Estándares interamericanos de derechos humanos enfocados en la libertad de expresión

María Dolores Miño[1]

Introducción

Muchísimas gracias, Vladimir (Vladimir Andocilla, coordinador general de Promoción de Derechos del Consejo de Comunicación); también, Jeannine (Jeannine Cruz, presidenta del Consejo de Comunicación), quiero agradecerte. Hace un par de días tuvimos una reunión en la oficina de Jeannine y conversábamos respecto de la necesidad de que quienes somos parte de la academia y la sociedad civil nos involucremos en el trabajo de las instituciones públicas. Nuestro trabajo no necesariamente tiene que estar reñido con el de ustedes sino que, por el contrario, creo que todos caminamos hacia la misma meta: trabajar por el respeto, por la vigencia de los derechos humanos como es el caso de ustedes; por ejemplo: velar porque la libertad de expresión se ejerza dentro de los parámetros establecidos, dentro de la Constitución; sin atropellar los derechos de terceros pero, a la vez, que ese control no sea tan excesivo que se vuelva en sí mismo un mecanismo de disuasión del ejercicio de libertad de expresión. Y es así como cuadramos este curso.

En el ámbito de mi trabajo, como especialista en derechos humanos, he tenido experiencia en temas que tienen que ver con

1 Master en Leyes por el International Legal Studies Program de la American University Washington College of Law (USA); Abogada con especialización en Relaciones Internacionales por la Universidad San Francisco (Ecuador). Ha ocupado cargos de dirección, investigación y jurisprudencia en entidades nacionales e internacionales como: Observatorio de Derechos y Justicia, Planned Parenthood Global/ Fundación Desafío, Fundamedios, Secretaría Nacional del Migrante, Misión Permanente de la OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Además, ha sido docente de varias universidades dentro y fuera del país; ha publicado varios documentos y ha formado parte de equipos de investigación relacionados a derechos humanos, libertad de expresión y otros.

la libertad de expresión. Yo siempre he dicho que ese es uno de mis derechos favoritos porque le he dedicado mucho tiempo de mi experiencia a esto y, por ello, sé que trabajar en el ámbito de la regulación de la comunicación en el ejercicio de la libertad de expresión no es fácil porque nos vemos enfrentados a situaciones donde, usualmente, este derecho esta colisionando con otros que pueden ser: el derecho al honor, el derecho al buen nombre; en nuestra Constitución, que es tan basta, podemos estar hablando de derechos de minorías de colectivos, etc.

Estamos frente a un ejercicio de *honoris causa* y ese ejercicio difícil les tocó a ustedes y yo les admiro mucho porque -yo a veces veo los casos- no es algo que se puede resolver en un parpadeo. Para muestra un botón: lo que pasó el fin de semana con el medio La Posta, con el programa de La Posta XXX; no es un debate fácil porque, por un lado, creo que el sentido común nos llama a que sí, aquí se están pasando estos señores, no parecería ser muy compatible con una sociedad democrática que a un enemigo político se lo saque con un tiro al blanco y se le empiece a lanzar dardos y que se use la palabra "campesino" como un término peyorativo; eso creo que a todos nos hizo un montón de ruido pero, vuelvo a lo otro que ya fue el otro extremo, con personas que decían "es que tenemos que meterles presos", entonces tenemos un balance muy delicado que hacer.

La idea de este pequeño taller que voy a dictarles hoy es, primeramente, contarles de qué va este derecho de libertad de expresión a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos, cómo nosotros, como sociedad, podemos hacer un control que sea compatible con la Convención porque controlar el posible ejercicio abusivo de la libertad de expresión se permite y se debe hacer por parte del Estado y, finalmente, voy a abrir el micrófono para que ustedes me cuenten sus experiencias relevantes alrededor de su trabajo y sobre todo me hagan preguntas, porque a mí me interesa muchísimo poder absolver algunas dudas y, de esta manera, aportar en su trabajo en la medida de lo que yo pueda.

¿Qué es el derecho a la libertad de expresión?

María Dolores Miño: Ustedes deben saber esto mejor que yo: ¿qué es el derecho a la libertad de expresión? Y la otra pregunta: ¿cómo está regulado este derecho en nuestra Constitución?

Raúl Cabanilla: Para mí, el derecho a la libertad de expresión es el derecho que yo tengo como ciudadano para poder expresarme libremente; siempre y cuando se enmarque dentro de los estándares permitidos para, no abusar de ese derecho que tengo y vulnerar los derechos de los demás; yo me expreso, ahora mismo, a través del habla.

María Dolores Miño: ¿Cuáles son las formas a través de las cuales uno se puede expresar? ¿Solo hablando? ¿Solo escribiendo en periódicos? ¿Cómo más podría yo expresarme?

