

INVESTIGACIÓN

LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y DISCRIMINACIÓN ¿DERECHOS EN CONFLICTO?

UNA MIRADA AL CASO ECUATORIANO Y ESPAÑOL

Investigación realizada por la Dirección de Regulación del Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación.

65

INTRODUCCIÓN

La igualdad y la no discriminación son principios y derechos intrínsecos de las personas, los cuales se fundamentan en la dignidad humana. Ésta ha sido entendida como la satisfacción de las necesidades esenciales de las personas y el ejercicio de sus libertades (Gros, 2003). El principio de igualdad está estrechamente ligado al de no discriminación; los instrumentos internacionales de derechos humanos cuentan con varias referencias sobre estos principios, por lo cual es necesario analizar su dimensión estructural; ésta puede ser por un lado, autónoma o subordinada, es decir, que la igualdad se garantiza en sí misma o está ligada a otro derecho; por otro lado, abierta o restringida, que implica la numeración o indeterminación de posibles motivos de discriminación; entonces por ejemplo, en algunos casos existen referencia sobre la igualdad ante la ley, igualdad de protección, en algunos casos se especifican contextos asociados a derechos como la educación, trabajo, salud, entre otros (Bayefsky, 1990).

El reconocimiento de estos derechos en la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, ha tenido un efecto irradiador tanto a nivel internacional como nacional, ya que estos principios han sido adoptados en los demás instrumentos internacionales de derechos humanos y los ordenamientos jurídicos nacionales.

Al mismo tiempo, otro derecho fundamental de las personas es la libertad de expresión, pero éste no es un derecho abso-

luto, por lo cual es necesario establecer limitaciones con el fin de proteger la dignidad humana, la igualdad y evitar la discriminación.

Con el fin de analizar los límites a la libertad de expresión se propone realizar un análisis de derecho comparado entre Ecuador y España respecto de la difusión de contenidos de carácter discriminatorio en medios de comunicación social, el cual se complementará con jurisprudencia de estos países y de las Cortes regionales de Derechos Humanos.

Tanto Ecuador como España han ratificado varios instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen la igualdad, no discriminación y la libertad de expresión; incorporando a su vez estos derechos en sus textos constitucionales, lo cual se refleja en la normativa interna de estos países. En consecuencia, estas legislaciones regulan y también incluye prohibiciones respecto a los contenidos que se pueden difundir en los medios de comunicación, con el fin de que no se afecte la dignidad de las personas y se garantice su derecho a expresarse.

La relevancia de esta investigación para el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación radica en que dentro de sus fines institucionales se encuentra la protección, promoción y garantía de los derechos de la comunicación en el marco del respeto de los demás derechos constitucionales, tales como la dignidad y la no discriminación.

1. IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los principios de igualdad y no discriminación forman parte fundamental de los instrumentos internacionales de derechos humanos, que

(...) constituyen un principio básico y general relativo a los humanos (por consiguiente) el principio de no discriminación así como el de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley a veces se establecen expresamente en artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 1989).

En la Declaración Universal de Derechos Humanos se introduce el principio de igualdad a partir de su preámbulo al reconocerse la dignidad intrínseca y derechos iguales e inalienables de las personas, asimismo, en el artículo 7 se proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (Organización de las Naciones Unidas, 1948). Adicionalmente, en el artículo 19 se incluye el derecho de todas las personas a la libertad de opinión y de expresión (Organización de las Naciones Unidas, 1948). Estos derechos son de igual forma reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹, Convención Americana de Derechos Humanos², entre otros instrumentos internacionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-4/84 de 11 de enero de 1984, señala respecto a los principios de igualdad y no discriminación que:

La noción de igualdad se desprende 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 que si se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1984).

Se observa que el principio de igualdad es un principio básico de los derechos humanos que hace alusión a la dignidad de las personas; a su vez, implica el trato igualitario, evitando consideraciones de superioridad o inferioridad. Varios autores han estudiado las dimensiones del derecho a la igualdad; por un lado Seco (2015) señala que la igualdad se manifiesta en dos formas: en primer lugar, existe la igualdad formal que es aquella a través de la cual se constituye el derecho subjetivo de las personas frente al Estado y se materializa en los sistemas normativos; en segundo lugar, la igualdad material es aquella que se refiere a la necesidad de que existan condiciones materiales para la existencia de los seres humanos. Por

1. Ver artículos 2, 3, 26 (igualdad y no discriminación) y 24 (libertad de expresión).

2. Ver artículos 1, 24 (igualdad y no discriminación) y 13 (libertad de pensamiento y expresión).

otro lado, Carbonell (2007) analiza la igualdad desde dos aristas: la primera se relaciona con el derecho a un tratamiento igual, que consiste en una igualdad de oportunidades, recursos o cargas, evitando la existencia de diferencias basadas en el prejuicio y el estigma, así todas las personas son tratadas de una forma igual. La segunda arista se relaciona con el derecho a ser tratado como un igual, lo que implica que todas las personas sean tratadas con el mismo respeto y atención; en este caso, es necesario reconocer las diferencias sociales y desventajas inmerecidas por lo que es admisible un tratamiento diferenciado positivo para equiparar a las personas que se encuentran en una situación de desventaja.

