

Las obligaciones del Ecuador en materia de libertad de expresión y las expresiones discriminatorias: Un análisis de las sanciones de la supercom a la luz de los estándares del sidh.



LAS OBLIGACIONES DEL ECUADOR EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS EXPRESIONES DISCRIMINATORIAS: UN ANÁLISIS DE LAS SANCIONES DE LA SUPERCOM A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES DEL SIDH.

María Dolores Miño¹

Gabriela Oviedo Perhavec²

I. INTRODUCCIÓN

Las leyes que regulan la facultad de toda persona de manifestar sus ideas y opiniones, están relacionadas con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, y los posibles límites que, desde el Estado, pueden imponerse al mismo. Este derecho está consagrado en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el Ecuador es parte, y que, en virtud de ello, está obligado a respetar y garantizar su adecuado ejercicio.

Si bien es permisible que el Estado imponga límites al ejercicio del derecho a la libre expresión, esto debe hacerse en estricta observancia de los estándares y normas derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello es especialmente cierto a la luz del artículo 424 de la Constitución, que consagra a las normas internacionales en esta materia como de rango constitucional, y del artículo 11, que declara que el ejercicio de los derechos humanos consagrados en la Constitución, son de aplicabilidad directa.

Es por estas razones, que la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Comunicación (LOC) en 2013, generó un acalorado debate no solo a nivel local, sino, además, internacional. La LOC recibió varias críticas desde los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, especialmente desde la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión, que ya a partir de la su misma aprobación, se cuestionó su compatibilidad con las obligaciones estatales con respecto al derecho a la libre expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), y con los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Abogada por la Universidad San Francisco de Quito (2006). LL.M. en International Legal Studies por el Washington College of Law de American University. Fue pasante y abogada de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, y especialista para la Fundación Andina para la Observación Social y Estudio de Medios-FUNDAMEDIOS. Actualmente es docente de la Universidad Internacional del Ecuador y Directora Ejecutiva del Observatorio de Derechos y Justicia.

² Abogada por la Universidad San Francisco de Quito (2017), con una mención en Derechos Humanos. Ha trabajado como Especialista Tutelar de Movilidad Humana para el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Además, ha realizado investigaciones jurídicas sobre Derechos Humanos para el Centro de Derechos Reproductivos, Clínicas Jurídicas de la USFQ, ONU Mujeres, entre otros. Actualmente es Investigadora Adjunta del Observatorio de Derechos y Justicia.

En 2019, la Asamblea Nacional pasó una nueva Ley Orgánica de Comunicación, que, en muchos aspectos, eliminó las normas y disposiciones incompatibles con el derecho a la libre expresión que tenía su predecesora. Sin perjuicio de las mejoras que aún están pendientes en este nuevo cuerpo normativo, debemos mencionar, como innovaciones importantes, la eliminación de la SUPERCOM, de la figura del linchamiento mediático, y el código deontológico.

El presente artículo tiene como finalidad realizar un análisis de las decisiones sancionatorias emitidas por la SUPERCOM, con relación a los artículos 61-64 de la LOC, que prohibían la difusión de contenidos discriminatorios. Esto, con el fin de determinar si las mismas fueron consistentes con el derecho a la libre expresión, que el Ecuador, como Estado Parte a la CADH, debe respetar y garantizar. Así, para efectos de este estudio, hemos considerado pertinente analizar la gestión de la SUPERCOM con respecto a las sanciones sobre discriminación, a partir de las normas y estándares esgrimidos por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión, que, de manera extensa y comprensiva, han interpretado el alcance de éste. En la medida de que los procesos y sanciones impuestas por la SUPERCOM se encuadren en tales estándares, estos habrán sido compatibles o no, con las obligaciones estatales en materia de libertad de expresión.

Este artículo está dividido así: en la primera sección, se explicará el sentido y alcance del derecho a la libre expresión, a la luz de los estándares en la materia derivados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). En la segunda sección, se elaborará el alcance al derecho a la igualdad y no discriminación, su contenido y las obligaciones estatales que derivan del mismo. Finalmente, en la tercera sección, se realizará un análisis de veinte decisiones de la desaparecida SUPERCOM, donde se interpusieron responsabilidades ulteriores.

II. EL DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN: SENTIDO Y ALCANCE EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

1. El alcance del derecho a la libre expresión.

El derecho a la libre expresión se encuentra consagrado en diferentes instrumentos de Derechos Humanos. Por ejemplo, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

“Artículo 19 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades

especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH”) dispone:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. [...] 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. [...] 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

Todas las formas a través de las cuales se diseminan ideas, información y opiniones son consideradas “expresiones”, y, por lo tanto, se presumen protegidas, *prima facie*, por el artículo 13 de la CADH. En éstas, se incluye, por ejemplo, manifestaciones artísticas, cinematográficas y musicales. Asimismo, las manifestaciones culturales ancestrales, y aquellas que tengan que ver con la identidad de una persona también están protegidas por el espectro de ese derecho (por ejemplo, el idioma)³. Como es de suponerse, las formas más comunes y tradicionales de expresiones orales y escritas, entran dentro del marco de protección del artículo 13 de la CADH.

Luego, es importante aclarar que el derecho a la libre expresión no solo ampara a las expresiones que son favorables o bien recibidas. En una sociedad democrática, la diversidad de ideas y opiniones es crucial para asegurar su existencia y fortalecimiento, y, por tanto, se debe garantizar, además, que incluso ciertas ideas u opiniones que fueran chocantes para un sector de la población puedan difundirse libremente. Así, la Corte IDH indicó, en el Caso *Ivcher Bronstein v. Perú* o *Kimmel v. Argentina*, que: “(...) la libertad de expresión no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas 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.”⁴

³ Corte IDH. Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

⁴ Caso *Eduardo Kimel vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Fecha de publicación: 2 mayo 2008. Serie C No. 177

En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) advirtió que “(...) *el libre debate democrático y el pluralismo exigen un margen de tolerancia a la manifestación de ideas, informaciones y opiniones que puedan considerarse ofensivas, particularmente respecto de la función pública y de quienes la ejercen.*”⁵ Es decir, una democracia se nutre precisamente, de la diversidad y pluralidad de ideas y opiniones.

Dada la importancia que el intercambio de ideas y opiniones reviste en una sociedad democrática, el derecho a la libre expresión no protege solamente la facultad de individuos y grupos de diseminar información, sino, además, protege el derecho de la sociedad como un todo, a acceder a esa información. Estas son las dos dimensiones protegidas por el derecho a la libre expresión: una individual, y una social⁶. Con respecto a la dimensión individual, la Corte IDH ha dicho que:

“(...) *la dimensión social del derecho a la libre expresión ampara “(...)el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”*⁷.

2. Discursos excluidos del ámbito de protección del derecho a la libre expresión: incitación al odio y la violencia.

El derecho a la libertad de expresión no es de carácter absoluto; existen cierto tipo de ideas, información u opiniones que por su naturaleza y capacidad de lesionar otros bienes jurídicos de mayor importancia en una sociedad democrática se encuentran, excluidos del ámbito de su protección. Así, el numeral quinto del artículo 13 de la CADH menciona ciertas expresiones prohibidas, como la apología del odio nacional, racial o religioso. Sin embargo, esta norma no deja de ser problemática debido a su carácter abierto, que en más de una oportunidad ha dado lugar a interpretaciones que podrían llegar a usarse para restringir discursos que sí están amparados por el derecho a la libre expresión. Esta situación se agrava, al menos para los Estados que son parte del SIDH, por la falta de precedentes jurisprudenciales que traigan luz sobre la forma adecuada de interpretarlos⁸, sin perjuicio de que existen algunos pronunciamientos que podrían ser útiles al momento de entender el alcance de las limitaciones a la libre expresión formuladas en el artículo 13.5 de la CADH.

Como primer punto, debemos destacar que los órganos del SIDH han sido claros advirtiendo los riesgos que supone este tipo de discursos en una democracia, y la relación que éstos guardan con el

⁵ CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995

⁶ Corte IDH I.D.H., 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.

⁷ Corte IDH I.D.H., 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.

⁸ La propia RELE ha alertado sobre la ausencia de precedentes en esta materia. Ver, CIDH. Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.122. Doc. 5 rev. 1. 23 febrero 2005.

cometimiento de actos violentos o delitos más graves en el ámbito del Derecho Internacional. Así, en la *Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación* se advirtió que las expresiones que “*incitan o fomentan el racismo, la discriminación, la xenofobia y la intolerancia*” son perniciosas, y que los delitos de lesa humanidad con frecuencia van acompañados o precedidos de esta forma de expresión⁹.