Fernanda Espinoza: De forma artística.

María Dolores Miño: Correcto. ¿Cuándo estamos hablando de una manifestación de libre expresión? En todo. Incluso, la forma como yo me visto es un ejercicio de libertad de expresión. Entonces, lo primero que tenemos que saber es que el derecho a la libertad de expresión tiene dos dimensiones -y esto es muy importante- porque el derecho a la propiedad no tiene una doble dimensión; por ejemplo, este esfero es mío y es mío; pero, en el caso del derecho a la libertad de expresión, estamos hablando de un derecho que tiene dos dimensiones: una dimensión individual y una dimensión social, y el trabajo de ustedes está en establecer un justo balance entre estas dos.

Dimensiones de la libertad de expresión

¿Qué estamos diciendo en esta dimensión individual? Es un derecho que se ejerce de carácter personal. Yo, María Dolores Miño, en este momento, ejerzo mi libertad de expresión hablándoles a ustedes; pero, además, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-585, que el

derecho a la libertad de expresión tiene una dimensión individual, pero, también, una dimensión social.

¿Cuál es esta dimensión social? Es el derecho que tiene toda la ciudadanía, el colectivo en general, de buscar y recibir información; es decir, como ciudadana tengo que poder elegir, si veo La Posta o si veo Teleamazonas; si es que leo el Extra o si es que leo El Comercio: yo debo tener esa posibilidad. Además, este ejercicio de la dimensión social implica que, como el derecho a la libertad de expresión es dar, buscar y recibir información, cuando yo recibo información a la luz de esta dimensión social del derecho a la libertad de expresión, también, estoy ejerciendo mi libertad de expresión con lo cual, ha dicho la Corte Interamericana en varios casos, el hecho de que exista una limitación excesiva y anticonvencional al ejercicio de la libertad de expresión en su dimensión individual usualmente, también, tiene un impacto en esta dimensión social.

¿Por qué? Porque si mañana, por ejemplo, cierran diario El Universo hay una afectación a los dueños, editores y directores de ese diario: esa sería la afectación de la dimensión individual; pero, también, hay una afectación a las personas que leían el diario El Universo, o su dimensión social. Entonces, ¿a qué quiero llegar con este primer punto? Cuando ustedes, en el ámbito de sus funciones, se ven obligados a imponer sanciones -se lo puede hacer- tienen que pensar no solo en cuál va a ser el impacto de estas decisiones en el ejercicio individual del derecho a la libertad de expresión con respecto al sancionado sino y, sobre todo, si es que existe un impacto en cuanto a la dimensión social del ejercicio de ese derecho.

Si yo cancelo La Mofle (un programa que, a mi criterio, es bastante machista, exacerba estereotipos de género y, además, promueve la violencia) tendría que pensar: “OK, si bien, estoy coartando la libertad de expresión a David Reinoso también, estoy impactando en el ejercicio social de la libertad de expresión de todas las personas que, a diferencia de mí, sí pueden gustar de La Mofle” porque, sin duda, hay personas a quienes les puede gustar; posiblemente, a alguno de ustedes les agrada y eso es respetable.

¿Qué implica el derecho a la libertad de expresión?

Implica no solamente hablar y publicar noticias; implica: dar, buscar y recibir información, ideas y opiniones. Entonces, tenemos un paraguas muy amplio: no solo tengo derecho a recibir información u opiniones sino, también, tengo derecho a buscar; por eso, hay los Organismos, las Relatorías. Por ejemplo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas ha emitido informes con respecto a China, porque en ese país -ustedes saben que tienen los servidores de internet bloqueados- no les impiden necesariamente hablar, aunque yo creo que sí lo hacen pero, no les permiten buscar y en ese impedimento de buscar, también, se configura una violación al derecho de libertad de expresión. Dos dimensiones: una individual y una social: dar, buscar y recibir información y, ahora, cuando hablamos acerca de expresiones, generalmente, pensamos en periodistas. Pero, en realidad, ustedes y yo ejercemos la libertad de expresión todo el tiempo. Yo estoy ejerciendo mi libertad de expresión en este momento; ustedes, si me están escuchando, también, lo están haciendo o podrían no estarlo: podrían estar mirándome pensando en otra cosa y, también, estarían ejerciendo ese derecho, no deberían hacerlo pero, sí lo pueden hacer y yo no podría decirles: “se van a la cárcel por no escucharme”.

Tipos de expresión

La caracterización del discurso que estamos analizando es importante porque hay diferentes tipos de discurso, de expresiones y a la luz de esas diferencias es que vamos a realizar un tratamiento y una protección distintos.