Por otra parte, la discriminación es entendida como el conjunto de prácticas que niegan un trato igual entre las personas, generando resultados desiguales para ciertos grupos sociales, produciendo privación o menoscabo en el ejercicio de los derechos (Hernández Sánchez & Fernández, 2016). En consecuencia, la discriminación a diferentes grupos de personas ha sido regulada por instrumentos internacionales que específicamente se enfocan en los derechos de estos grupos. Además, la discriminación ocurre en el campo de representaciones colectivas que se materializan en estigmas y prejuicios sociales negativos que giran en torno a determinados grupos sociales y las relaciones de dominación y subordinación entre estos grupos (Rodríguez Zepeda, 2011).

Respecto a la discriminación contra las mujeres se desarrolló la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); en los artículos 2 y 3 buscan eliminar la discriminación de cualquier tipo contra las mujeres, así como a tomar las medidas necesarias para garantizar el ejercicio y goce de los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los hombres (Organización de las Naciones Unidas, 1969), disposiciones que deberán ser tomadas en cuenta en el ámbito de la comunicación por los países que ratificaron esta Convención. En este instrumento se define a la discriminación en el artículo 1 como "(...) toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las li-

bertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

De igual forma, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial promueve la igualdad de condiciones de todas las personas y busca prohibir y eliminar toda forma de discriminación racial; la definición de discriminación, establecida en el artículo 1 número 1, es muy similar a la establecida en la CEDAW, hace referencia a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que vulnere el ejercicio y goce de derechos. Además, el artículo 5 número 8 reconoce el derecho a la libertad de opinión y expresión (Organización de las Naciones Unidas, 1969); y, en el artículo 4 se condena todo tipo de propaganda y difusión de ideas que promueva el odio y discriminación racial (Organización de las Naciones Unidas, 1969). Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en sus artículos 3, 5 y 21 reconoce la igualdad y no discriminación de todas las personas con discapacidad; determina como principios generales la no discriminación, la igualdad de oportunidades, igualdad entre hombre y mujer; y reconoce la necesidad de que los Estados Parte adopten las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho a la libre expresión y opinión (Organización de las Naciones Unidas, 2008).

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño promueve la protección de los derechos de los niños; en los artículos 13 y 17 reconoce la libertad de expresión y al acceso a una información adecuada, el cual implica que el Estado tome medidas de protección de los niños contra toda información y material perjudicial para su bienestar (Organización de las Naciones Unidas, 1990).

De los instrumentos revisados se observa que el concepto de discriminación cuenta con varios elementos que deben ser analizados para determinar si se configura una situación de discriminación, es decir, es necesario comprender las diferencias entre distinción, exclusión y restricción. La primera hace alusión a una desigualdad en el trato hacia una persona o grupo de personas, diferenciación que se caracteriza por ser peyorativa; la exclusión

se refiere a la negación o subrepresentación respecto al acceso a recursos o bienes a los que los ciudadanos tienen derecho; finalmente, la restricción implica la limitación o impedimento del ejercicio de los derechos (Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación, 2017). En consecuencia, en cada caso es necesario analizar el contexto con el fin de determinar si se configura una situación de discriminación o no.

Por otro lado, los derechos a la expresión y a la opinión son fundamentales para el desarrollo de las personas y las sociedades, pues constituyen el fundamento de las sociedades libres y democráticas, asimismo, estas dos libertades están estrechamente relacionadas entre sí ya que a través de ellas se logra el intercambio de opiniones. No obstante, la libertad de expresión puede ser restringida en ciertos casos en los que se requiere proteger un objetivo legítimo que además sea proporcional a la protección de otros derechos tales como la reputación de las personas, la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública (Comité de Derechos Humanos, 2011).

De la misma forma, la libertad de expresión y opinión han sido reconocidos en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, tal como la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece en su artículo 19 que todas las personas tienen derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el recibir informaciones y opiniones y difundirlas por cualquier medio de expresión (Organización de las Naciones Unidas, 1948); asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina en el artículo 19 número 2 que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, el cual comprende buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, por cualquier medio (Organización de las Naciones Unidas, 1976); este derecho también se encuentra definido, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13 número 2 que trata sobre la libertad de pensamiento y expresión (Organización de Estados Americanos, 1969).

En el mismo sentido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su artículo 10 que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, el cual incluye la libertad de opinión y

la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras y añade que este derecho está sujeto al cumplimiento de ciertos deberes y responsabilidades y también puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias para el ejercicio de otros derechos, incluidos la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial (Consejo de Europa, 1950).

Como se observa en los instrumentos internacionales, la libertad de expresión como el derecho de igualdad y no discriminación son derechos fundamentales de las personas, no obstante, el ejercicio de los derechos no puede afectar otros derechos, en este caso, la libertad de expresión no puede ejercerse para vulnerar otros derechos, en este caso la igualdad de las personas y no discriminación (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012).

En consecuencia, el principio de igualdad y la libertad de expresión constituyen valores de la vida pública en cualquier sociedad democrática, sin embargo, se pueden generar fricciones cuando se los ejerce. En la comunicación es importante tener en cuenta que todo lo que se genere respecto a los principios de igualdad y no discriminación y la libertad de expresión ocurren en el campo del discurso y el lenguaje, más no en el nivel socio-económico, por lo tanto, su análisis debe enfocarse en una teoría del discurso en el que se comprenda a la libertad de expresión y la discriminación como fenómenos socio-lingüísticos en las que se expresan experiencias históricas, conflictos políticos o construcciones simbólicas (Rodríguez Zepeda, 2018).