En esta línea, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (en adelante RELE) en el Informe Anual de 2015, publicó un capítulo especial sobre “*Discurso de Odio e Incitación a la Violencia contra personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans, e Intersex en las Américas*”, donde resaltó la importancia de promover una cultura de respeto y tolerancia hacia las personas de sexualidad diversa, a través del diseño de normas y políticas públicas que sean consonantes con las obligaciones del Estado en materia de libertad de expresión.¹⁰

Para comenzar, es necesario analizar la diferencia entre un discurso de odio y expresiones chocantes y ofensivas que no llegan a alcanzar ese umbral. Para esto, deben verificarse los siguientes criterios: la intención con la que se emite la expresión, la calidad o estatus del emisor, y el contexto en el cual las expresiones controvertidas se difundieron.

Con respecto a la intención con la que se emite una expresión, resulta relevante establecer si ésta apunta a buscar la verdad histórica y/o a informar sobre un determinado asunto, pues en esos casos, la misma estaría protegida bajo el artículo 13. Por otro lado, si se determina que ésta estaba motivada por intenciones xenófobas, por ejemplo, quedaría por fuera de ese umbral, y podría ser objeto de responsabilidades ulteriores. Por supuesto, el *animus* con el cual se emite una expresión, o la finalidad que el emisor persigue al momento que la difunde, son cuestiones subjetivas, y por lo tanto, bastante difíciles de determinar. En todo caso, y partir del análisis de la jurisprudencia internacional por parte de la RELE, le fue posible afirmar, que, por ejemplo, aquellas situaciones donde los medios dan cobertura a actos que entrarían dentro de aquellos considerados como “discurso de odio”, no podrían considerarse uno, si la intención del medio o del periodista era informar sobre aquellos. Tampoco serían considerados como “discurso de odio” las ideas o expresiones que apuntan a encontrar la “verdad histórica” sobre tales hechos.¹¹

A la hora de establecer una sanción contra un discurso chocante u odioso, es necesario identificar el contexto en el que se emiten ciertas expresiones. Así, en determinadas situaciones de tensión social y política, un discurso incendiario podría tener mayor capacidad de desencadenar actos de violencia contra

⁹ Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos, 27 de febrero de 2001. Disponible en: <http://www.article19.org/docimages/951.htm>.

¹⁰ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual 2015. Capítulo IV. Discurso de Odio y la Incitación a la Violencia Contra las Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15 31 diciembre 2015. Párr.

¹¹ CIDH. Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.122. Doc. 5 rev. 1. 23 febrero 2005.

grupos minoritarios, y, por tanto, en dichas situaciones, la imposición de responsabilidades ulteriores sería legítima.¹² En esta misma línea, la CIDH indicó además que debe considerarse el impacto que un discurso pueda tener en contextos de estados de emergencia, como los conflictos armados o las situaciones de combate al terrorismo.¹³

Un factor adicional de análisis es la determinación del estatus o posición de la persona quien emite el discurso. Así, la Corte IDH indicó que si bien las autoridades públicas tienen un deber de pronunciarse sobre cuestiones de interés de la ciudadanía, también tienen una obligación de “constatar razonablemente los hechos en los que fundamentan sus opiniones, tomando en cuenta “(...) el amplio alcance y eventuales efectos que sus expresiones pueden llegar a tener en determinados sectores de la población.”¹⁴ Por ende, no tendría la misma capacidad de desencadenar actos de violencia las expresiones emitidas por un particular, que aquellas provenientes de un líder de Estado o de una persona con alto perfil público, y por tanto, con mayor capacidad de influir en la opinión pública.

La falta de criterios ha generado que los Estados utilicen dos tendencias normativas para identificar y sancionar los discursos de odio: la primera es una tendencia restrictiva con respecto a la posibilidad de establecer sanciones ante la emisión de “discursos de odio”, y la segunda, que es más amplia impone criterios menos rigurosos.

La tendencia restrictiva, por una parte, apunta a brindar una protección más amplia, limitando la posibilidad del Estado de imponer responsabilidades ulteriores. En este caso existe la obligación de demostrar que el discurso en controversia desencadenó en un hecho de violencia, como requisito previo para establecer una sanción. Se requiere, por tanto, establecer la existencia de un nexo causal entre discurso y acto violento.¹⁵ Por otro lado, los Estados que permiten la imposición de responsabilidades ulteriores de manera más amplia para este tipo de discursos, no exigen que se demuestre el nexo causal entre discurso y acto de violencia real o inminente¹⁶. Bajo este análisis, se cree que las expresiones que incitan al odio y a la violencia contra grupos minoritarios, son *per se* incompatibles con los valores y objetivos de cualquier sociedad democrática. En estos casos, la sanción justifica en la intención del emisor al momento de expresarse.

Los precedentes emanados desde los órganos del SIDH sobre este tema son escasos, por lo que es posible afirmar que lo sancionable bajo artículo 13.5 de la CADH no es realmente el “discurso de

¹² CIDH. Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.122. Doc. 5 rev. 1. 23 febrero 2005.

¹³ CIDH. Informe Sobre Derechos Humanos y Terrorismo. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr. 22 octubre 2002.

¹⁴ Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194. Párr. 143. Ver además, Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195. Párr. 151.

¹⁵ 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 11/01/2015).

¹⁶ 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 11/01/2015).

odio” en sí mismo, sino el discurso de “*incitación al odio, que evidencia por un lado, la voluntad del emisor de causar daño y de instigar al cometimiento de actos violentos; y, por otro, la existencia de indicios fuertes de que se produzca un daño real o que éste sea inminente.*”¹⁷ De los informes y declaraciones de RELE, es posible afirmar que cualquier restricción que se imponga a un discurso catalogado como de “incitación al odio”, “*(...)debe tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión - por dura, injusta o perturbadora que ésta sea- , sino que tenía la clara intención de cometer un crimen; y, la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos*”.¹⁸ En este sentido, parecería ser que el SIDH se inclina a favorecer la corriente restrictiva, bajo la cual se privilegia la difusión de ideas y opiniones - incluso aquellas que chocan, ofenden o perturban- en aras de asegurar el libre debate de ideas y opiniones.

3. Discursos que tienen un mayor nivel de protección: el estándar del “especial interés público”.

Así como hay expresiones que de plano están excluidas del ámbito de protección del artículo 13 de la CADH, existen otras que, por su importancia en el debate democrático, están revestidos de una protección elevada. A partir del desarrollo de la jurisprudencia interamericana, es posible identificar aquellas expresiones que se consideran como discursos “especialmente protegidos”, por ser “de especial interés público”, y por lo tanto, serían menos susceptibles de sufrir restricciones: 1) los que se refieren al funcionamiento de las instituciones del Estado; 2) los que se refieren a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones; 3) Los que se refieren a un funcionario público por acciones que no están, en principio, consideradas como “ejercicio de funciones” pero son de interés ciudadano; 4) el discurso político, especialmente en el contexto electoral; 5) las denuncias sobre posibles violaciones de derechos humanos; 6) la opinión y; 7) las expresiones autóctonas de lenguaje. A partir del estándar esgrimido recurrentemente por los órganos del SIDH, el derecho a la libre expresión protege inclusive las expresiones que chocan, ofenden o perturban.¹⁹

¹⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Estándares básicos de libertad de expresión. Guía básica para los operadores de justicia en Las Américas. Publicado en Agosto de 2017. Disponible en: <http://www.CorteIDH.or.cr/tablas/r37048.pdf>.

¹⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II . CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 diciembre 2009.