En primer lugar, decíamos que la libre expresión no se refiere solo a la información que emiten los medios de comunicación. En

este caso, se trata de un ejercicio de la libertad de expresión de forma remunerada. Así lo ha dicho la Corte Interamericana en su CO585: no solamente estamos hablando de información, y es aquí cuando mucha gente se pierde porque los medios de comunicación no solamente informan; es decir, la información, por su naturaleza, es una forma de expresión que tiene un carácter más neutro y más objetivo: si yo voy a informar sobre algo que voy a transmitir (una situación que está, de hecho, respaldada con algún tipo de investigación y que puede ser verificada y contrastada), eso es información, ese es el contenido de información.

Este contenido "información", por su naturaleza, debería estar sometido a un test más riguroso para que cumpla un estándar aceptable -si ustedes quieren- del ejercicio de libertad de expresión. Esto quiere decir que, si yo voy a emitir algo como una información, tiene que estar contrastada, verificada, y, si se trata de información que involucra a dos partes o dos personas que se contradicen, mirar la otra versión.

New York Times contra Sullivan

En EE.UU. hay un caso muy famoso de la Corte Suprema de Justicia de ese país, que es el caso New York Times contra Sullivan. Este es uno de los casos emblemáticos a escala mundial en materia de libertad de expresión.

Este caso surge en la década de los 50's, más o menos, cuando, en ciertos Estados de EE.UU., se producían una serie de disturbios por parte de los movimientos de reivindicación de los derechos de los afroamericanos y, esta situación es algo similar a lo que ocurrió en octubre del 2019, en Ecuador, en el sentido en que había una revuelta de una protesta pública.

En EE.UU., el *sheriff* de un condado sacó a sus policías e incurrió en actos de abuso de fuerza pública, hechos que fueron publicados en un periódico. El *sheriff* demandó, penalmente, al periódico y al autor del artículo argumentando que se está mintiendo porque el periodista no puede comprobar que él dio la orden para que salgan los policías. Se inicia, entonces, un proceso penal que, eventualmente, se eleva a escrutinio de la Corte Suprema de Justicia que, también, tiene funciones constitucionales como nuestra Corte Constitucional y se realiza un análisis a la luz de la primera enmienda, con el objetivo de analizar si esta restricción que se le había puesto al diario New York Times era consistente y compatible con la Primera Enmienda.

Lo que dice la Corte Suprema de Justicia es precisamente eso: cuando estamos frente a información, se requiere, necesariamente, de un trabajo más riguroso por parte del periodista; el periodista tiene que contrastar, tiene que verificar. Ahora, para determinar si estamos frente a un uso abusivo de la libertad de expresión en el contexto de la información, no podemos exigirle, necesariamente, al periodista que verifique, en un cien por ciento, que, lo que está diciendo es verdad porque, a veces, no se puede.

Yo siempre pongo el ejemplo del caso del feriado bancario porque considero que es el caso que más fibras sensibles nos mueve a nosotros, los ecuatorianos: se empieza a investigar a partir de una denuncia de un periódico –creo que fue El Comercio- donde había una fuerte suposición de que se estaba procediendo de forma irregular con el dinero de los ahorristas en la banca privada pero, no había certeza porque ¿cuál era el objetivo de esa investigación? activar la maquinaria judicial de tal suerte que se investigue y saber qué mismo pasaba; entonces, no necesariamente se debe comprobar, cien por ciento, lo que se está diciendo/publicando; pero sí, se debe contar con fuertes indicios al respecto. Y esto es, justamente, lo que estableció la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. en el caso New York Times contra Sullivan.

En ese caso se deja de manifiesto que no se puede obligar al periodista a cumplir con un estándar riguroso de verdad. Antes de esta sentencia, si el periodista no podía probar que su información era cien por ciento veraz, se le aplicaban sanciones punitivas. A las autoridades, no al periodista, es a quienes les corresponde demostrar si, efectivamente, eso es verdad, si, efectivamente, una persona es corrupta o si cometió algún tipo de delito; el periodista es quien activa la maquinaria de la opinión pública de cara a que se empiece a investigar.

En el caso New York Times contra Sullivan se estableció el primer estándar: se desecha la excepción militar; es decir, el periodista ya no está obligado a probar cien por ciento que lo que dice es verdad; pero se establece un nuevo estándar que es el estándar de la real malicia.

El estándar de la real malicia determina que, para establecer responsabilidades ulteriores a un periodista, se tienen que verificar sus actuaciones; es decir, si el periodista actuó de mala fe, si no contrastó ni verificó la información, si de mala fe elaboró un artículo que sabía que era falso; ahí y solo ahí, el periodista no ha superado este estándar de la real malicia y podría ser sancionado: esto en el ámbito de la información.

