*. <http://www.elmundo.es/internacional/2015/01/15/54b7bf28e2704e781c8b4584.html> (acceso: 26/10/2016)
- El País (España). Catalina Botero: “El Ecuador, es tras Cuba, el país más restrictivo en libertad de expresión”. http://internacional.elpais.com/internacional/2014/07/26/actualidad/1406330612_575671.html (acceso: 17/09/2016)
- El Universo. *Rafael Correa vs. El Universo (2da. Parte)* <http://www.eluniverso.com/2011/07/20/1/1355/sentencia-juicio-rafael-correa-contr-universo.html> (acceso: 25/09/2016)
- El Universo. *Supercom sancionó a EL UNIVERSO y Bonil*. <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/02/01/nota/2116886/supercom-sanciono-universo-bonil> (acceso: 1/08/2016)
- El Universo. *Superintendente Ochoa complacido con rectificación de caricatura de Bonil*. <http://www.eluniverso.com/noticias/2014/02/05/nota/2142346/superintendente-ochoa-complacido-rectificacion-caricatura-bonil> (acceso: 2/08/2016)
- Fundamedios. *Pedidos de rectificación y réplica: el mecanismo favorito de los funcionarios estatales para imponer su verdad*. <http://www.fundamedios.org/pedidos-de-rectificacion-y-replica-el-mecanismo-favorito-de-los-funcionarios-estatales-para-imponer-su-verdad/> (acceso: 12/09/2016)
- Fundamedios. *Presidente-candidato obliga a diario El Universo a disculparse por caricatura*. <http://www.fundamedios.org/alertas/presidente-candidato-obliga-diario-el-universo-disculparse-por-caricatura/> (acceso: 26/10/2016)
- La República EC. El director de “Charlie Hebdo” y otros tres dibujantes entre los doce muertos. <http://www.larepublica.ec/blog/gente/2015/01/07/el-director-de-charlie-hebdo-y-otros-tres-dibujantes-entre-los-doce-muertos/> (acceso: 26/10/2016)
- Read, Max. “What is Charlie Hebdo? The Cartoons that Made the French Paper Infamous. *Gawker*”. <http://gawker.com/what-is-charlie-hebdo-and-why-a-mostly-complete-histo-1677959168> (acceso: 24/09/2017)

Plexo Normativo

Ecuador:

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

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

Extranjera:

Carta de la Organización de Estados Americanos (1951).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1967).

Constitución de los Estados Unidos de América. (1787).

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000).

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Jurisprudencia

Ecuador:

Corte Constitucional de Ecuador. Sentencia 003-14-SIN-CC, Caso No. 0014-13-IN y acumulados No. 0023-13-IN y 0028-13-IN, de 17 de septiembre del 2014.

Superintendencia de Información y Comunicación. Resolución No. 001-DNGJPO-INPS. Trámite 002-INPS-DNJPO-SUPERCOM-2014.

Superintendencia de Información y Comunicación. Resolución No. 009-2015-DNJRD-INPS. Trámite 0129-2014-INPS-DNJRD.

Superintendencia de Información y Comunicación. Resolución No. 020-2015-DNJRD-INPS, Trámite No. 012-2015-INPS-DNJRD.

Extranjera:

CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2014*, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 9 de marzo de 2015.

CIDH. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2015*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2015.

CIDH y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. 30 de diciembre de 2009.

Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.

Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74

Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

Corte IDH. *Caso "La última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Sentencia de 1º de febrero de 2006. Serie C No. 141

Corte IDH. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Sentencia de 22 de agosto de 2013.

- Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C, No. 135.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111.
- Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009.
- Corte IDH. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre del 2009.
- Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas*. Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 50.
- Corte Suprema de EE.UU. *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell*, 485 U.S. 46, sentencia del 24 de febrero de 1988.
- Corte Suprema de EE.UU. *Boos v. Barry*, 485 U. S. 312 (No. 86-803), sentencia del 9 de noviembre de 1987.
- Corte Suprema de EE.UU. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, sentencia de 20 de mayo de 1940.
- Corte Suprema de EE.UU. *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, sentencia de 20 de abril de 1983.
- Corte Suprema de EE.UU. *Consolidated Edison Co. V. Public Service Commission*, 447 U.C. 530, sentencia de 20 de junio de 1980.
- Corte Suprema de EE.UU. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, sentencia de 25 de junio de 1974.
- Corte Suprema de EE.UU. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, sentencia de 9 de marzo de 1964.
- Corte Suprema de EE.UU. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (No. 88-155), sentencia de 21 de junio de 1989.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Handyside v. Reino Unido*. Resolución de 7 de diciembre de 1976.
- United Nations Human Rights Committee. *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: Concluding Observations of the Human Rights Committee, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. CCPR/C/GBR/CO/6, 30 July 2008, párr. 25.