

La caricatura política: un discurso especialmente protegido en el Ecuador¹

Autor: Miguel Molina Díaz²

A Bonil y a Edgar Molina Montalvo.

Introducción

La caricatura política³ 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. 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 público⁴. ¿Es posible que este hecho artístico sea considerado jurídicamente como un discurso especialmente protegido? Este ensayo es la respuesta a esa pregunta.

En ese sentido, este artículo abordará la naturaleza de la caricatura política, el derecho a la libertad de expresión desde la visión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), así como algunos casos que jurisprudencialmente pueden dar luces sobre este tema.

1. La naturaleza de la caricatura política

Para determinar jurídicamente su naturaleza, es preciso definir a la caricatura política a partir de su proceso creativo. Aristóteles, en su *Poética*, expresaba que

¹ Artículo publicado en el libro *Reflexiones sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. Cevallos Editorial Jurídica, Colegio de Jurisprudencia USFQ y Freedom House, 2018.

² Escritor y abogado ecuatoriano.

³ 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.

⁴ 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)

“el arte es siempre mimesis de la naturaleza”⁵, es decir, una imitación del mundo real. En tiempos de la Antigua Grecia, la oposición a la mimesis era la diégesis (realidad vs. mundo ficticio), 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 Schopenhauer⁶ y Nietzsche⁷ 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 veraz, verificada, oportuna, contextualizada o plural⁸.

Entonces, se puede afirmar que la caricatura, en sí, es una creación de carácter artístico que desciende de la pintura. En ese sentido, Gombrich planteó que en este tipo de creación “las identidades no dependen tanto de la imitación de rasgos particulares como de la configuración de indicios”⁹, y dijo que “lo que percibimos como un buen parecido en una caricatura, o incluso en un retrato, no es necesariamente una réplica de nada visto”¹⁰.

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”¹¹, pero es el público el que reacciona ante ese fenómeno en un grado político, ya que “[c]uanto más se avenga el

⁵ Aristóteles. *Poética*, p. 3. http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/libros./A/Aristoteles%20-%20Poetica.pdf (acceso: 30/09/2016)

⁶ Arthur Schopenhauer. *El mundo como voluntad y representación*. Barcelona: Folio, Biblioteca de Filosofía, 2001, pp. 177-272.

⁷ Friedrich Nietzsche. *El nacimiento de la tragedia o Grecia y el pesimismo*. Madrid: El Libro de Bolsillo, Alianza Editorial, 1991, pp. 38-130.

⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 18, inciso 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁹ Balducci citado en E. H. Gombrich. *Arte e ilusión*, “El experimento de la caricatura”, Barcelona: Editorial Gustavo Gili S. A., 1979, p.298.

¹⁰ *Id.*, p. 298.

¹¹ *Id.*, p. 302

público a unirse a este juego, menos le interesará la intensión del artista”¹², como en toda obra de arte.

En ese sentido, hay que recordar que la palabra descende del italiano caricare, que significa cargar, acentuar o exagerar rasgos¹³, 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 sujeto¹⁴. Entonces, 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, entendida como reconocimiento o descubrimiento.

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 práctica 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, como lo veremos más adelante, se enmarcaría dentro del discurso especialmente protegido.

¹² *Id.*, p. 302

¹³ Rumán Gubern. *La mirada opulenta, exploración de la iconografía contemporánea*. Barcelona: Gustavo Gili, 1994, p. 2015.

¹⁴ Jorge Arce González. *Las mascotas gráficas: una imagen de identidad*. México: Universidad de Guadalajara, 2004, p. 2.

2. El derecho a la libertad de expresión

Los casos contra Xavier Bonilla, alias Bonil¹⁵, fueron emblemáticos por muchos aspectos y 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 reciben esas caricaturas. En esta sección del presente ensayo 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. Este derecho está compuesto por dos dimensiones¹⁶: la dimensión individual y la dimensión social o colectiva. 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 comunicación¹⁷.