Caso El Universo

En periodismo, no se elabora solo información, sino, también, opiniones: los artículos de opinión.

Respecto del famoso caso del diario El Universo: ya hubo, hace algunas semanas, una audiencia pública ante la Corte Interamericana; yo estoy cien por ciento segura que la Corte Interamericana va a determinar la responsabilidad internacional de Ecuador. Para esto, ¿adivinen a quiénes nos va a tocar pagar estas indemnizaciones? a nosotros. Por eso, su trabajo es muy importante: para no generarnos estos gastos innecesarios a la ciudadanía.

¿Qué pasó en el caso del diario El Universo? Emilio Palacio, editorialista de ese periódico, escribió un artículo en la sección de Opinión (que es un tratamiento distinto del que se realiza en el campo de la información). Él escribió algo que, a mi criterio, es un poco exagerado y un poco de falta a la verdad: él decía que en el contexto del 30s (me voy a reír porque es un absurdo) se habían cometido crímenes de guerra porque, acuérdense ustedes, que se enfrentaron las fuerzas especiales contra los policías insurrectos rescatándole al presidente de ese entonces, Rafael Correa y ahí, en ese intercambio de balas, algunos murieron.

El error de Emilio Palacio, en realidad, fue entender esos hechos como una activación del derecho de lesa humanidad, lo cual es falso; y, a partir de esa incorrecta caracterización, decir que Correa era criminal de guerra, lo cual sí era un absurdo, jurídicamente hablando. Pero Emilio Palacio no estaba "informando", Emilio Palacio estaba "opinando" y, en el ámbito de la opinión, era perfectamente posible que él entienda o que él opine respecto de los hechos del 30s: era su opinión, con la que yo no suscribo, y casi me caí de espaldas cuando leí eso y dije: "¡Dios mío, como puede decir eso!" -no porque es banal y critique a Correa- pero, "¿cómo dice eso?"

Entonces, el señor (Rafael Correa) que tenía las fibras extremadamente sensibles, demandó a Emilio Palacio y al diario El Universo; les siguió un proceso penal donde se inventaron todas estas figuras de corresponsabilidad solidaria y un montón de cosas, que nos trajeron hasta el caso que está aquí. ¿Cuál es el problema en este caso? Simplemente, que no estamos hablando de información; las opiniones, por su naturaleza, son de carácter subjetivo. Por lo tanto, jamás pueden estar ni sometidas a una prueba de verdad, ni sometidas a un estándar de verificación o de rigurosidad. Yo puedo tener opiniones desprolijas; de hecho, yo tengo opiniones desprolijas todo el tiempo pero, son mis opiniones y, a menos que se esté engañando al lector, al televidente o al radioescucha, se tiene que saber que se está frente a una opinión.

Discurso protegido

La opinión, generalmente, y lo ha dicho la Corte Interamericana en el caso Usón Ramírez contra Venezuela, no puede ser objeto, nunca, de responsabilidades ulteriores, porque no se puede sancionar a una persona por sus opiniones.

¿Cómo se establecen las opiniones o qué tipo de opiniones se protegen? Voy a poner un ejemplo: hay días en los que estoy de buen humor y digo: "yo no estoy de acuerdo. Me parece que La Posta ha hecho un ejercicio abusivo de la libertad de expresión". Esta es una opinión muy correcta, así me han dicho algunos; pero, hay días que estoy de muy mal humor y digo: "esos son unos pendejos; por favor, que alguien haga algo con esos pendejos". Las dos son opiniones: la una es neutra y la otra es muy cargada emocionalmente, lo que puede chocar a algunas personas. Desafortunadamente, en el ámbito de la libertad de expresión, ambas opiniones se protegen.

La forma cómo se expresa una idea también se protege. Yo puedo elegir expresarme de manera más correcta o de manera un poco más fuerte, esa diferencia no existe a la hora de establecer una protección. Entonces, el hecho de que alguien diga algo de manera fuerte, incluso si se trata de un funcionario público (a través de decirle incompetente o utilizar un insulto) es protegido bajo el estándar de libertad de expresión.

Las opiniones se protegen y, también, se protegen las formas de expresar esas opiniones. Ahora bien, ustedes dirán ¿qué pasa con la honra de las personas? En estos casos, la Corte Interamericana ha establecido el estándar sobre el tipo de discurso: los discursos especialmente protegidos. Todas las formas de expresión, ha dicho la Corte Interamericana, tienen una protección al inicio ¿Qué quiere decir eso? Por regla general, todo, en principio, se protege. Ya veremos después si existen responsabilidades ulteriores o no, pero toda forma/tipo de expresión, en principio, se protege al inicio.