¹⁹ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

4. ***Responsabilidades ulteriores por el ejercicio a la libre expresión: el test tripartito***

Como principio general, la CIDH ha establecido que las limitaciones al derecho de libertad de expresión deben ir acorde a los principios de una sociedad democrática.²⁰ Por esta razón, la Corte IDH ha desarrollado la doctrina del “*test tripartito*”, en base al Art. 13.2 de la CADH, por medio del cual se deben cumplir tres requisitos para considerar admisible la restricción al derecho estudiado.²¹

La primera condición consiste en que las limitaciones deben estar plasmadas en una ley, de forma clara y precisa. Con base en lo anterior, la norma debe contener, de forma clara, “[...] *las causas de responsabilidad posterior a la que puede estar sujeto el ejercicio del derecho a la libertad de expresión*”.²² Esto se desprende de la necesidad de evitar la promulgación de normas que otorguen facultades discrecionales muy amplias a las autoridades²³, pues ello puede generar censura previa o la imposición de sanciones desproporcionadas²⁴, todo esto en perjuicio de personas que manifiesten sus ideas y opiniones. En este sentido, la Corte IDH reconoce que, al ser el derecho penal el medio más estricto para establecer sanciones por una conducta,²⁵ es indispensable que la misma sea establecida “en forma expresa, precisa, taxativa y previa”.²⁶

Como segunda condición, la Corte IDH ha dispuesto que las limitaciones se encuentren bajo los objetivos imperiosos plasmados en la CADH²⁷ y que aseguren el respeto a “[...] *los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional y el orden público o la salud o la moral públicas*.”²⁸ Lo manifestado nos demuestra que la limitación debe ser concebida de tal forma que encuentre su legitimación en el interés público expresado en los objetivos de la CADH.²⁹

En cuanto al objetivo vinculado con la protección de los derechos a los demás, la Corte IDH ha indicado que la facultad de establecer responsabilidades ulteriores debe lograr un balance que respete

²⁰CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88.doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

²¹ Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Fecha de publicación: 20 noviembre 2009. Serie C No. 207.

²² Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II . CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 diciembre 2009.

²³ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II . CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 diciembre 2009.

²⁴ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II . CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 diciembre 2009.

²⁵ Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Fecha de publicación: 20 noviembre 2009. Serie C No. 207. Párr. 55.

²⁶ Corte IDH. Caso Eduardo Kimel vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Fecha de publicación: 2 mayo 2008. Serie C No. 177. Párr. 54.

²⁷ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 75

²⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 13.2

²⁹ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 75.

los derechos de las demás personas³⁰ señalando también que estos deben encontrarse en una condición de amenaza o lesión, pues caso contrario resulta innecesario aplicar responsabilidades ulteriores en situaciones que no ameritan ese tipo de sanción³¹. Por tanto, indicó la Corte IDH en su oportunidad:

“Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto”.³²

Como última condición, se encuentra el requisito de que las limitaciones deban ser necesarias en una sociedad democrática, esto es, que sean estrictamente proporcionada a la finalidad e idónea para lograr el objetivo.³³ En cuanto a la necesidad, la CIDH ha considerado que se debe verificar una circunstancia en la que no exista otro mecanismo menos restrictivo a los derechos humanos, que sirva para alcanzar el objetivo legítimo.³⁴ No obstante, la limitación necesaria “[...] no puede ir más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión.”³⁵

La proporcionalidad a la que se hace referencia está vinculada con la finalidad legítima que justifica la limitación al derecho.³⁶ Según la Corte IDH “[...] ha de determinarse si el sacrificio de la libertad de expresión que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen”,³⁷ concluyendo, en definitiva, que no hay un fórmula precisa para alcanzar la proporcionalidad mencionada.³⁸ Sin embargo, se ha desarrollado un mecanismo que “[...] evalúa tres factores: el grado de afectación del derecho contrario; la importancia de satisfacer el derecho contrario; y si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión”³⁹.

³⁰ Corte IDH., Caso de Eduardo Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

³¹ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 78.

³² Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85. Fecha de publicación: 13 noviembre 1985. Serie A No. 5. Párr. 77.

³³ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009.

³⁴ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 86.

³⁵ Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia. Fecha de publicación: 2 mayo 2008. Serie C No. 177. Párr. 83; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia. Fecha de publicación: 22 noviembre 2005. Serie C No. 135. Párr. 85; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia. Fecha de publicación: 2 julio 2004. Serie C No. 107. Párrs. 121-122; Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85. Fecha de publicación: 13 noviembre 1985, Serie A No. 5. Párr. 46

³⁶ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 89.

³⁷ CIDH. Informe Anual 2009. Párr. 89; Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia. Fecha de publicación: 2 mayo 2008. Serie C No. 177. Párr. 83.

³⁸ Corte IDH I.D.H., 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. 39; CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. Francisco Martorell. Chile. 3 de mayo de 1996. Párr. 7.

³⁹ CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 90.

Por último, la idoneidad supone que la medida adoptada debe ser efectiva para alcanzar el objetivo que se persigue⁴⁰. Cabe recalcar que dicho objetivo debe contribuir al cumplimiento de las finalidades establecidas en la Convención,⁴¹ debido a que su legitimidad está vinculada a los objetivos plasmados en la misma.

Así, si bien se entiende que en determinadas ocasiones es posible limitar el ejercicio del derecho a la libre expresión, cuando ello es necesario salvaguardar bienes jurídicos superiores, las limitaciones impuestas deben cumplir con los requerimientos establecidos en el artículo 13.3 de la CADH. Los parámetros desarrollados en esta sección son aplicables para cualquier tipo de restricción que se imponga desde el Estado al ejercicio de la libre expresión, incluidas aquellas que deriven de procesos administrativos, como aquellos llevados a cabo por la SUPERCOM.

III. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: ALCANCE Y CONTENIDO EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DEL SIDH.

1. *Sentido y alcance del derecho y principio a la igualdad y no discriminación:*

La igualdad y no discriminación tiene un doble contenido. Por un lado, se constituye como un principio rector para la protección de derechos humanos y, por otro lado, se constituye como un derecho humano “*subjetivo e individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación.*”⁴²

Como principio, la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-18/13 sostuvo que:

*“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, **son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos.**”*⁴³. Siguiendo esta línea, la Corte IDH indicó que “*el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación **constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales.***”⁴⁴

En contraste, en su dimensión de derecho, la igualdad y no discriminación ha sido analizada a partir de la observancia de las conductas específicas que pueden constituir actos discriminatorios y las

⁴⁰CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009. Párr. 88.

⁴¹ Corte IDH. Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia. Fecha de publicación: 2 mayo 2008. Serie C No. 177

⁴² Eguiguren, Francisco. Principio a la igualdad y no discriminación. *Ius et veritas*, pág. 63.

⁴³ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 83.

⁴⁴ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 1271, párr. 184.

obligaciones estatales que se desprenden del mismo. Según la Corte IDH, esto puede manifestarse de dos maneras: promoviendo la igualdad ante la ley y, prohibiendo conductas discriminatorias:

“una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.”⁴⁵

Siguiendo esta línea, la Corte IDH ha señalado que este derecho deviene *“directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es **inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos.**”⁴⁶*

2. Distinciones discriminatorias y el test de discriminación

Es importante señalar que no toda distinción constituye per se un acto discriminatorio. La Corte IDH ha manifestado que: *“no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento frente a individuo”*.⁴⁷ Con el fin de diferenciar entre distinciones legítimas y distinciones discriminatorias se ha desarrollado a nivel internacional la aplicación de un test de discriminación.

El test de discriminación señala que si la finalidad de una distinción carece de una justificación objetiva y razonable es discriminatoria.⁴⁸ Respecto de este tema, la Corte IDH ha establecido dos criterios básicos para que una distinción sea discriminatoria. El primero criterio busca que *“a) hay[a] una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares”⁴⁹* y se analiza que *“b) la diferencia no [tenga] una justificación objetiva y razonable.”⁵⁰* De ahí que el test de discriminación *“analiza este fundamento objetivo y razonable, por medio de, por ejemplo, la relación de proporcionalidad entre el trato desigual y el fin perseguido.”⁵¹* Sobre esto, la Comisión IDH ha establecido que hay una situación de discriminación cuando *“no hay una razonable y objetiva proporcionalidad entre los medios empleado y el objetivo cuya realización se persigue”*.⁵²

Así, para identificar un tratamiento distinto entre situaciones análogas o similares, se debe comparar el tratamiento que se otorgaría a la persona si esta tuviera una identidad de género y/u

⁴⁵ Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 2464, párr. 267.

⁴⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 3076, párr. 173.

⁴⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Costa Rica: 19 de enero de 1984, párr. 57.

⁴⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/2002: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Costa Rica: 28 de agosto de 2001, párr. 42.

⁴⁹ Comisión IDH. Marcellín Hanríquez vs. Argentina. Informe Nro. 73/00. Washington: 3 octubre de 2009, párr. 37

⁵⁰ Ibidem

⁵¹ Daniel Vázquez. Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles. Universidad autónoma de México. México D.F.: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2016, p. 77.