La dimensión social de este derecho se compone del derecho de recibir información, opiniones o caricaturas, pero también el derecho a buscarlas

¹⁵ En dos ocasiones el Superintendente de Información y Comunicación, Carlos Ochoa, sancionó a Bonil. En la primera ocasión, al considerar que su dibujo sobre el allanamiento a la residencia del periodista y activista Fernando Villavicencio no se apegaba a los hechos. En la segunda ocasión, se le sancionó por un supuesto discurso discriminatorio contra el asambleísta Agustín Delgado, que es afrodescendiente, por una caricatura en la que Bonil criticó la incapacidad del legislador no sólo de emitir un discurso en el pleno del Parlamento sino de leerlo, un hecho ciertamente cuestionable considerando que esa persona fue electa, precisamente, para participar de los debates legislativos.

¹⁶ En este sentido ver el emblemático *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como *Handyside vs. Reino Unido* lo hizo la Corte Europea de Derechos Humanos.

¹⁷ 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.

libremente¹⁸. El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) 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”¹⁹.

2.2 Restricciones

El derecho a la libertad de expresión, al igual que otros derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, pueden ser sujetos a limitaciones y restricciones²⁰. En este sentido, el mismo artículo 13 ha establecido presupuestos en los que se pueden aplicar restricciones legítimas 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.

2.2.1 Responsabilidades Ulteriores

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”²¹, las mismas que deben estar expresamente fijadas por la ley y no deben ser de carácter penal²²; 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 públicas²³; y deben

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

²¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13, numeral 2.

²² Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión. Principio 10

²³ *Ibid.*

ser necesarias en una sociedad democrática²⁴. En otras palabras, sí pueden existir sanciones cuando exista un ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Es pertinente discutir si se puede aplicar responsabilidades ulteriores a una caricatura cuando afecte los derechos de otros o ponga en peligro la seguridad nacional o el orden público, porque es un contenido comunicacional que, al contraponerse a un bien jurídicamente protegido, como es el derecho a la honra, requiere de un ejercicio de ponderación de derechos, como lo veremos más adelante. 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 previa²⁵.

En ese sentido, analicemos la Ley Orgánica de Comunicación (LOC). 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 medio o no se hallen atribuidos explícitamente a otra persona”²⁶. La LOC, al fijar tantos supuestos abiertos de responsabilidad ulterior, se distancia de los estándares fijados por la Comisión Interamericana sobre esta materia²⁷, lo cual podría implicar, en el futuro, que casos amparados en esa normativa sean sometidos a la jurisdicción del SIDH.

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

²⁴ *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120.

²⁵ Si bien la jurisprudencia de la Corte IDH estableció que las sanciones no pueden ser penales, ese estándar está en regresión a partir del caso *Mémoli vs. Argentina*. Para la Comisión, sin embargo, las sanciones sólo podrán ser civiles incluso en los casos en donde esté en juego la protección de la reputación o leyes de privacidad

²⁶ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 20. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

²⁷ La Corte Interamericana se pronunció sobre estos temas en varias oportunidades y, en el caso *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, 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 críticas, situaciones que en su momento tuvieron amparo legal en el plano interno.

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 fines²⁸.

Las opiniones políticas, como las caricaturas, 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 opiniones²⁹, 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. En el conocido *caso New York Times vs. Sullivan* se planteó 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. Este ejercicio 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, como lo veremos en la tercera sección del ensayo. Este razonamiento se encuentra detrás del estándar de la Comisión que rechaza las leyes de desacato y otras formas de penalizar expresiones contra funcionarios públicos³⁰. 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. El principal argumento que cuestiona este estándar es el de la honra. Incluso en base a la misma jurisprudencia interamericana se puede argumentar que la legislación no debe

²⁸ Corte IDH. Caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*) Vs. Chile... *Óp.cit.*, párr.39.

²⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Artículo 19.

³⁰ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000). Principio 11.