Los principios y libertades reconocidos a nivel internacional han influenciado los ordenamientos jurídicos nacionales. En el caso ecuatoriano, la Constitución de la República del Ecuador de 2008, reconoce, mediante diversos artículos, el derecho de igualdad formal y no discriminación de las personas (artículo 11 núme-

ro2³, 66 número4⁴, 70⁵ y 341⁶); además, en el caso específico de las comunidades, pueblos y nacionalidades, el artículo 57 número2 reconoce como derecho colectivo el no ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural. Al mismo tiempo, en el artículo 3 número1 del texto constitucional se determina como deber del Estado el garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

La Constitución española de 1978 también reconoce, en el artículo 14, que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otras circunstancias personales o sociales (Cortes Generales, 1978).

De manera similar, respecto al derecho de libertad de expresión los dos países reconocen este derecho en sus Constituciones. En España, en el artículo 20 literal a) de la Constitución se prevé el derecho de las personas a expresar y difundir libremente sus pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio (Cortes Generales, 1978). En el caso ecuatoriano, la Constitución reconoce en el artículo 66 número 6 el derecho de todas las personas a opinar y expresar libremente su pensamiento en cualquiera de sus formas; en el artículo 16 se prevé el derecho de todas las personas a una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa, participativa y en el 18 número 1 se establece el derecho de las personas a buscar, recibir, intercambiar, producir, difundir (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

La Constitución ecuatoriana es integral respecto a la protección de los derechos de las personas, ya que en la sección relativa a la comunicación e información, prevé en el artículo 19 que la ley regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales y además prohíbe de forma expresa la emisión de publicidad que induzca a la discriminación o atente contra los de-

3. Hace referencia a las causales de discriminación o categorías sospechosas

4. Se reconocen los derechos de libertad, entre los cuales se incluye la igualdad formal y material y la no discriminación

5. Se reconoce la igualdad entre hombres y mujeres

6. Se menciona la igualdad en la diversidad y no discriminación

rechos. Además, en el artículo 46 número 7 del texto constitucional se inserta una disposición a través de la cual se busca proteger a los niños y adolescentes de los contenidos que se difunden. En este sentido se establece que el Estado adoptará medidas de protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia o la discriminación racial o de género (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

2. CONFIGURACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado plantea tensiones en su ejercicio ya que ninguno de los derechos es absoluto, por lo que se han establecido normas que permiten la regulación de los discursos que están basados en prejuicios y estigmas contra grupos históricamente subordinados (Rodríguez Zepeda, 2018).

En tal sentido, en Ecuador la legislación sobre contenido discriminatorio es bastante amplia. La Ley Orgánica de Comunicación, expedida en 2013 y reformada parcialmente en 2019, establece en su artículo 1 que tiene por objeto desarrollar, proteger, promover, garantizar regular y fomentar el ejercicio de los derechos a la comunicación establecidos en los instrumentos de derechos humanos y en la Constitución. Además, el artículo 2 determina que son titulares de estos derechos, individual o colectivamente, todas las personas ecuatorianas y extranjeras que se encuentren en el territorio nacional, así como los nacionales que residen en el exterior, conforme a la ley (Asamblea Nacional, 2013).

La Ley Orgánica de Comunicación, en concordancia con las disposiciones constitucionales⁷, en su artículo 8 establece la prevalencia de la difusión de contenidos de carácter informativo, educativo y cultural, los cuales se prevé que propendan a difundir valores y derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por el país (Asamblea Nacional, 2013).

7. El artículo 19 de la Constitución de la República del Ecuador establece: "La ley regulará la prevalencia de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, y fomentará la creación de espacios para la difusión de la producción nacional independiente. Se prohíbe la emisión de publicidad que induzca a la violencia, la discriminación, el racismo, la toxicomanía, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos".

De forma adicional la legislación ecuatoriana ha incluido una definición de contenido discriminatorio; el artículo 61 de la Ley Orgánica de Comunicación determina:

Para los efectos de esta Ley, se entenderá por contenido discriminatorio todo mensaje que se difunda por cualquier medio de comunicación social que haga distinción, restricción, exclusión o preferencia basada en razones de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, 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, incite a la propagación de estereotipos que promuevan cualquier tipo de violencia de género o limite la libertad de expresión de los grupos minoritarios (Asamblea Nacional, 2013).

La definición que se ha adaptado en la ley ecuatoriana sobre contenido discriminatorio está en concordancia con los estándares internacionales sobre derechos humanos; la Observación General No. 18 de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos trata sobre la "No discriminación", en el párrafo 17 señala una definición de discriminación en la cual se hace alusión a los elementos de distinción, restricción, exclusión o preferencia basada en ciertos motivos de discriminación y que resultan en la anulación o menoscabo del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 1989). En cada caso, frente a un contenido o información difundido por un medio de comunicación es necesario realizar un análisis de éstos elementos con el fin de determinar si se configura o no una situación de discriminación. Si bien la libertad de expresión es un derecho amplio, también admite limitaciones con el fin de que no se vulneren otros derechos, pero éstas deben cumplir con ciertos principios específicos con el fin de que sean legítimas, tales como: que la restricción no menoscabe la esencia del derecho a la libertad de expresión; que esté establecida previamente en una ley y que sea precisa y concreta; que sea necesaria y proporcional la restricción (Consejo de Derechos Humanos, 2010).