⁵² Comisión IDH. Marcellín Hanríquez vs. Argentina. Informe Nro. 73/00. Washington: 3 octubre de 2009, párr. 37.

orientación sexual distinta. Al respecto, en el caso de Carlos García Saccone contra Argentina, la CIDH sostuvo que hay un tratamiento discriminatorio ocurre cuando “(i) la negación de un derecho que es reconocido a otros; (ii) la disminución de un derecho a algunos, mientras que es cabalmente otorgado a otros; (iii) la imposición de una obligación a algunos, mientras es menos gravosa con otros; (iv) la imposición de un deber a algunos que no es impuesto de manera tan pesada a otros.”⁵³

En este sentido, para que una justificación sea objetiva se requiere que “la distinción no obedezca a apreciaciones que están sujetas a interpretación”⁵⁴, y que las “medidas deben abarcar a todas las personas que se encuentren dentro de las circunstancias particulares que justifican la diferenciación de trato.”⁵⁵ Es decir, “la justificación no debe ser subjetiva, y por lo tanto no vinculada a la propia persona; en otras palabras, en el momento que la justificación alegada puede vincularse a una característica del individuo, puede ser discriminatoria.”⁵⁶ De ahí que, el análisis de la justificación debe realizarse en el caso concreto, a través de la verificación de que el acto discriminatorio no se base en características subjetivas que pueden vincularse a una persona. Así también, para analizar si una justificación de es razonable, se “debe obedecer a consideraciones de lógica y su propósito no debe ser ilícito bajo el orden jurídico en cuestión”.⁵⁷ Sobre esto, Martínez y Zúñiga Urbina señalan que existe una justificación razonable cuando la misma tiene una explicación, prudente o lógica, que se contrapone al capricho.⁵⁸

3. Categorías sospechosas o categorías protegidas.

La doctrina de categorías sospechosas o categorías protegidas son un mecanismo para analizar las distinciones discriminatorias que se han dado contra grupos que se encuentran históricamente discriminados. Sobre esto, Courtis observa que:

“(…)las categorías sospechosas o protegidas son “factores sobre cuya base las distinciones perjudiciales están prohibidas”. Como norma general, los tratados internacionales de derechos humanos en sus artículos que propugnan el derecho a la igualdad y no discriminación suelen hacer una mención ejemplificativa de estas categorías.”⁵⁹

Siguiendo esta línea, las categorías sospechosas de discriminación se presentan como una serie de garantías que buscan identificar tratos diferentes respecto de ciertos grupos o personas vulnerables cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección.

53 CIDH. Caso Carlos García Saccone contra Argentina. Informe Nro.8/98. Caso 11.671. Washington: 2 de marzo de 1998, párr. 40.

54 Patricia Palacios. La No Discriminación: Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y no discriminación. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2006, p. 36.

55 *Ibid.*

56 Marie-Ange Moreau. Las Justificaciones de las Discriminaciones. Marseille: 2006, p.162.

57 Patricia Palacios. La No Discriminación: Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y no discriminación. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2006, p. 36.

58 Andrea Rosario Íñiguez Manso. La noción de "categoría sospechosa" y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso: 2014, p.24.

59 Courtis, Christian. Dimensiones conceptuales de la protección legal, pág. 48.

Sobre esto, la Corte IDH ha señalado que *“la determinación de estas categorías sospechosas **está relacionada con las características de la discriminación en un momento dado en un país o región.**”*⁶⁰

Bajo este estándar, cuando existe una categoría sospechosa de discriminación es necesario invertir la carga de la prueba, es decir la persona que discrimina es quien deberá demostrar que no existe discriminación. Además, si la discriminación que se analiza se basa en una categoría sospechosa, además del test de discriminación debe realizarse un escrutinio estricto. Sobre esto, la Corte IDH estableció que *“tratándose de la prohibición de discriminación por [una categoría sospechosa], la eventual restricción de **un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.**”*⁶¹

Para la Corte IDH el análisis del escrutinio estricto consiste en verificar que: *“**el trato diferente constituya una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso.**”*⁶²

4. El carácter jus cogens del derecho a la igualdad y no discriminación, y las obligaciones que derivan para el Estado

De acuerdo a varios organismos internacionales, el principio de igualdad y no discriminación ha adquirido el carácter de jus cogens. Sobre esto, la Corte IDH ha indicado que : *“**en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del [i]us cogens.**”*⁶³. En consecuencia, la igualdad y no discriminación constituye una norma de máxima jerarquía a nivel internacional que genera una obligación *erga omnes*, es decir, una obligación vinculante frente a todos los Estados que admite excepción alguna.⁶⁴

Así, la Corte IDH indicó, en la Opinión Consultiva OC-18/03 que *“**puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, (...) esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en**”*

⁶⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18-13

⁶¹ Corte IDH . Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 134.

⁶² Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 241.

⁶³ Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 1271, párr.184.

⁶⁴ O'Donnell, D. (2012). Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano (2da ed.). México D.F.: Alejandro Valencia Villa y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, pág. 75.

contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas.”⁶⁵

En consecuencia, este carácter genera una obligación que “**no admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona.**”⁶⁶ [énfasis añadido].

Adicionalmente, tanto la igualdad y no discriminación como derecho y como principio generan al andamiaje estatal obligaciones específicas con son la obligación de garantía, respeto y protección. En este sentido, en virtud de la obligación de garantía el Estado debe realizar todas las medidas tendientes asegurar el efectivo goce y ejercicio de la igualdad y no discriminación. Sobre esto, la Corte IDH señaló que la obligación de garantía busca “*organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público [para] asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.*”⁶⁷ Ahora bien, de esta obligación se desprende para el estado tres deberes específicos que permiten garantizar de manera más precisa la igualdad y no discriminación. Estas 3 obligaciones son: el deber de debida diligencia, deber reforzado de protección de las personas que se encuentren en situación de desprotección y obligación del estado de realizar investigaciones serias en casos de violencia de género.

Para concluir, es menester recordar que la ratificación de un tratado impone al Estado el deber de cumplirlo de buena fe, atendiendo a su sentido y finalidad, de acuerdo al principio de “*pacta sunt servanda*”, consagrado en la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. Ya específicamente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derecho Humanos, esa ratificación genera tres obligaciones al Estado: respeto, garantía y protección⁶⁸. Como consecuencia de éstas, el Estado adquiere un ineludible deber de adecuar su ordenamiento interno a la luz de estas normas, pero, además, de observar, en el ámbito de aplicación de estas normas, los estándares desarrollados por los tribunales internacionales de Derechos Humanos, de acuerdo al principio del “*control de convencionalidad*”.

⁶⁵ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 99.

⁶⁶ Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 100.

⁶⁷ Corte IDH (29 de julio de 1988). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, párr. 166.

IV. LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS PARA TUTELAR EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN, POR PARTE DE LA SUPERCOM.

1. La Ley Orgánica de Comunicación: una norma contraria a los estándares en materia de libre expresión.

La Ley Orgánica de Comunicación entró en vigencia en junio de 2013⁶⁹, en cumplimiento de lo decidido por el pueblo ecuatoriano en la Consulta Popular de mayo de 2011, donde la mayoría accedió a proceder con *“la erradicación de la influencia del poder económico y del poder político sobre los medios de comunicación, así como el mejoramiento de la calidad de contenidos difundidos por los medios de comunicación, y el establecimiento de las consecuencias jurídicas para evitar un uso abusivo e irresponsable de la libertad de expresión”*⁷⁰.

El texto aprobado recibió fuertes críticas tanto a nivel del Sistema de Naciones Unidas, como del SIDH. Por ejemplo, Frank la Rue, entonces Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Expresión y Opinión, remitió una carta al Estado alertando sobre las múltiples violaciones al derecho a la libre expresión que contenía esa norma⁷¹. Por su parte, la Relatora Especial para la Libre Expresión, Catalina Botero, manifestó también su preocupación por las disposiciones en la LOC. En particular, se refirió a la imposición de contenidos a los medios, la obligación ambigua de emitir información *“veraz”*, la imposición de normas deontológicas desde el Estado, y la imposición, so pena de sanción, de los medios de cubrir hechos de interés público⁷². A nivel del SIDH, entre 2013 y 2017 se realizaron varias audiencias públicas en la CIDH para tratar los problemas derivados de la entrada en vigor de la LOC. Además, en los informes anuales de la RELE de estos años, se alertó constantemente sobre problemas tanto en la redacción como en la aplicación de esa norma, que derivaban o podrían derivar en violaciones a la Convención Americana. Es posible concluir, por tanto, que en general el espíritu de la LOC, y muchas de las normas que ésta contenía, eran incompatibles con el derecho a la libre expresión.