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.

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 Convención³¹.

En esa sentencia, la Corte 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 medida³², es decir, si se actúa en apego a los estándares interamericanos. Es un argumento jurídico que, sin duda, podría aplicarse a la caricatura política y, en un proceso jurisdiccional, el juez tendrá que realizar una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra y analizar cuál de los dos, en el caso específico, tendrá que ser protegido, sin olvidar los estándares específicos del discurso especialmente protegido, como ya lo veremos.

2.2.2 Vías o medios indirectos

Por otro lado, 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.³³

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

³¹ Corte IDH. Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Párr. 112.

³² *Id.*, párr. 116-119.

³³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13, numeral 3.

obligatoria de periodistas³⁴ o la exigencia de título universitario para el ejercicio periodístico³⁵.

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 espíritu³⁶. Una reciente reforma constitucional³⁷ declara a la comunicación como un servicio público que se prestará a través de los medios públicos, privados y comunitarios³⁸, sin embargo, esa noción ya existía en la legislación ecuatoriana a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación³⁹, 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 afecten a la sociedad⁴⁰.

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, como la posibilidad de sancionar a medios de comunicación por no publicar información de relevancia pública⁴¹,

³⁴ 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.

³⁵ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 42. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

³⁶ Si bien 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.

³⁷ Registro Oficial 449, modificado el 21 de diciembre del 2015.

³⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 384.

³⁹ Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 57.

⁴¹ “[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

como en el caso ‘Página 12’⁴². 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”⁴³.

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.”⁴⁴ Se trata de requerimientos que 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”⁴⁵, por tanto, pueden generar un clima sancionatorio y, consecuentemente, de autocensura.

Por último, hay un tema preocupante respecto del abuso de controles oficiales.

La creación de estas instituciones de regulación y control, fundamentalmente la Superintendencia⁴⁶ y el Consejo Regulador⁴⁷, están por su diseño normativo

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)

⁴² Superintendencia de Información y Comunicación. Resolución No. 012-2017-DNJRD-INPS. Trámite No. 025-2017-INPS-DNJRD.

⁴³ 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.

⁴⁴ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 22. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

⁴⁵ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000). Principio 7.

⁴⁶ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 55. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

⁴⁷ Id., artículo 48.

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 rasgos⁴⁸.

Más allá de que los casos han sido controversiales, “resulta problemático el establecimiento de un régimen de obligaciones o un régimen administrativo sancionatorio único que abarque todos los medios de comunicación [...]”⁴⁹. 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 mínimas⁵⁰.

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. Las formas de censura previa que no son contrarias al

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Catalina Botero. Carta a Ricardo Patiño, Ministro de Relaciones Exteriores de la República de Ecuador. Washington D.C., 28 de junio de 2013.

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

Derecho y que constituyen expresiones que pueden ser prohibidas son los discursos que no están protegidos por las leyes e instrumentos internacionales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, prohíbe “toda propaganda a favor de la guerra”⁵¹ y toda “[...] apología del odio nacional racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”⁵². La redacción de esta norma del sistema universal, modelo que ha inspirado las legislaciones internas americanas en mayor medida que la CADH, 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 causal⁵³ 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.⁵⁴

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

⁵¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 20.

⁵² *Ibid.*

⁵³ 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)

⁵⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13, numeral 5.

de expresión humana⁵⁵ y clasificó estos discursos no protegidos de forma taxativa en tres grandes bloques: 1) 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 infantil⁵⁶.

Por su parte, la LOC 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 CADH. 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.⁵⁷

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 adultos⁵⁸; 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 religioso⁵⁹; y en su artículo 68 la restricción al contenido

⁵⁵ 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.”

⁵⁶ CIDH y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*, p. 20.

⁵⁷ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 30. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

⁵⁸ Ley Orgánica de Comunicación. Artículo 66. Registro Oficial Suplemento 22 de 25 de junio de 2013.