Adicionalmente, en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Comunicación se prohíbe la difusión a través de todo medio de comunicación de contenidos discriminatorios que estén en contraposición de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por el país. De forma adicional, se establece que la prohibición de difusión de mensajes que constituyan apología de la discriminación e incitación a la realización de prácticas o actos violentos que se fundamenten en mensajes discriminatorios.

En el mismo artículo se prevé la posibilidad de ejercer acciones constitucionales o acudir a la Defensoría del Pueblo para la protección de sus derechos, en los casos en que la persona se sienta afectada por algún contenido discriminatorio (Asamblea Nacional, 2013). En consecuencia, las personas afectadas podrían proponer una garantía jurisdiccional tal como la acción de protección o medida cautelar, conforme lo establecido en los artículos 86 al 88 de la Constitución de la República del Ecuador, para la protección de sus derechos, en este caso aquellos relacionados con la igualdad y no discriminación, dignidad, derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho practicar su religión o creencias, entre otros.

Al mismo tiempo, el artículo 63 de la Ley Orgánica de Comunicación establece los aspectos que deben coexistir para que un contenido sea considerado discriminatorio, y señala que deben concurrir al menos los siguientes elementos:

- a. Que el contenido difundido denote algún tipo concreto de distinción, exclusión o restricción;
- b. Que tal distinción, exclusión o restricción esté basada en una o varias de las razones establecidas en el artículo 61 de esta Ley; y,
- c. 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. (Asamblea Nacional, 2013).

Se observa de este artículo que los elementos del contenido discriminatorio son equivalentes a aquellos establecidos en los estándares e instrumentos internacionales de derechos humanos. En el caso ecuatoriano, para que un contenido sea considerado como discriminatorio se establece en la legislación que le corresponde al Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, la elaboración de informes técnicos sobre posible contenido discriminatorio, los cuales, conforme al artículo 49 literal i) de la Ley Orgánica de Comunicación, deben ser remitidos a la Defensoría del Pueblo para que inicie las acciones que correspondan para la defensa de los derechos; asimismo, conforme al artículo 68.1 de la misma Ley, se prevé la posibilidad de que el informe técnico de contenido sea solicitado por una autoridad pública o por personas u organizaciones de la sociedad civil (Asamblea Nacional, 2013).

La Defensoría del Pueblo, conforme lo establece el artículo 215 de la Constitución, tiene la función de proteger y tutelar los derechos de las personas; entre sus atribuciones se encuentran el patrocinio, de oficio o a petición de parte, de acciones de protección y otras garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). En consecuencia, las personas cuyos derechos han sido vulnerados pueden acudir a esta entidad pública para que tutele sus derechos mediante las acciones legales pertinentes.

Por otro lado, en Ecuador se resalta que en materia de niñez y adolescencia el Código de la Niñez y Adolescencia, en los artículos 6 y 46 establece prohibiciones sobre la difusión de todo contenido discriminatorio que afecte los derechos de los niños y adolescentes; de forma adicional se prohíbe la circulación de publicaciones, videos y grabaciones dirigidos y destinados a niños y adolescentes que contengan imágenes, textos o mensajes inadecuados para su desarrollo (Congreso Nacional, 2003). De forma similar, en la Ley Orgánica de Comunicación ecuatoriana, con base en el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes, en el artículo 32 prevé la protección integral respecto de los contenidos que se difunden, por lo tanto, dispone que "(...) los mensajes que difundan los medios de comunicación social y las demás entidades públicas

y privadas, privilegiarán la protección integral de las niñas, niños y adolescentes" (Asamblea Nacional, 2013).

En España la legislación no establece parámetros para determinar si un contenido difundido por los medios de comunicación es discriminatorio. En la Ley General de Comunicación Audiovisual no existe una definición de contenido discriminatorio, como en el caso ecuatoriano, no obstante, el artículo 4 número 2 de esta Ley determina como derecho de las personas el recibir una comunicación audiovisual plural que sea respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales (Jefatura del Estado, 2010). No obstante, se establece en el artículo 60 de la Ley General de Comunicación Audiovisual que en los casos de emisión de contenidos que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social es sancionada administrativamente con multas o revocatoria de la licencia para prestar los servicios de comunicación audiovisual televisiva (Jefatura del Estado, 2010).

Además, en este país se ha creado una instancia que vela por los derechos de las mujeres en el ámbito de la comunicación; el Observatorio de la Imagen de la Mujer⁸ analiza los contenidos respecto de la imagen de las mujeres en la publicidad y los medios de comunicación, para lo cual señala algunos factores para determinar si un contenido es sexista o discriminatorio, entre ellos los siguientes: justificar comportamientos o actitudes que impliquen alguna forma de violencia contra las mujeres; ubicar a las mujeres en posición de inferioridad; menospreciar las actividades o valores atribuidos a las mujeres; ridiculizar o presentar en forma vejatoria a las mujeres en actividades profesionales; exhibir el cuerpo femenino con el fin de captar la atención; asignar a la mujer la responsabilidad de cuidados y actividades del ámbito doméstico; determinar capacidades para el ejercicio de diferentes actividades

8. El Observatorio de la Imagen de la Mujer es una instancia que se encarga de analizar la representación de las mujeres en la publicidad y en los medios de comunicación y realizar acciones que contribuyan a suprimir las imágenes estereotipadas. Mayor información en la página: <http://www.inmujer.gob.es/observatorios/observlmg/home.htm>

de acuerdo al sexo; utilizar un lenguaje que invisibilice o excluya a las mujeres (Carretero, 2014).