2. Las normas de la LOC relativas a la protección contra la discriminación.

Como se dijo, las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos exigen a los Estados garantizar de manera adecuada el efectivo ejercicio de éstos, a partir de la adecuación de normas y el establecimiento de políticas encaminadas a ese fin, entre otros. En Ecuador, una de las formas con las que se pretendió garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación, fue a través de la adopción de normas en la LOC, orientadas a imponer responsabilidades ulteriores por la difusión de contenido

⁶⁹ Registro Oficial No. 22. Tercer Suplemento. Martes 25 de junio de 2013.

⁷⁰ Ley Orgánica de Comunicación, 2013. Parte considerativa.

⁷¹ Ver, en este sentido: El Universo. Relator de la ONU expresa preocupación por Ley de Comunicación en Ecuador. <https://www.eluniverso.com/noticias/2013/06/19/nota/1044936/relator-onu-expresa-preocupacion-ley-comunicacion-ecuador> Último acceso: 10/03/2019.

⁷² Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Carta al Canciller Ricardo Patiño de 28 de junio de 2013. [https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2013_06_28_CARTA_ECUADOR\(VP\)_ESPANOL.PDF](https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2013_06_28_CARTA_ECUADOR(VP)_ESPANOL.PDF). Último acceso: 10 de marzo de 2019.

discriminatorio. En este sentido, la vigencia del derecho a la no discriminación se convierte en un límite al ejercicio de la libre expresión para los medios de comunicación en el país.

Así, el artículo 10 de la LOC dispone, como norma deontológica, “(...) a. respetar la honra y la reputación de las personas; b. Abstenerse de realizar y difundir contenidos y comentarios discriminatorios”⁷³. Por su parte, el artículo 61 de la LOC caracteriza lo que son los “contenidos discriminatorios”, indicando que:

“Art. 61.- Contenido discriminatorio.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por contenido discriminatorio todo mensaje que se difunda por cualquier medio de comunicación social que connote distinción, exclusión o restricción basada en razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad o diferencia física y otras que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, o que incite a la realización de actos discriminatorios o hagan apología de la discriminación.

A continuación, el artículo 62 establece una prohibición expresa de difundir contenido discriminatorio:

“Está prohibida la difusión a través de todo medio de comunicación social de contenidos discriminatorios que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Se prohíbe también la difusión de mensajes a través de los medios de comunicación que constituyan apología de la discriminación e incitación a la realización de prácticas o actos violentos basados en algún tipo de mensaje discriminatorio”.

En esta línea, el artículo 63 establece los criterios de calificación de los contenidos discriminatorios, indicando que:

“(...) para que un contenido sea calificado de discriminatorio es necesario que el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación establezca, mediante resolución motivada, la concurrencia de los siguientes elementos: “1. Que el contenido difundido denote algún tipo concreto de distinción, exclusión o restricción; 2. Que tal distinción, exclusión o restricción esté basada en una o varias de las razones establecidas en el artículo 61 de esta Ley; y, 3. Que tal distinción, exclusión o restricción tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento o goce de los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales; o que los contenidos difundidos constituyan apología de la discriminación o inciten a la realización de prácticas o actos violentos basados en algún tipo de discriminación”.

⁷³ LOC. Artículo 10 incisos a) y b)

Finalmente, el artículo 64 dispone que las posibles sanciones administrativas aplicables a los medios que difundan contenido discriminatorio, que van desde las disculpas públicas, hasta la imposición de multas⁷⁴.

De la lectura de los artículos anteriores, es posible afirmar que la normativa establecida en la LOC para controlar la difusión de contenido discriminatorio no observa los estándares de derechos humanos en cuanto a la legalidad. Esto, porque la caracterización de una expresión como “discriminatoria”, está redactada en términos excesivamente amplios, donde una gran cantidad de situaciones podrían incluirse en las mismas, y por lo tanto ser susceptible de sanción. Los términos “*algún tipo de restricción, exclusión y discriminación*” podrían abarcar incluso expresiones que, siendo chocantes, estarían, no obstante, protegidas por el derecho a la libre expresión. Además, el artículo no hace distinción entre discursos que se refieran a funcionarios públicos o asuntos de interés público, que, por esta naturaleza, deberían gozar de un umbral de protección más alto que otras expresiones. En este sentido, la norma permite que se impongan responsabilidades ulteriores incluso en casos donde la crítica es legítima, dada la calidad de la persona sobre quien ésta se realiza.

Resulta problemática también la redacción del artículo 64, que establece que para la imposición de sanciones por contenido discriminatorio deben *concurrir* tres supuestos: 1. Que el contenido difundido denote algún tipo concreto de distinción, exclusión o restricción; 2. Que tal distinción, exclusión o restricción esté basada en una o varias de las razones establecidas en el artículo 61 de esta Ley; y, 3. Que tal distinción, exclusión o restricción tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento o goce de los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales; o que los contenidos difundidos constituyan apología de la discriminación o inciten a la realización de prácticas o actos violentos basados en algún tipo de discriminación”. Así, es posible afirmar que las sanciones impuestas serán solo legítimas en el caso de que todos esos elementos concurren, lo cual resulta complicado, pues el inciso tercero del artículo 64, parece establecer dos situaciones que no necesariamente podrían ocurrir de manera simultánea: menoscabar o restringir el ejercicio de derechos, realizar apología a la violencia, o incitar al cometimiento de prácticas o actos violentos. La norma no es clara y, por tanto, una sanción basada en su aplicación no cumpliría con uno de los requisitos del “*test tripartito*”: que las leyes bajo las cuales se impongan responsabilidades ulteriores no deben adolecer de ningún tipo de ambigüedad. Visto de esta manera, además, la inobservancia de

⁷⁴ Art. 64.- Medidas administrativas.- La difusión de contenidos discriminatorios ameritarán las siguientes medidas administrativas: 1. Disculpa pública de la directora o del director del medio de comunicación presentada por escrito a la persona o grupo afectado con copia a la Superintendencia de la Información y Comunicación, la cual se publicará en su página web y en la primer interfaz de la página web del medio de comunicación por un plazo no menor a siete días consecutivos; 2. Lectura o transcripción de la disculpa pública en el mismo espacio y medio de comunicación en que se difundió el contenido discriminatorio; 3. En caso de reincidencia se impondrá una multa equivalente del 1 al 10% de la facturación promediada de los últimos tres meses presentada en sus declaraciones al Servicio de Rentas Internas, considerando la gravedad de la infracción y la cobertura del medio, sin perjuicio de cumplir lo establecido en los numerales 1 y 2 de este artículo; y, 4. En caso de nuevas reincidencias, la multa será el doble de lo cobrado en cada ocasión anterior, sin perjuicio de cumplir lo establecido en los numerales 1 y 2 de este artículo.

alguno de los requisitos, supuestamente concurrentes, a la hora de aplicar una sanción en base a los artículos mencionados, haría de éstas, ilegítimas.

3. *Las sanciones administrativas impuestas por la SUPERCOM, en aplicación de los artículos 61-64 de la LOC.*

Como se indicó, el objetivo de este artículo es el de contrastar las resoluciones emitidas por la SUPERCOM durante sus cinco años de funcionamiento, con los estándares y normas que el Ecuador debe respetar en materia de derechos humanos. En esta sección analizaremos, el contenido de las resoluciones de esa entidad, emitidas como medida de sanción administrativa contra medios y comunicadores sociales, por la presunta violación al derecho a la no discriminación, en base a lo dispuesto en los artículos 61 al 64 de la LOC. Para esto, se tomaron como muestra las 20 resoluciones disponibles en el sistema de la SUPERCOM relativos a esos artículos, y se analizaron a la luz de los estándares mencionados en las secciones anteriores⁷⁵.

En primer lugar, se desprende del cuadro de las resoluciones analizadas, que de las 20 decisiones administrativas adoptadas por la SUPERCOM, 3 sancionaron discursos que se referían al estatus socioeconómico de una persona o grupo, 4 se referían de manera peyorativa a las mujeres en el ámbito de su vida sexual; 1 se refería a discriminación a un grupo de personas en razón de su nacionalidad; 3 sanciones se impusieron por supuestos contenidos racialmente discriminatorios; tres por comentarios que objetivizan a la mujer; 4 por contenidos discriminatorios contra la orientación sexual de las personas, 1 por atentar contra la libertad religiosa, y 1 por menoscabar la honra de una persona (ver el cuadro adjunto).