⁵⁹ Id., artículo 67.

sexualmente explícito⁶⁰. Se trata de discursos que se encuentran legalmente restringidos y que, dado el caso, y mediante una eficiente y sofisticada interpretación, podrían aplicarse a caricaturas políticas determinadas.

Es en esta área, la de la LOC, donde pueden surgir y de hecho surgen, a mi juicio, conflictos de compatibilidad entre la legislación interna y los estándares interamericanos. Luis Huerta 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.”⁶¹

Por todo esto se considera 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 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. Es decir, en ciertos casos será preciso discutir la posibilidad de que una determinada caricatura política, al verificar incontrovertiblemente que es contraria a la CADH, pueda ser objeto de censura previa por ser un discurso no protegido, si el autor del dibujo intencionalmente decide realizar una incitación a la violencia haciendo propaganda de guerra, apología del odio, invitación al genocidio o si decide configurar el delito de pornografía infantil. Sin embargo, estas posibilidades deben ser analizadas exhaustivamente y con rigurosidad respecto de los estándares interamericanos ya que debido a la carga humorística y de crítica social de las caricaturas, habría dificultad en verificar incontrovertiblemente la existencia de discursos que invoquen la violencia y la existencia del elemento intencional respecto de estas invocaciones. Ahora bien, de la CADH y sus estándares se puede entender que si se comprueba incontrovertiblemente que una caricatura configura una de las conductas

⁶⁰ Id., artículo 68.

⁶¹ Luis Huerta Guerrero. *Libertad de expresión y acceso a la información pública...Óp.cit.*, p.28.

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.

En el caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, la Corte Interamericana realizó un importante análisis sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, el cual, dado un conflicto, tendría que ser ponderado con el de la libertad de expresión. 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”⁶², que ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

3 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 interamericano⁶³, 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 ese sentido, se analizarán los estándares de la Corte Suprema de Estados Unidos, que pertenecen a la tradición jurídica más liberal en cuanto al análisis de las libertades públicas, para incorporarlos como un elemento comparativo dentro del debate sobre la protección a la caricatura política en el Ecuador.

Entonces, 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.*

⁶² Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Sentencia de 24 de octubre de 2012, párr. 224.

⁶³ 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)

Falwell, pero también con base en los estándares interamericanos. En segundo lugar, se analizará la doctrina del discurso público del derecho anglosajón, que tiene su piedra angular en la primera enmienda⁶⁴ 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 esta 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 detalladamente 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 ejercen 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 democrático⁶⁵.

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 tiene⁶⁶. 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 críticas⁶⁷.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 128.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Id.*, párr. 129.

En el sentido de este análisis, no hay duda de que el caso *Hustler Magazine vs. Falwell*⁶⁸ resulta indispensable porque da cuenta de todo un proceso de evolución jurisprudencial que inició a partir de la misma aprobación de la Primera Enmienda a la Constitución de ese los Estados Unidos. En esta ocasión⁶⁹, la Corte Suprema de EE.UU. 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’ las libertades protegidas por la primera enmienda”.⁷⁰ 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 diseñar reglas que faciliten “el libre flujo de las ideas y opiniones en materias de interés y preocupación públicas”.⁷¹

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”⁷² debate sobre los asuntos públicos, así como la formación de la opinión pública y la política democrática, sin importar que dentro de esta discusión “los principios de un hombre pueden parecer el

⁶⁸ *Vid.* Falwell v. Flynt, 797 f.2d, 1986, pp. 1270, 1273-74.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ *Boos v. Barry*, 108 Sc. Ct 1157, 1164 (1998). Más adelante, la Corte dijo que el carácter ofensivo el 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.

⁷¹ 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.

⁷² *New York Times v. Sullivan*, p. 254, 270.

error más absoluto para su vecino”⁷³, lo cual permite no solo un espacio de tolerancia sino, fundamentalmente, la formación de una identidad democrática.