De la normativa revisada se observa que en Ecuador existe un mecanismo de protección directo y específico para las personas afectadas en los casos en que se ha difundido algún contenido discriminatorio a través del cual se busca la reparación del derecho vulnerado, mientras que en España en los casos de difusión de contenidos discriminatorios se enfocan en la sanción administrativa al medio de comunicación.

La legislación ecuatoriana y la española difieren respecto a la regulación del contenido discriminatorio que se difunde a través de los medios de comunicación; la legislación ecuatoriana incluye una definición de contenido discriminatorio, la cual ha sido desarrollada con base en el concepto de discriminación que se encuentra en instrumentos internacionales de derechos humanos. En contraste, la legislación española no establece una definición específica sobre contenido discriminatorio, no obstante, de la legislación revisada se observa que los medios de comunicación deben evitar la difusión de contenidos que sean contrarios a la dignidad humana y se prohíbe aquellos contenidos a través de los cuales se incite a la discriminación.

Por otro lado, ambas legislaciones prohíben la transmisión de contenidos discriminatorios; en Ecuador se incluye una prohibición expresa respecto a la difusión de este tipo de contenidos, además, se establecen los elementos que deben confluir para que éste sea considerado como tal. En contraste, en España la legislación incluye una prohibición más amplia respecto a la difusión de contenidos que inciten al odio o a la discriminación, sin que en la ley exista una definición sobre qué se entiende por contenido discriminatorio o los elementos que éste debería contener para que sea considerado como tal.

La legislación revisada también prevé regulaciones para que la publicidad no atente contra los derechos de las personas. En Ecuador, la Constitución, en el artículo 19, se incluye una prohibición expresa respecto a la difusión de publicidad que induzca a la violencia, discriminación, racismo o atente contra los derechos; en

concordancia, el artículo 94 de la Ley Orgánica de Comunicación, establece que la publicidad debe respetar los derechos garantizados por la Constitución y los instrumentos internacionales (Asamblea Nacional, 2013), en consecuencia, la publicidad no podría incluir contenidos que sean discriminatorios o que atenten contra los derechos de igualdad, dignidad humana, entre otros. En el caso de los niños y adolescentes también se prevén disposiciones específicas para proteger sus derechos. Por consiguiente, el Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación ha determinado en el artículo 64 número 1 respecto a la publicidad que se difunda en los programas infantiles se dispone que el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación califique la publicidad, considerando ciertos criterios, entre ellos, la prohibición de no incluir contenidos discriminatorios, violentos, sexuales, sexistas o racistas (Presidencia de la República, 2014). De la misma manera, en el artículo 17 del Reglamento para la difusión de publicidad en los medios de comunicación social en cuya producción participen o esté dirigida a niñas, niños y adolescentes se manifiesta que "(...) Los anuncios de publicidad que se difundan en los programas destinados a niñas, niños y adolescentes no podrán incluir contenidos que induzcan a la discriminación (...)" (Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación, 2014).

De forma similar, en España, la Ley General de Comunicación Audiovisual, en el artículo 18 número 1, prohíbe la publicidad que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual, y, aquella que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio (Jefatura del Estado, 2010). La Ley General de Publicidad, define en su artículo 3 la publicidad ilícita, en la cual se señala que es aquella que atenta la dignidad de las personas o vulnera los derechos constitucionales, así como los anuncios que presentan la mujer de forma vejatoria o que incluyan comportamientos estereotipados (Jefatura del Estado, 1988). Adicionalmente, en el artículo 25 número 1 bis de dicha Ley se dispone que cuando la publicidad es ilícita porque afecta a la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer se puede solicitar la cesación y rectificación al anunciante (Jefatura del Estado, 1988).

Se observa que la legislación ecuatoriana y la española regulan la publicidad de forma similar en lo referente a la difusión de contenido discriminatorio; en los dos casos se la prohíbe. En Ecuador esta prohibición se deriva de la Constitución y se la desarrolla en la legislación; por lo tanto en la Ley Orgánica de Comunicación, se conceptualiza el contenido discriminatorio y se regula la difusión de la publicidad, la cual prevé se cumpla con los derechos constitucionales y aquellos previstos en los instrumentos internacionales. Adicionalmente, se han establecido disposiciones específicas tanto en la Constitución como en la Ley y normativa secundaria, para la protección de los niños, en consecuencia, la publicidad que se difunda en los programas infantiles no debe contener mensajes discriminatorios y en caso de que eso suceda se establece la posibilidad de suspender dicha publicidad.

En el caso español la Constitución no contiene prohibiciones expresas sobre la difusión de publicidad con contenido discriminatorio; no obstante, la Ley General de la Comunicación Audiovisual (artículo 18.1) y la Ley General de Publicidad (artículo 3) establecen prohibiciones de difusión de publicidad ilícita, entre ellas discriminatoria o vejatoria contra la imagen de la mujer y aquella que atente contra la dignidad de las personas y los valores y derechos constitucionales; en estos casos también se puede solicitar la cesación o rectificación de la publicidad.