En cuanto al tipo de contenido sancionado, en varios casos, se imponen sanciones sobre comentarios que son opiniones de locutores de radio, que, si bien son chocantes, no parecerían tener posibilidad de generar actos de violencia, o menoscabar gravemente los derechos de las personas. La mayoría de estos comentarios se refieren a las mujeres y a su vida sexual, con lo cual, la decisión de la SUPERCOM sanciona el hecho de que tales comentarios “normalicen la discriminación” u “objetivizan” a la mujer. A continuación, analizaremos la forma cómo se impusieron estas sanciones, según cada categoría:

1. *Condición socioeconómica*

Existen tres resoluciones respecto de la discriminación basada en la condición socioeconómica. En la primera resolución se sanciona a una emisora radial porque el comentarista opina que las empleadas domésticas no deberían tener la misma estabilidad laboral que alguien que tenga otro puesto

⁷⁵ Un cuadro que resume los hechos relevantes en cada uno de estos procesos se ha anexoado al final del artículo.

laboral.⁷⁶ En contraste, la segunda resolución sanciona a un canal de televisión ya que uno de los presentadores emite comentarios en contra de las personas “cholas” a través de los cuales se “*emiten prejuicios que alimentan el imaginario social*”.⁷⁷ Finalmente, la tercera resolución sanciona a un programa de comedia que utiliza un personaje ficticio al que se le otorgan ciertas características para denotar su baja condición socioeconómica, que sirve como motivo de burla.⁷⁸

A diferencia de otros casos, en estas resoluciones no existe una distinción específica por la condición económica, sino más bien, son los funcionarios de la SUPERCOM quienes, concluyen que dichos temas generan una distinción discriminatoria. En este sentido, es claro que para llegar a esta conclusión no se utilizan estándares relevantes al momento de analizar la discriminación, tan solo se busca sancionar a comentarios chocantes que pueden ser visto como intolerantes y ofensivos, pero que claramente no ingresan en el umbral de una distinción discriminatoria. Así también, es preocupante notar que se sanciona dicho contenido, a pesar de que los mismos no tienen la capacidad o intención de generar una afectación a los derechos de personas con una baja posición social. Es decir, si bien estas opiniones pueden ser vistas como intolerantes hacia cierto grupo determinado, no podría establecerse que dicha intolerancia es una distinción discriminatoria, peor aún un discurso que deba ser sancionado, pues no ha generado ningún tipo de afectación de derechos o actos violentos o ilegales.

2. Género y vida sexual

De las cuatro decisiones analizadas, se desprende que, en algunos casos, las responsabilidades ulteriores fueron impuestas sobre opiniones. Así, por ejemplo, la Resolución No. 028-16-IZ3, indica que el discurso discriminatorio es una “opinión” del locutor radial, que afirmó que “las mujeres se entregan al placer sin responsabilidad”. La SUPERCOM se basa en estándares jurisprudenciales de la CC del Ecuador para establecer, de manera teórica, la doctrina alrededor de las categorías sospechosas, pero falla en determinar cómo el comentario del locutor, además de ser odioso o chocante, es capaz de generar un menoscabo real en los derechos de las mujeres, y si es capaz de generar actos de violencia, a la luz del artículo 64 de la LOC. Lo mismo ocurrió en la decisión 035-2016-123, en la que se sancionó al locutor por emitir un criterio personal sobre el hecho de que ciertas mujeres utilizan a los hijos para sacar dinero de pensiones alimenticias. En este caso, el análisis de la SUPERCOM se basó en afirmar que ese solo comentario “en el ámbito de la comunicación”, es per se discriminatorio, pero no explicó tampoco en qué sentido menoscababa derechos o generaba situaciones de violencia en contra de las mujeres. Por su parte, la decisión 0016-2016-DGJPS-IZ78, se sancionó un comentario de un locutor de radio, que había afirmado que las mujeres y las personas GLBTI tienen la culpa de que se contagien de virus VIH. Finalmente, la resolución 055-2014-DNJRD-INPS, se refiere a la sanción al programa de

⁷⁶ SUPERCOM. Resolución 007-2016-D-DPS-IICZ4.

⁷⁷ SUPERCOM. Resolución 026-2017-DNJRD-INPS.

⁷⁸ SUPERCOM. Resolución 001-2015-DNJRD-INPS.

humor “Pareja Feliz”, donde la SUPERCOM determina que el contenido en cuestión “activa” estereotipos. En este caso, sin embargo, uno de los diálogos del programa objeto de la sanción, es una frase que, sin ser discriminatoria contra nadie, tiene un alto contenido sexual.

Los dos primeros casos, casos versan sobre la opinión generalizada, y para muchos odiosa, sobre las mujeres, pero la entidad falla en explicar cómo éstos menoscaban el *ejercicio* de derechos. Tampoco explican por qué generarían actos de violencia. En ninguno de los casos, se hace alusión a los estándares internacionales en materia de libre expresión para justificar la legalidad, idoneidad y necesidad de la medida. En los dos segundos, parece existir una confusión entre un discurso sexualmente explícito o picaresco, un discurso chocante, y un discurso discriminatorio. Preocupa, además, que en ninguna de las cuatro resoluciones se explique claramente por qué el contenido controvertido discrimina, y cuáles son las afectaciones concretas a los derechos de las minorías presuntamente afectadas.

3. Nacionalidad

Así también, del análisis se desprende una resolución que sanciona discriminación basada en nacionalidad. Durante un programa radial los locutores hacen referencia a que la población venezolana se encuentra en el país para buscar comida y contrabandear productos de higiene personal. En este sentido, el problema se encaja en que la SUPERCOM otra vez utiliza este contenido que puede ser chocante en términos de tolerancia para sancionar aquello que consideran discriminación. Ahora bien, uno de los temas que más preocupan al analizar esta resolución es que el análisis del contenido no se basa en estándares internacionales o nacionales discriminación y libertad de expresión. Si no, más bien se basa en la apreciación que tiene la SUPERCOM sobre el tema. Por ejemplo, en su parte de motivación se concluye lo siguiente: *“En este sentido, se ha constatado que el mensaje emitido por los presentadores, del citado programa radial, evidencian y ponen en manifiesto la intolerancia a la condición socio económica y lugar de nacimiento [...] que, como consecuencia violenta el derecho de las personas, produciéndoles un daño que se traduce en la restricción del goce de sus derechos.”*

Sin embargo, del análisis de esta opinión que ha sido sancionada se puede observar que la misma no tenía la capacidad para generar una afectación a los derechos de la población venezolana. Peor aún, bajo el análisis de la SUPERCOM no se verifica la existencia de un nexo causal entre la opinión y los supuestos daños causados. Es preocupante notar que el Estado confunde discursos intolerantes con discursos discriminatorios y, en ningún momento, verifica si esta distinción intolerante alcanza el umbral de discriminación. Así también, siguiendo la línea del caso anterior, la SUPERCOM comete el error de asumir que por ser un discurso que genera preocupaciones en tema de tolerancia debe ser sancionado, cuando es claro que en ningún momento dicho discurso tiene un efecto negativo que genere una disminución de derechos a las personas venezolanas. Finalmente, cabe destacar que la Comisión IDH y la RELE han mencionado varias veces que *“en muchos contextos, debido a las desigualdades sociales*

*estructurales, las visiones discriminatorias y el prejuicio existente en el discurso público no pueden ser erradicados a través de sanciones legales.*⁷⁹

4. Origen étnico

Otras sanciones se refieren a alegados discursos discriminatorio en razón a la raza (3). La primera es la resolución No. 009-2015-DNJRD-INPS, que versa sobre la sanción a una caricatura de Bonil, donde se burlaba del Asambleísta Agustín Delgado, quien en una sesión de la Asamblea no habría podido leer su discurso. Si bien la caricatura jamás hizo alusión a su origen racial, el colectivo que presentó la demanda indicó haberse sentido ofendido en esa calidad. Al respecto, en esa resolución se caracteriza a la discriminación como “tratar mal a una persona”, y se acusa por violación a la norma deontológica, y no a la norma sustantiva de los artículo 61 y 62. Finalmente, aunque se condena al caricaturista y al medio por “discriminar en base a condición socioeconómica”, la denuncia y los argumentos de los denunciantes giraron en torno al origen racial de Delgado, y cómo se sintieron ofendidos los denunciantes (un colectivo afro), porque a su criterio, la publicación fomentaba estereotipos contra los afroecuatorianos. En este caso, tampoco se determinó de manera concreta las afectaciones a los posibles demandados, y la necesidad de imponer una sanción administrativa.