Tomando todos estos elementos en consideración, podemos hablar de 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”⁷⁴. En el caso *Gertz* se estipuló que la opinión difamatoria debía estar constitucionalmente protegida. La jurisprudencia estadounidense ha construido 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”⁷⁵, 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 empíricas⁷⁶. 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

⁷³ *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. Supreme Court, 1940, p. 296, 310.

⁷⁴ *Id.*, p. 125.

⁷⁵ *Immuno, A.G. v. Moor-Jankowski*, 145 A.D. 2d, 1989, p. 114, 143, 537.

⁷⁶ *Keller v. Miami Herald Publishing Co.* 778 F.2d., 1985, p. 718.

consiguiente, no podemos esperar una convergencia en condiciones de heterogeneidad cultural⁷⁷.

Entonces, la doctrina del discurso público exige un amplio respeto a la opinión. Bajo ningún concepto esta puede ser sometida a los estándares de verificabilidad que son propios de la información y de un hecho verificable, lo cual ocurrió en el caso de Bonil, en el que se le sancionó al considerar que su caricatura sobre el allanamiento a la casa del activista Fernando Villavicencio no se apegaba a los hechos⁷⁸.

El hecho, más aún si es noticioso, es fácilmente verificable como tal y distinguible de la opinión que es subjetiva al igual que la caricatura política. Al periodismo no le resulta difícil establecer qué es un hecho, peor aún al Derecho. “Los hechos son más allá del acuerdo y el consentimiento”⁷⁹, los hechos son. La caricatura política no pertenece al mundo de los hechos.

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 Magazine vs. Falwell* 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 público⁸⁰ y que estas

⁷⁷ Robert C. Post. “El concepto de discurso público: opinión ultrajante, deliberación democrática y *Hustler Magazine c/Falwell*”. Óp Cit, p.138.

⁷⁸ Ver: Resolución de la Superintendencia de Información y Comunicación. No. 001-DNGJPO-INPS. Trámite 002-INPS-DNJPO-SUPERCOM-2014

⁷⁹ Hannah Arendt. *Between Past and Future; sine nomine et sine loco*. 1968, pp. 241.

⁸⁰ *Consolidated Edison Co v. Public Serv Comm'n*, 447 U.S., 1980, p. 530, 534.

cuestiones tienen derecho a protección especial⁸¹. 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. En ese sentido, la Ley no debe proteger únicamente el respeto al que las personas tienen derecho, sino que además de resguardar la dignidad y honra de las personas las leyes deben precautelar la identidad y los valores de la comunidad⁸², 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 este tipo de expresiones. La primera vez que Bonil fue hostigado por sus caricaturas fue antes de la aprobación de la LOC. El incidente se dio cuando el binomio conformado por Rafael Correa y Jorge Glas exigieron al caricaturista una rectificación⁸³ 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.

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 verificar si la determinación de la expresión ultrajante es

⁸¹ Connick v. Myers, 461 U. S., 1938, p. 138, 145., *vid.* Philadelphia Newspapers, Inc. v Hepps, 475 U.S., 1986, p. 767, 775; Throhill v. Alabama, 310 U.S., 1940, p. 88, 101-102.

⁸² 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.

⁸³ 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)

subjetiva o arbitraria, sino entender que ese parámetro es constitucionalmente inadecuado como un patrón para la regulación del discurso público⁸⁴. 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.

3.3 La caricatura como discurso especialmente protegido

El marco jurídico interamericano 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”⁸⁵, 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, requieren de mayor protección por parte de una democracia fundada en el “pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura”⁸⁶. Ante esa necesidad nace la doctrina del discurso especialmente protegido y la necesidad de aplicarla a la caricatura política porque la misma 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.

⁸⁴ Robert C. Post, “El concepto concepto de discurso público: opinión ultrajante, deliberación democrática y Hustler Magazine c/Falwell”. *Óp Cit*, p.95.

⁸⁵ CIDH y Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Óp. cit.*, párr. 31.