En España se ha expedido la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, la cual tiene por objeto, conforme al artículo 1, hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, especialmente eliminando la discriminación de la mujer (Cortes Generales, 2007). En esta Ley, el Título III trata sobre la "Igualdad y medios de comunicación", y, los artículos 36 al 38 disponen que los medios de comunicación social públicos deben velar por la difusión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres en la sociedad; se señala además que la Corporación de Radio y Televisión Española y la Agencia EFE debe utilizar el lenguaje en forma no sexista dentro de su programación (Jefatura del Estado, 2007). En el artículo 41 de dicha Ley también se incluye una disposición respecto a la publicidad ilícita en los casos en que la publicidad contenga conductas discriminatorias (Jefatura del Estado, 2007).

Por otro lado, Ecuador expidió en 2018 la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, la cual tiene por objeto, conforme el artículo 1, prevenir y erradicar todo tipo de violencia contra las mujeres en los ámbitos público y privado. En el artículo 9 de esta ley se establecen los derechos de las mujeres, en el número 17 de este artículo se señala: "a una comunicación y publicidad sin sexismo, violencia y discriminación" (Asamblea Nacional, 2018). En esta misma Ley se establece en el artículo 31 varios mecanismos para que los contenidos que se difunden mediante los medios de comunicación procuren garantizar los derechos de las mujeres, los cuales entre otros, deben incluir el enfoque de género y la prevención y erradicación de la violencia contra las mujeres.

En Ecuador y España las legislaciones coinciden respecto a la regulación de los contenidos discriminatorios y violentos contra las mujeres. En los dos países se han expedido leyes específicas mediante las cuales se busca lograr una igualdad y no discriminación de las mujeres en todos los ámbitos públicos y privados, al mismo tiempo, regulan la difusión de los contenidos por los medios de comunicación con el fin de que no sean discriminatorios o sexistas, aquellos que contengan una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres en la sociedad y otros que eviten la violencia contra las mujeres. Las instituciones jurídicas existentes, en ambos casos son similares y buscan la materialización de los principios de igualdad y no discriminación en la comunicación.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE CONTENIDOS DISCRIMINATORIOS

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión puede colisionar con el ejercicio de otros derechos como el de igualdad, dignidad, no discriminación; los medios de comunicación en ocasiones difunden contenidos que vulneran los derechos de las personas; en tales casos es posible iniciar las acciones legales y judiciales correspondientes para la reparación de tales derechos. En consecuencia, en esta sección se realiza una revisión jurisprudencial de casos en los que se ha configurado una situación de

discriminación debido a contenidos, mensajes y publicidad difundida por los medios de comunicación en el continente americano y europeo, el análisis se amplía a otros países adicionales a los de la revisión de la legislación ya que no existe suficiente jurisprudencia en dichos países, que sirva de referencia para el análisis en cuestión.

3.1. Jurisprudencia nivel regional americano

En esta sección se analiza tres casos. En primer lugar se revisó jurisprudencia ecuatoriana de la Corte Constitucional en el cual se analiza el derecho a no ser discriminado; en segundo lugar un caso mexicano que fue conocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación debido a la difusión de contenidos discriminatorios; finalmente, un caso que conoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la vulneración de la libertad de expresión.

3.1.1. Jurisprudencia ecuatoriana

En Ecuador no se ha encontrado jurisprudencia relativa a contenidos discriminatorios difundidos mediante los medios de comunicación, no obstante, existen algunas sentencias que se analizan temas asociados a la discriminación, libertad de expresión, derecho a la dignidad y honor, las cuales se detallan a continuación.

En marzo de 2012, la Corte Constitucional avocó conocimiento respecto de una acción extraordinaria de protección⁹ presentada en contra de la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección N.0 407-2010, debido a que en la resolución de dicha acción se violaron varios derechos, entre ellos el de la tutela judicial efectiva, violación de los principios y reglas del debido proceso, seguridad jurídica, falta de motivación de la sentencia, entre otros (Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 2013).

Inicialmente, el accionante presentó la acción de protección debido a una situación de discriminación por parte de servidores

9. Conforme al artículo 94 de la Constitución la acción extraordinaria de protección procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.

del Municipio del cantón Samborondón, respecto al trabajo, la seguridad social y el debido proceso (Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 2013).

El análisis de la Corte Constitucional del Ecuador se centra en tres aspectos: vulneración del debido proceso, específicamente la garantía de motivación; vulneración del derecho de tutela judicial efectiva y análisis de categorías sospechosas vinculadas a un trato discriminatorio (Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 2013).

Respecto al análisis del derecho a no ser discriminado, en la sentencia de la Corte Constitucional se establece que: *"Nuestra norma constitucional al parecer es específica y taxativa al establecer criterios por los cuales nadie podrá ser discriminado; la misma disposición constitucional (artículo 11 número 2 CR), es amplia al determinar que nadie podrá ser discriminado por cualquier otra distinción, personal o colectiva temporal o permanente que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos"* (Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 2013), es decir, que el derecho a no ser discriminado en cualquier ámbito conforme a lo establecido en la normativa constitucional no admite discusión alguna y tratos diferenciados que promuevan la inferioridad y/o la exclusión a determinados grupos vulnerables.