En la resolución 015- 2015-DNJRD-INPS, se sanciona la opinión de un ciudadano que llamó a una radio a quejarse de ciertos actos cometidos en espacios públicos por personas indígenas, y haciendo referencia a otras “malas costumbres” que antes tenía ese colectivo, y que a su criterio deberían superarse. El lenguaje es fuerte, y denota molestia por parte del radioescucha, sin embargo, no se alcanza a explicar cómo esta intervención – que es una opinión ciudadana de carácter chocante- podría en la práctica menoscabar derechos, o generar actos de violencia. A diferencia del caso anterior, la sanción se impone por violación al artículo 62 de la LOC y no a sus normas deontológicas. Por último, en la resolución 023-215-DNGJPO-INSP, se califica como discriminatorio de todo el programa humorístico “Mi Recinto” por un sketch donde se burlaban de un personaje afrodescendiente. En el análisis de la CORDICOM validado por la SUPERCOM, se evidencia que nunca se indica de manera clara las expresiones sancionadas (solo se refiere, de manera general, a expresiones “peyorativas contra el personaje del Compadre Tulio”), y que se, además, se enfatiza en que la sanción responde al “juicio de valor” que en el programa se hace de la persona afro (es decir, se sanciona una opinión humorística). Al igual que los casos anteriores, para el CORDICOM y la SUPERCOM, el simple hecho de manifestar expresiones ofensivas contra un grupo caracteriza discriminación.

5. Objetivación de la mujer

⁷⁹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.. Informe temático sobre discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transintersex en América, 2015, párr. 21.

Existen tres resoluciones que sancionan contenido a través del cual se desprende objetivación o cosificación de la mujer. En la primera resolución se sanciona a un medio escrito que a través de sus publicaciones del “Lunes Sexi” muestra imágenes de mujeres con frases que relacionan a la mujer como objeto de satisfacción sexual, como son “*tremenda potra carajo*”.⁸⁰ Así también, otra de las resoluciones sanciona a un programa radial que a través de su segmento “de mascotas” utiliza expresiones que podrían ser mencionadas por mascotas. En este sentido, se sanciona a la Radio ya que utilizan expresiones como “*estoy con mi perra*”.⁸¹ En esta misma línea, un programa de televisión a través del segmento “*Nalgómetro*” utiliza expresiones que refuerzan el estereotipo corporal-estético y, que, bajo la visión de la SUPERCOM, convierte a la mujer en un objeto que puede consumirse.⁸² Ahora bien, en estas tres resoluciones la SUPERCOM concluye que los actos o expresiones sancionados convierten a las mujeres en objetos de consumo o de satisfacción sexual.

La CIDH ha señalado claramente que: “*Una sanción debe estar respaldada por prueba actual, verdadera, objetiva y contundente de que la persona no sólo estaba emitiendo una opinión o comentario (incluso si esa opinión es perturbadora) pero que la persona tenía la clara intención de promover la violencia ilegal o cualquier otra acción similar*”⁸³. De ahí que, de las resoluciones mencionadas en el párrafo anterior, se desprende que las mismas no verifican la existencia de pruebas actuales y objetivas que permitan demostrar que dicho contenido tenía la intención de promover violencia o cualquier acción parecida. Si bien dichas expresiones son chocantes, no puede establecerse un nexo objetivo y contundente entre las mismas y cualquier tipo de acción ilegal. Cabe resaltar, que el contenido de dichos programas o medios escritos además de ser chocantes en términos de tolerancia y respeto a las mujeres, no tienen la intención de generar actos ilícitos contra este género.

Así también, la CIDH ha explicado que es necesario verificar “*la capacidad que tiene el autor de lograr este objetivo y constituir un verdadero riesgo de daños contra las personas que pertenecen a estos grupos.*”⁸⁴ De las resoluciones mencionadas en esta sección, solamente el Diario “Extra” debido a su alcance nacional y continuo, tiene mayor capacidad para generar un daño contra las mujeres. Sin embargo, como se observó anteriormente, no existe una prueba objetiva que permita establecer un nexo causal entre dichas expresiones y generaron actos discriminatorios contra las mujeres. Peor aún, dicho contenido no puede vincularse de manera expresa y contundente con la violencia existente contra la mujer en Ecuador. Si bien el cosificar a una mujer es un acto sancionable bajo la Ley, en virtud de los estándares de libertad de expresión, la SUPERCOM se encontraba obligada a realizar un análisis específico que determine las consecuencias reales de dichas expresiones, más allá de meras suposiciones sobre el efecto social. Es

⁸⁰ SUPERCOM. Resolución 020-2014-DNJR-INSP.

⁸¹ SUPERCOM. Resolución 002-2015-DNGJPO-INPS.

⁸² SUPERCOM. Resolución 030-2014-DNJR-D-INPS.

⁸³ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe temático sobre discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transintersex en América, 2015, párr. 21.

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 21.

decir, existe un error reiterativo en estas resoluciones a través de las cuales no se verifica plenamente las consecuencias de las expresiones y tan solo se realiza suposiciones sobre las mismas.

6. Orientación sexual

De las resoluciones analizadas se desprenden cuatro resoluciones que sancionan supuestos actos de discriminación motivada en la orientación sexual. Por una parte, tres de estas resoluciones siguen un patrón específico al sancionar a programas humorísticos que, a través de personajes ficticios, fomentan o naturalizan estereotipos respecto de personas con diversa orientación sexual.⁸⁵ En su contenido usualmente se muestran una serie de burlas a estos personajes, en cuanto exteriorizan estigmas sociales de personas de diversa orientación sexual. Por otra parte, existe una resolución única por medio de la cual se sanciona a una emisora radial que a través de un programa informativo emitió una opinión que promueve el estereotipo erróneo que las personas de diversa orientación sexual son portadores de VIH.⁸⁶

El análisis realizado por la SUPERCOM en todas estas resoluciones parte de la premisa que el contenido promueve estereotipos discriminatorios que deben ser sancionados. Para motivar dicha sanción se toman diversos extractos del programa y se los analizan en conjunto como muestra de la discriminación realizada. Cabe resaltar que a pesar de que a primera vista dichos extractos pueden ser considerados discriminatorios, no se utiliza el test de discriminación para evidenciar la existencia de una distinción discriminatoria. A pesar de que la orientación sexual constituye una categoría sospechosa, es necesario que se realice un análisis del tipo de distinción y si la misma tenía una justificación objetiva y razonable. Esta distinción era de vital importancia sobre todo frente a los programas de contenido humorístico, pues los mismos usualmente generan contenidos en base a estereotipos erróneos de todo tipo, no solo aquellos relacionados a la orientación sexual.

Así también, como se mencionó anteriormente, en virtud de los estándares internacionales de libertad de expresión, las expresiones que deben ser sancionadas son las “*que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupos de personas.*”⁸⁷ En esta línea, de las expresiones analizadas no se desprende un nexo que permita pensar que dichas acciones generaron violencia o cualquier acción ilegal. Es decir, el análisis realizado por la SUPERCOM de comunicación es erróneo en cuanto se basa en simple suposiciones de las consecuencias de dichos estereotipos, sin embargo, dichas consecuencias no se produjeron. Sobre esto, la CIDH ha establecido que existen expresiones que “*aunque generan preocupación en término de la tolerancia, el civismo y respecto de los derechos de los demás*”⁸⁸, no deben ser restringidos o sancionados. Justamente, bajo el SIDH, aunque estas expresiones

⁸⁵ SUPERCOM. Resolución 053-2014-DNJRD-INPS, resolución 055-2014-DNJRD-INPS, resolución 033-2016-DPS-IZ1N.

⁸⁶ Resolución 0016-2016-DNJRD-INPS.

⁸⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe temático sobre discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transintersex en América, 2015, párr. 17.

⁸⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe temático sobre discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transintersex en América, 2015, párr. 18.

son chocantes en términos de tolerancia, no deben ser sancionadas. Además de esto, es claro que dichas expresiones no tenían la capacidad real o la intención de generar actos de violencia o actos ilegales basados en el rechazo a una orientación sexual diversa a la socialmente aceptada.