⁸⁶ *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.

El mismo principio es aplicable respecto de las caricaturas de Charlie Hebdo⁸⁷, a pesar 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 caricaturistas⁸⁸.

Para preservar este tipo de expresiones esenciales para la democracia, el Sistema Interamericano los ha denominado discursos especialmente protegidos.⁸⁹ Esto en razón de su contenido: el discurso político, aspecto donde se inscribe la caricatura política, y aquellos discursos relacionados a elementos de dignidad e identidad personales⁹⁰ como la expresión de una lengua⁹¹, la identidad de género, orientación sexual y expresión de género de las personas y la expresión religiosa y libertad de culto⁹².

Los funcionarios y figuras públicas pueden participar del debate público sin ninguna interferencia⁹³, al igual que la caricatura. Entender este componente

⁸⁷ 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)

⁸⁸ Algunos de los cuales perdieron su vida en uno de los más atroces atentados contra la libertad del que la humanidad ha sido víctima y fueron masacrados de la forma más horrenda.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ 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.

⁹¹ 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.

⁹² Cfr. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, párr. 55 – 56.

⁹³ 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 Fontevicchia y D'Amicco vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, párrs. 47, 59, 60 y 66.

fiscalizador de la caricatura como discurso especialmente protegido es fundamental en la medida en que

[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 ciudadana⁹⁴.

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 honor⁹⁵ 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 protegido⁹⁶.

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, en los casos que no impliquen la existencia incontrovertible de un discurso no protegido, 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

⁹⁴ *Id.*, párr. 33 – 38.

⁹⁵ “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.

⁹⁶ 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)

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. Frente a la disyuntiva de proteger el derecho individual de un funcionario público a la honra y el derecho del caricaturista a dibujar y expresarse (que está unido al de la sociedad a recibir esas caricaturas), 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, el discurso especialmente protegido 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”⁹⁷.

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*. La Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por la vulneración del derecho a la libertad de expresión de Kimel⁹⁸, y reiteró la importancia de proteger los discursos que versen sobre figuras públicas⁹⁹. Este estándar, fue robustecido en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, en el que la Corte hizo hincapié en la

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Corte I.D.H. *Caso Kimel vs. Argentina*.

⁹⁹ *Id.*, párr. 57, 86-94.

necesidad de precautelar discursos sobre “[...] la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos [...]”¹⁰⁰ y, posteriormente, en *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, cuando la Corte profundizó su doctrina sobre los funcionarios públicos y estipuló el mismo temor a una sanción civil puede ser más intimidante y resulta en autocensura respecto de las críticas a los servidores del Estado¹⁰¹, pese a que posteriormente, en *Mémoli vs. Argentina* 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.

En todo caso, más allá de la interpretación específica que se dio en el caso *Mémoli vs. Argentina* 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.

Conclusiones

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, me lleva a pensar en 6 ideas fundamentales sobre el tema:

¹⁰⁰ Corte I.D.H. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. *Óp. cit.*, párr. 115, 121, 122.

¹⁰¹ Corte I.D.H. *Caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*. *Óp. cit.*, párrs. 74.

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. 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.

3. 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.

4. Existen discursos excepcionales y descritos taxativamente que no están protegidos y que, en ese sentido, pueden ser objeto de censura previa y sanciones, como la propaganda de la guerra y la apología del odio que inciten a la violencia, la incitación al genocidio o la pornografía infantil. El momento en que se verifique, incontrovertiblemente, que una caricatura política consagra intencionalmente una de estas invocaciones se convierte en un discurso no protegido.

5. 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.

6. Los casos de Bonil ilustran cómo la caricatura política se convierte en 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. 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.

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. 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. Pero quizá la caricatura política es mucho más. He llegado a pensar que la caricatura política ya constituye, en los tiempos que corren, el último espacio en que el humor encarna con implacable lucidez la naturaleza libre de la condición humana.

4 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 (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.

- 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_hu manos/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. *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)