Ahora bien, hay discursos que, por su naturaleza, gozan de una protección reforzada, están más protegidos. Veámoslo de esta manera: las expresiones, las ideas, la libertad de expresión, como tal, tiene una protección desde su inicio; esto quiere decir que, desde el comienzo, todas están revestidas de esta protección pero, hay ciertos discursos que tienen una protección reforzada, y son aquellos que se refieren a asuntos de interés público; es decir, los que tienen que ver con funcionarios o instituciones públicas y que, además, pueden estar relacionados con asuntos que se vinculan al ejercicio o diligencia de los derechos humanos.

Ahora bien, ¿cuándo tenemos un discurso especialmente protegido? Cuando aborda temas que son de interés público. Generalmente, se refiere a todo lo que tiene que ver con la administración pública; es decir, yo, como ciudadana, en el contexto de una democracia tengo el derecho legítimo de fiscalizar los actos del poder público; se trata de un ejercicio sustancial en una democracia, el hecho que nosotros, los ciudadanos, podamos criticar, exigir, opinar y solicitar información con respecto a lo que hacen los funcionarios públicos.

Veamos un ejemplo: Diego Oquendo se benefició de la vacuna de manera anticipada. Él no es un funcionario público; sin embargo, es de interés público saber sobre las irregularidades en el proceso de vacunación en Ecuador. A esto se le denomina "discurso especialmente protegido". Entonces, el primer discurso especialmente protegido es aquel que tiene que ver con asuntos de interés público.

El segundo discurso protegido es el establecido por la Corte Interamericana en el caso Yatama contra Nicaragua: se protege el discurso que tenga que ver con expresiones y manifestaciones culturales. En el caso Yatama ocurrió lo siguiente: a un líder político indígena privado de libertad se le negó la posibilidad de hablar en su propio idioma dentro de la cárcel. La Corte Interamericana determina que la posibilidad de expresarte en tu propia lengua es un discurso especialmente protegido.

El tercer discurso protegido es aquel que tiene que ver con el ejercicio de los derechos humanos. En el caso Usón Ramírez contra Venezuela, el general retirado Francisco Usón Ramírez invitado a un programa de opinión, en respuesta al comentario emitido por la periodista del programa referente a tres personas que resultaron muertas en un cuartel militar, a causa de lanzallamas (que es un arma que solo existía en los cuarteles), según la autopsia, manifestó ser retirado, pero asumió que, por el tipo de quemaduras, se trataba de lanzallamas, e infirió que la muerte fue provocada, intencionalmente, por alguien del cuartel. A causa de estas declaraciones, el señor Usón Ramírez fue procesado penalmente bajo el Código Orgánico Militar de Venezuela por el delito de injuria grave a las Fuerzas Armadas.

Este caso se eleva, en el año 2012, y se resuelve en la Corte Interamericana. Este fue un año muy especial para mí porque yo lleve este caso cuando trabajaba en la Comisión. Lo interesante de este caso es que, según la Corte Interamericana, un discurso que hable sobre la protección de los derechos humanos, también, es un discurso protegido.

El último discurso especialmente protegido es aquel que tiene que ver con la política y, cuando hablo de discurso político, no solo me refiero al discurso político que puede haber en Políticamente Correcto (programa de TV) entre el político A y el político B; también, la Corte Interamericana ha establecido una protección reforzada al discurso político que se emite especialmente en el contexto electoral.

En el contexto de un proceso electoral, los discursos que tienen que ver con el proceso en sí o con los candidatos están revestidos de una protección especial. Hay un caso muy interesante de la Corte Interamericana, me parece que es Ricardo Canese frente a Paraguay y ocurrió en el siguiente contexto: un político llama “corrupto” y “ladrón” al otro, que, también, está contendiendo para las elecciones, y el otro emplea una acción penal. La Corte Interamericana define el discurso político como especialmente protegido porque ambos estaban en el contexto de un

proceso electoral, en el marco de unas elecciones. Tanto la prensa, como la ciudadanía, pueden (en el contexto de este debate político) hacer denuncias sin que eso implique una afectación a la moral.

Entonces, los discursos relacionados con funcionarios e instituciones públicas, los que tienen que ver con los derechos humanos, aquellos que se dan en el contexto de las elecciones y los discursos que tienen que ver con la utilización o expresiones a través del propio idioma se consideran, por parte de los órganos asistentes de la Corte Interamericana, como especialmente protegidos.