7. *Libertad religiosa.*

La única resolución sobre este caso versa sobre la sanción impuesta al canal Ecuavisa por la emisión del “Reality Show” “Ecuador Tiene Talento”, donde una adolescente que concursaba fue duramente criticada y atacada por las presentadoras, por decir que no creía en Dios. En este caso, las sanciones en base al artículo 62 se basaron en discriminación religiosa como por motivos de edad. Resulta curioso, además, que la denuncia haya sido presentada por la Asociación Ateísta Ecuatoriana y no por la niña agredida. A pesar de ello, las disculpas que se solicitó al medio fueron para la niña. El informe preliminar y la decisión no llegan a determinar en qué sentido se configura la discriminación (a pesar de que este era un caso particularmente sólido, dado que podría haberse alegado que la niña fue descalificada por sus posturas religiosas). Finalmente, los comentarios de los tres conductores eran opiniones, por lo que requerían un tratamiento particular.

8. *Honra.*

En la Resolución No. 007- 2016-D-DPS-IICZ4P, se sancionó al locutor radial Douglas Vargas, que emitió un comentario fuerte e insultante contra un funcionario público, indicando que “es un tipo mixtificado” y que “cualquier rato se suicida”. En la resolución, SUPERCON indica, por un lado, que el contenido viola su derecho a la honra y que, además, es discriminatorio, cuando ambas no pueden ser sinónimos. Ignora en la resolución que, al tratarse de una persona pública, el derecho a la honra debía balancearse con del derecho a la libre expresión. La resolución hace referencia a una violación del derecho a la honra, que, nuevamente no puede equipararse a discriminación.

V. CONCLUSIONES.

Las resoluciones analizadas demuestran que la SUPERCOM aplicaba de manera arbitraria los criterios establecidos en la LOC a la hora de sancionar contenido presuntamente discriminatorio. En la mayoría de los casos, las expresiones sancionadas, si bien eran ofensivas, chocantes y molestas, caracterizaban opiniones personales, que están especialmente protegidas por el derecho a la libre expresión, que indica que las opiniones, por ser criterios subjetivos, no pueden estar sujetas a responsabilidades ulteriores. También preocupa la confusión conceptual alrededor del derecho a la igualdad y no discriminación que realizaba la CORDICOM en sus informes preliminares, pues en ciertos casos confunde aquello con violaciones a la honra, y en ningún caso, logra establecer de manera clara cómo el discurso controvertido impide el ejercicio de derechos. Tampoco logra explicar el nivel de afectación concreto en perjuicio del accionante, pues en varias ocasiones quien denuncia no es la

persona contra quien se han vertido los comentarios presuntamente contrarios a la ley. En este sentido, es importante mencionar que, en su sentido estricto, la aplicación de la LOC en todos los casos es equivocada, pues, de acuerdo al artículo 64, las sanciones solo serían posibles si de manera *concurrente* se evidenciara que el discurso además de ser ofensivo tendría la posibilidad de generar actos de violencia, algo que no sucedió en ninguno de los casos analizados. En ninguno de los casos analizados se hace un balance entre el derecho a la no discriminación, y el derecho a la libre expresión, ni se toman en cuenta los estándares esgrimidos por los órganos del SIDH.

Si bien las normas establecidas en los artículos 61 al 64 de la anterior LOC pretendían asegurar la observancia del derecho a la igualdad y no discriminación, su carácter ambiguo y amplio eran *per se*, violatorios de principio de legalidad que debe observarse a la hora de interponer responsabilidades ulteriores. Esto se agrava, pues a partir de los casos analizados, se desprende que existía confusión entre las autoridades de CORDICOM y SUPERCOM con respecto al alcance del término “discriminación”, y a las situaciones que podrían generarla, llegando a sancionarse opiniones y discursos chocantes que no tenían una capacidad real de inhibir el ejercicio de derechos, y menos de desencadenar actos de violencia. En este sentido, es importante destacar que la jurisprudencia y estándares vinculantes para el Ecuador en materia de libre expresión y que han sido desarrollados por los órganos del SIDH, ha sido enfática en que un discurso ofensivo contra una persona o grupo solo puede sancionarse cuando tiene una potencialidad real de desencadenar actos de violencia.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar, como lo ha establecido la RELE, la importancia de que los medios de comunicación actúen de tal manera que no fortalezcan estereotipos de género, raciales o de cualquier otra índole. En este sentido, la obligación de protección del Estado no parece agotarse meramente con la creación de normas sancionatorias, sino más bien, mediante la creación de espacios de toma de conciencia, que puedan impactar efectivamente en los contenidos que los mismos ofertan. En este sentido, y ante la entrada en vigor de una nueva LOC en 2019, resulta necesario que el Estado ecuatoriano pase de una política de sanción arbitraria a contenidos chocantes que no obstante, están protegidos por el derecho a la libre expresión, hacia una de educación, sensibilización y diálogo con los medios y periodistas, sobre la importancia de su trabajo en la erradicación de la discriminación en el país.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Revistas

Eguiguren, Francisco. Principio a la igualdad y no **discriminación. Ius et veritas.**

Bertonni, 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 11/01/2015).

Grossman, Claudio. “La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”. En Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 46, Julio/Diciembre. 2007. En <http://www.iidh.ed.cr/>

Nogueria Alcalá, Humberto. Criterios para resolver las tensiones entre la libertad de opinión e información, y los derechos al honor y a la privacidad.

Nash, Claudio (2008): “Las relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Estudios Constitucionales(Año 6, N°1), pp.155-169.

O'Donnell, D. (2012). Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano (2da ed.). México D.F.: Alejandro Valencia Villa y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

Ramírez, S., y Gonza, A., “La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte IDH Interamericana de Derechos Humanos”. Primera edición, 2007. San José, Costa Rica. Pág. 19

Vázquez, Daniel. Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles. Universidad autónoma de México. México D.F: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2016

Vega Zamora, Hugo. (2012). El derecho a la libertad de expresión: ¿una limitante al poder estatal? (a propósito del diálogo intersubjetivo en una sociedad democrática).

Documentos del SIDH

CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

CIDH. Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.122. Doc. 5 rev. 1. 23 febrero 2005.

- CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Año 2009. Informe de la Relatoría Especial Para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51 corr. 1. 30 diciembre 2009.
- CIDH. Informe Anual 2015. Capítulo IV. Discurso de Odio y la Incitación a la Violencia Contra las Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15 31 diciembre 2015.
- CIDH. Informe Sobre Derechos Humanos y Terrorismo. OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr. 22 octubre 2002.
- CIDH. Marcelin Hanríquez vs. Argentina. Informe Nro. 73/00. Washington: 3 octubre de 2009, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II . CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 diciembre 2009.
- CIDH. Caso Carlos García Saccone contra Argentina. Informe Nro.8/98. Caso 11.671.
- CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Estándares básicos de libertad de expresión. Guía básica para los operadores de justicia en Las Américas. Publicado en Agosto de 2017.
- CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe temático sobre discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, transintersex en América, 2015.

Libros

- Courtis, Christian. Dimensiones conceptuales de la protección legal, pág. 48.
- Moreau, Marie-Ange. Las Justificaciones de las Discriminaciones. Marseille: 2006, p.162.
- Palacios, Patricia. La No Discriminación: Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y no discriminación. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2006.
- Ramírez, S., y Gonza, A., "La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Primera edición, 2007. San José, Costa Rica.
- Íñiguez, Andrea. La noción de "categoría sospechosa" y el derecho a la igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Valparaíso: 2014.

Declaraciones

- Declaración Conjunta sobre el Racismo y los Medios de Comunicación de los Relatores para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Organización de los Estados Americanos, 27 de febrero de 2001.

Casos Contenciosos

- Corte IDH . Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. Caso Eduardo Kimel vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Fecha de publicación: 2 mayo 2008. Serie C No. 177.
- Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 2464,
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 128.
- Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329,
- Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73
- Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia. Fecha de publicación: 22 noviembre 2005. Serie C No. 135.
- Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195. Párr. 151.
- Corte IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194. Párr. 143. Ver además, Corte IDH.
- Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.
- Corte IDH. Caso Usón Ramírez vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Fecha de publicación: 20 noviembre 2009. Serie C No. 207.
- Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015. Serie C No. 3076.
- Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Opiniones consultivas

- Corte I.D.H. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Párr. 39

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 83.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84. 19 de enero de 1984.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/2002: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.
Costa Rica: 28 de agosto de 2001.