Asimismo, en la mencionada sentencia la Corte señala que "(...) resulta difícil pensar que una actividad, sea laboral, política, académica o de otro tipo, pueda estar condicionada por el sexo, la edad, la nacionalidad, mucho menos por una enfermedad, dada la condición y las consecuencias propias que ello implica" (Sentencia No. 080-13-SEP-CC, 2013), en lo referente al presente estudio, respecto a los contenidos discriminatorios, es clara la alusión de la Corte que de manera general señala que no existe razón alguna para que en cualquier actividad, el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación pueda estar condicionada por la situación de las personas, es por esto que, constitucionalmente en el artículo 11 número 2 se prohíbe la discriminación de forma directa o indirecta que tenga como resultado el menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio del derecho a no ser discriminado, lo cual se hace extensivo al ámbito de la comunicación y ejercicio de la libertad de expresión.

En otro caso decidido por la Corte Constitucional, una acción extraordinaria de protección relativa a injurias se analiza el

derecho al honor y buen nombre en el cual se encuentra intrínsecamente la dignidad de las personas como un límite a la libertad de expresión; pues se reconocen los derechos a la personalidad que incluyen el honor, la intimidad y la propia imagen; además, se considera el derecho al honor como un bien inmaterial asociado al buen nombre de una persona y por tanto vinculado al concepto de dignidad humana (Sentencia No. 048-13-SEP-CC, 2013).

Los límites a la libertad de expresión respecto al derecho de honor y dignidad de las personas también se lo ha analizado en otro caso de injurias no calumniosas. Este caso hace referencia a un artículo de un medio impreso en el cual se hacían afirmaciones inexactas y tergiversadas respecto del demandante. La Corte concluye que si bien se reconoce constitucionalmente el derecho a la libertad de expresión y de opinión a través de los medios de comunicación, esa libertad no implica nunca que se pueda hacer un mal uso de ella, y, en los casos que está asociada a la dignidad y honra de las personas ésta debe enmarcarse dentro de principios éticos, morales y respeto de la dignidad y buen nombre de las mismas (Expediente de Casación No. 80, 2008).

De los casos analizados se puede concluir que los derechos al no ser absolutos admiten limitaciones que se concurren en situaciones en que se puede vulnerar otro derecho; es así que la libertad de expresión encuentra límites frente a derechos como la honra, la dignidad de las personas y la no discriminación, es decir, admite restricciones frente a la necesidad de protección de otros derechos.

3.1.2. Jurisprudencia mexicana sobre difusión de contenidos discriminatorios

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México resolvió en marzo de 2013 una acción de amparo directo en revisión, en la cual se analiza los derechos de libertad de expresión y no discriminación en un caso en el cual el fundador y presidente del Consejo de Administración de un periódico del Estado de Puebla, publicó varias notas, en las cuales se refería con un lenguaje peyorativo a ciertos integrantes de otro periódico de la ciudad de Puebla (Amparo de Revisión Directo, 2013).

Estos hechos ocasionaron una demanda por daño moral; el demandante alegó que se provocó un daño en su reputación debido a que el periodista ejerció de forma excesiva y lesiva su libertad de expresión. El caso subió a conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante una acción de amparo directo en revisión, para lo cual realiza el análisis en relación a los siguientes aspectos: libertad de expresión y su relación con el derecho al honor; análisis de las expresiones vejatorias y lenguaje discriminatorio; y estudio de las expresiones homófobas como manifestación discriminatoria y discurso de odio (Amparo de Revisión Directo, 2013).

Respecto a la libertad de expresión y el derecho al honor la Corte señala que este último se deriva del reconocimiento a la dignidad humana, el cual a su vez constituye un límite implícito a la libertad de expresión conforme a la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos. Añade además que la dignidad humana constituye un valor y la base de todos los demás derechos. En relación a la libertad de expresión señala que existe una presunción general a nivel constitucional respecto de todo discurso expresivo, no obstante, existen límites que deben respetarse para que una expresión esté constitucionalmente protegida, entre los que se encuentran los derechos y la reputación de terceros y concluye el derecho al honor prevalece en los casos en que mediante el ejercicio de la libertad de expresión se utilizan frases y expresiones ultrajantes, ofensivas u oprobiosas, las cuales no gozan de protección constitucional, en dichos casos es necesario analizar el contexto, la situación política o social y las circunstancias en las que se realizó la publicación (Amparo de Revisión Directo, 2013).

En esta sentencia además se determinan varios criterios a través de los cuales se puede determinar si una expresión es vejatoria o discriminatoria, entre ellos:

- Las expresiones deben ser ofensivas u oprobiosas, según el contexto: Aquellas que conllevan un menosprecio personal o una vejación injustificada, que contengan un desprecio personal.
- Las expresiones deben ser impertinentes para expresar opiniones e informaciones: Aquellas que son innecesarias para transmitir el mensaje.
- Las expresiones vejatorias pueden dirigirse a una persona o a un colectivo.

- En los casos en que las expresiones vejatorias hacen alusión a un grupo o colectivo determinado que por sus rasgos históricos, sociológicos, étnicos o religiosos han sido ofendido a título colectivo por el resto de la comunidad, el estándar de protección se eleva, por lo tanto, se configura el uso de lenguaje discriminatorio (Amparo de Revisión Directo, 2013).

Adicionalmente, se define al lenguaje discriminatorio de la siguiente forma:

El lenguaje discriminatorio se caracteriza por destacar categorías de las señaladas en el artículo 1º constitucional para clasificar a determinadas personas, tales como el origen étnico o nacional, el género, las discapacidades, la condición social, la religión y las preferencias sexuales, ello mediante elecciones lingüísticas que denotan un rechazo social (Amparo de Revisión Directo, 2013).