Pero, resulta que los funcionarios públicos, también, son personas. Si yo fuera funcionaria pública a mí me criticarían; seguramente, a ustedes les critican todo el tiempo y los funcionarios públicos aquí en Ecuador (también ha ocurrido en Perú, en Colombia y en otros países de la región) dicen: "pero nosotros, también, somos personas y tenemos derecho al honor". ¡Por supuesto que tienen derecho al honor! y ese derecho nunca ha sido negado y es obligación del Estado cautelarles.

¿Alguno de ustedes está aquí porque le pusieron una pistola en la cabeza? ¡No!; Tal vez, alguno de ustedes quiere cambiarse de trabajo y darle un giro a su vida pero, nadie está aquí obligado, ¿o sí? Pero, en todo caso, a ninguno de nosotros nadie nos obliga a ser funcionario público.

Vamos a ver: las personas que deciden ser candidatos presidenciales, o candidatos a asambleístas o alcaldes, ¿quién les obliga? nadie les obliga, ellos se han sometido voluntariamente a un escrutinio público. Las personas que asumen una función pública, se ven expuestas a un nivel mayor de análisis, a un nivel mayor de crítica e, incluso, de opiniones, que no siempre son de su agrado.

En este caso, ha dicho la Corte Interamericana y también lo ha dicho la Corte Europea, el derecho a la libertad de expresión protege, incluso, expresiones y opiniones que chocan, que ofen-

den, que perturban y que molestan. El funcionario público está sometido, entonces, a un nivel de escrutinio más elevado y tiene que tolerar este tipo de expresiones, las expresiones feas, las expresiones chocantes, las caricaturas.

Esto era algo que nosotros repetíamos mucho durante el correismo porque al señor (en referencia al ex presidente de la República, Rafael Correa) no había como decirle nada: a todos los quería mandar presos, a todo el mundo; y, sí, su derecho al honor no se niega -y la Corte Interamericana ha dicho muchas veces que no se está negando el derecho al honor del funcionario público- sino que aquí se trata de dos bienes jurídicos que están en coalición: el derecho a la libertad de expresión versus el honor y la honra de alguien que se ha sometido voluntariamente a ese escrutinio.

En los casos normales, típicos: el típico caso donde, por ejemplo, un columnista dice que el Presidente es un incompetente; en ese caso, sin desconocer el hecho a la honra, se va a privilegiar lo que más fortalezca los pilares básicos de una democracia; y, lo que fortalece la democracia, es un debate vigoroso, es un debate amplio, es un debate donde se le permite al ciudadano criticar las gestiones del poder público. Pero no es que se le desconoce el honor, ni se afirma que los funcionarios públicos no tienen honor; claro que tienen y, en ciertos casos (porque este es un análisis que se hace caso por caso) podría, ha dicho la Corte Interamericana, caber sanciones, incluso, penales. La Corte ha dicho, en ciertos casos, podría caber, pero, regularmente, no; regularmente, el funcionario público tiene que tolerar el escrutinio público.

El tema del linchamiento mediático apuntaba, precisamente, a impedir que se critique al funcionario público y, si el funcionario público roba, generalmente lo dice El Comercio, El Universo, La Posta, GK. Entonces, esta réplica ya se entendía como linchamiento mediático, que tendría sentido para protegerles a ustedes porque no son personas de alto perfil público, para protegerme a mí que soy ciudadana; pero, no a una alta autoridad pública y mucho peor, elegida por el voto popular.

Entonces, esto es importante, el funcionario público se somete a un mayor nivel de escrutinio público porque nadie le obligó a serlo y esos discursos que no le van a gustar, que le chocan, ofenden y perturban son, también, protegidos de manera reforzada incluso por el derecho a la libertad de expresión.

Sobre la censura

La censura no se permite nunca. Solo hay un caso que, por excepción, se permite y es el de los espectáculos públicos en razón de los derechos de protección de la infancia y la adolescencia. Entonces, es legítimo que exista un comité que mire las películas que se van a pasar en los cines y que ese comité decida si es para niños o para adultos e incluso, decidir que si una película no se pasa.

Este es un caso de la Corte Interamericana: el caso de Augusto y otros contra Chile, más conocido como "El caso de La Última Tentación de Cristo". Martin Scorsese -para los que no han visto la película- tiene una visión un tanto desenfadada de Jesús donde se le muestra como ser humano normal, con aciertos y errores, aparece, por ejemplo, como amante de María Magdalena. A una persona católica promedio, esto le provoca una reacción negativa y, entonces, porque la película tenía este contenido cuando trata de exhibirse en Chile, el comité de cine dice: "¡no! Esa película no se puede pasar" y le censuran, les impiden a los propietarios de las cadenas de cine que la pasen.

El caso se lleva a la Corte Interamericana y la Corte establece que no puede haber censura incluso en espectáculos públicos cuando la motivación no es proteger a la infancia y adolescencia; ¿qué quiere decir esto? En realidad, la censura nunca puede ser absoluta porque se puede decir: "los niños no pueden entrar a ver esta película" pero, los adultos sí van a poder entrar. Entonces, siempre, existirá un margen de público que pueda acceder

y, por ende, no pueden existir censuras absolutas. En el caso de la película de Jesús, no es violatorio a la libertad de los derechos de nadie, como proponían algunas personas en Chile. Y esta discusión de "me están coartando mi libertad religiosa", créanme que la vamos a tener muy pronto de cara al debate del proyecto de Ley de Aborto por Violación porque, según, los grupos a los que nosotros llamamos, con todo respeto, "antiderechos" tienen esta actitud que, cuando se les dice algo, responden "es mi libertad religiosa". Pero, resulta que no, no es su libertad religiosa. Le dice (la Corte Interamericana) "señora, ¿alguien le ha impedido ir a misa?"; o sea, "la exhibición de la película 'La última tentación de Cristo' ¿le ha impedido ir a misa?" No, no es cierto; "¿le están persiguiendo a usted o le genera algún tipo de violencia en su condición de católica que se emita 'La última tentación de Cristo'?" No, no es cierto; no hay violación a derechos de carácter religioso y el hecho de que un discurso pueda ser chocante u ofensivo para un grupo religioso no quiere decir, necesariamente, que sea abusivo. Pero, todo depende del contexto.

Test tripartito y responsabilidades ulteriores

Entonces, ¿dónde están los límites? La Corte Interamericana y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión han establecido lo que se conoce como el test tripartito. Esto quiere decir que no se puede censurar pero, sí imponer lo que se llama: responsabilidades ulteriores.

"Ulterior" significa que una vez que el discurso ya se ha emitido y si tiene algún efecto nocivo, cabe la sanción; antes, no, porque eso sería "censura". Siempre, la responsabilidad ulterior implica que se emitió el discurso y a *posteriori* viene la sanción.

Ahora bien, ¿cómo se procede? Pues, se realiza un listado con todos los parámetros y se verifica si se cumplen o no. Veamos a continuación:

El primer requisito del test tripartito para verificar si una responsabilidad ulterior es compatible con el derecho a libertad de expresión es que la sanción debe ser clara y previamente establecida en una Ley. Aparentemente, esto es fácil porque, por ejemplo, en el caso de ustedes (Consejo de Comunicación) existe un marco jurídico regulatorio establecido con anterioridad que determina qué se puede y qué no se puede hacer; esto se entiende porque está publicado en el Registro Oficial y todos los ciudadanos, especialmente, los medios de comunicación, lo conocen bien y lo van a acatar. Se cumple, por lo tanto, el principio de legalidad establecido por los órganos del Sistema Interamericano y entendido que la restricción del derecho tiene que estar contenido en una norma legal previa y legal.

Cuando hablamos de "legal" en el ámbito de los derechos humanos, no nos referimos a cualquier norma sino, a una ley en su sentido formal y en su sentido material. Ahora bien, la Corte Interamericana ha conocido muchos casos donde ha determinado la violación del principio de legalidad a pesar de que la persona fue sancionada en la aplicación de un delito. En el caso Usón Ramírez, la sanción penal viene dada por el artículo 55.5 del Código Orgánico Militar Penal de Venezuela donde se establecía la injuria grave a las Fuerzas Armadas. Entonces, el caso se eleva a la Corte Interamericana. Dice Venezuela: "pero, no hemos violado el principio de legalidad porque la sanción está basada en una ley" y la Corte Interamericana le responde: "sí pero, el concepto de ley a la hora de cumplir con el test tripartito dice que no solo abarca la formalidad del honor sino el contenido del honor y para cumplir con el requisito de legalidad, no solo que la norma tiene que cumplir con estos criterios formales, anteriormente tiene que ser compatible con los objetivos imperiosos de una sociedad democrática". Además, ha dicho la Corte Interamericana, la norma tiene que estar redactada con suficiente claridad y precisión de tal suerte que no genere situaciones de discrecionalidad que, eventualmente, podrían utilizarse para percibir a las opiniones.

Entonces, la norma tiene que estar levantada con mucha precisión, de tal manera que no permita subjetividad ni interpreta-

ción de la persona presuntamente afectada ni en la autoridad especialmente que lo aplicara y, es por eso, el énfasis que pusimos en el "linchamiento mediático" porque era todo y nada. ¿Qué es el "linchamiento mediático"? replicar varias veces una noticia; de acuerdo, pero eso hacen todos los medios de comunicación ante situaciones de interés público, entonces ¿cuándo?, ¿cuándo esté ofendido?, ¿cuál es el estándar de la ofensa?; ¿por expresiones hirientes?, ¿hirientes para quién? Entonces, porque la sanción está previa y claramente establecida con la norma de rango legal ulterior pero, también, porque su contenido es preciso y claro; de tal suerte que no permite ningún tipo de interpretación; por un criterio adicional que estableció la Corte Interamericana respecto a la dignidad, es el contenido y la finalidad de la norma: el hecho de que una norma sea legal; es decir, que esté revestida de sus formalidades de ley y que, además, esté suficientemente clara, no evita muchas veces que sea, a todas luces, contraria a los objetivos imperiosos de una sociedad democrática.

Este es el segundo estándar: legalidad y compatibilidad con los objetivos imperiosos de una sociedad democrática. Existe un informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -el primer estudio importante, me parece que es en el año ´96- donde la Comisión Interamericana analiza la compatibilidad de los delitos de desacato con la Convención Americana: los delitos de desacato eran figuras penales que estaban incluidas en los ordenamientos jurídicos de casi todos los países y que establecían sanciones de tipo penal a quienes, básicamente, ofendieran a un funcionario público; era una norma que estaba diseñada para castigar la crítica al funcionario público.

La Comisión Interamericana les llamó delitos de desacato y la Comisión dice que estas normas existen y que están pasadas por los procesos legales adecuados: son claras, porque dice, por ejemplo, que, si alguien insulta al Presidente de la República, esa persona va presa porque el insulto es eso: insulto y no es una ofensa y establece el tiempo que estas personas irían presas. De esta manera, parecería que satisface el criterio de legalidad. Sin embargo, la Comisión recalca: si bien, puede satisfacer el criterio

de legalidad, no establece el segundo requisito del test tripartito que es cumplir con los objetivos imperiosos de una sociedad democrática y, en una sociedad democrática, no es admisible que un ciudadano se vaya preso por criticar a un funcionario público.

Los objetivos imperiosos de una sociedad democrática pueden variar, por ejemplo, si es que yo digo "solo los medios oficiales (y esto se podría aplicar para cuando estábamos en emergencia) podrán informar sobre la pandemia"; si es que esto pasara un test de libertad de expresión, yo creo que la Corte Interamericana estaría de acuerdo de que existe un objetivo imperioso por parte de una sociedad democrática en un contexto de pandemia, donde tiene que concentrar esa información; en el atributivo, es un objetivo imperioso; ¿cuál es el objetivo imperioso?: proteger a la comunidad, proteger, incluso, la salud de las personas: cumple con el objetivo imperioso.

El tercer criterio es el tema de la proporcionalidad. Incluso un discurso que claramente es abusivo, que se debe sancionar y aun habiendo un objetivo imperioso para sancionarle, puede no superar el test tripartito por el tema de la proporcionalidad. ¿que implica esto? que la sanción impuesta tiene que ser siempre la menos gravosa posible; cuando yo pienso en una sanción a un periodista que se le fue la mano (ahora el termino es "se nos fue la mano") y yo le tengo que sancionar, tengo que pensar, siempre, en la sanción menos agresiva posible porque, al final del día, estamos hablando del ejercicio de derechos y, cuando uno va a infringir un derecho, siempre tiene que ser de la manera menos invasiva posible.

Volviendo al ejemplo de La Posta. Ayer y anteayer, la gente incendiada decía "que les lleven presos" y se podría decir: hay una sanción, sí, en el Código Penal hay sanciones para proteger el honor de las personas, de acuerdo; previamente conocida por todos, de acuerdo; es suficientemente clara, sí, hay un objetivo imperioso, por supuesto, proteger el honor de las personas y evitar y sancionar actos de posible discriminación y racismo, se cumple con los objetivos imperiosos. Ahora ¿es proporcional? y

la respuesta es "no": porque llevarles a la cárcel, implicaría la sanción más lesiva posible, la más grave, la más invasiva, al ejercicio del derecho. ¿Cuál sería una buena garantía de no repetición? Por ejemplo, enviarlos a un curso en la Defensoría del Pueblo sobre igualdad y no discriminación.

Cierre

Con esto quiero terminar, y lo hago en todas mis capacitaciones a funcionarios públicos, y es resaltar el valor de su trabajo que, a veces no se valora lo suficiente. Muchas veces, quienes ejercen los cargos públicos no se dan cuenta del importante rol que juegan en una democracia: ustedes, en sus labores diarias, hacen este balance importante entre dos derechos que colisionan, por un ejercicio necesario de la democracia.