La revisión de este caso por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación constituye un aporte jurisprudencial fundamental respecto de la clarificación de los límites en el ejercicio de la libertad de expresión. Aún más importante, es el hecho de que mediante jurisprudencia se hayan desarrollado criterios para determinar si un contenido es discriminatorio o vejatorio conforme al contexto en el cual fue difundido, los cuales a su vez pueden ser utilizados en el análisis de otros casos en los cuales presuntamente haya existido excesos en el ejercicio de la libertad de expresión.

3.1.3. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el año de 1999, un periodista del periódico "La Nación" de Costa Rica, fue condenado por el delito de difamación, debido a la publicación de un artículo relativo a conductas ilícitas de un representante costarricense en la Organización Internacional de Energía Atómica. Además, se condenó al periódico "La Nación" como medio informativo en el que se publicaron los artículos difamatorios, en carácter de responsable civil solidario.

El periodista inició un procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) alegando la vulneración de

la Convención Americana de Derechos Humanos, específicamente la obligación del Estado de respetar los derechos; libertad de pensamiento y expresión; protección judicial y garantías judiciales.

En el análisis que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al derecho a la libertad de pensamiento y expresión señala que éste tiene una doble dimensión: por un lado, la dimensión individual que se enfoca en el derecho de expresar sus opiniones, y, la dimensión social, se relaciona con el derecho de las personas a conocer las opiniones y noticias vertidas por terceros (Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2004).

Adicionalmente, la CIDH enfatiza la estrecha relación que existe entre la libertad de expresión y la existencia de una sociedad democrática, para que esto sea posible, se requiere de una sociedad bien informada, para que al mismo tiempo se refleje en el pluralismo y tolerancia a los integrantes de la sociedad, así como el ejercicio de mecanismos de control y denuncia ciudadana (Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2004).

Respecto al rol de los medios de comunicación y el periodismo la CIDH señala que son actores fundamentales que permiten el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, y se requiere que recojan las más diversas informaciones y opiniones, pero que al mismo tiempo, ejerzan sus actividades con responsabilidad social y teniendo en cuenta la responsabilidad ulterior que se deriva de sus actividades (Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2004).

Finalmente, la CIDH afirma que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, por lo cual puede ser restringido para la proteger otros derechos. Por un lado, se lo restringe mediante la disposición de que la aplicación de la responsabilidad ulterior cuando se ejerce este derecho de forma abusiva; esta restricción debe cumplir con tres parámetros para no configurarse la censura previa: debe establecerse expresamente en la ley; su objetivo debe ser proteger el derecho a la reputación, protección de seguridad nacional, orden público, salud o moral pública; y, debe ser necesaria en una sociedad democrática. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la necesidad de restringir la libertad

de expresión debe estar orientada a satisfacer un interés público imperativo. En este sentido, la CIDH declaró la violación por parte del Estado del derecho a la libertad de pensamiento y expresión establecido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que los operadores de justicia nacionales no aceptaron el argumento del periodista relativo a la excepción de veracidad de los hechos que había incluido en la publicación en el periódico, los cuales a su vez fueron tomados de publicaciones europeas, en consecuencia, al no aceptar esta excepción se configuró una limitación excesiva a la libertad de expresión; dicha restricción es incompatible con lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que la sentencia produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor del ejercicio periodístico (Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2004).

Si bien esta sentencia de la CIDH no es específica sobre el tema de difusión de contenido discriminatorio, es importante destacar algunos aspectos que tienen relación con este asunto. En primer lugar, la CIDH resalta la relevancia de los medios de comunicación y el ejercicio periodístico en la materialización de sociedades democráticas. No obstante, se señala que el ejercicio de la libertad de expresión no es absoluta y debe ser ejercido conforme a las limitaciones que se derivan de la responsabilidad ulterior, en este caso, sería aplicable esta responsabilidad en los casos en que se difunda algún contenido que vulnera los derechos de las personas a la igualdad y no discriminación.

3.2 Jurisprudencia nivel regional europeo

La jurisprudencia encontrada en España respecto de contenidos discriminatorios ha sido escasa, por lo tanto se revisa una sentencia española conocida por el Tribunal Constitucional respecto a un delito de enaltecimiento del terrorismo y un caso conocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el cual se analiza el derecho a la libertad de expresión dentro de un caso sancionado a nivel nacional por un delito de odio, éstos entendidos como los casos agravados de discriminación.

3.2.1. Revisión constitucional derechos de libertad de expresión y delito de enaltecimiento del terrorismo¹⁰

En junio de 2016 llega a conocimiento del Tribunal Constitucional Español un recurso de amparo promovido en contra de una sentencia condenatoria por un delito de enaltecimiento del terrorismo¹¹.

Si bien en este caso el delito no se cometió mediante un medio de comunicación, pues del delito se configuró a través de un discurso pronunciado en un evento de conmemoración de la muerte del responsable de la organización E.T.A¹², los hechos sí fueron difundidos por los medios de comunicación, por lo que figuraron como noticia y aparecieron en los medios de difusión, periódicos y noticiarios de televisión, configurándose así una repercusión pública del acto. La relevancia del caso radica en que la Corte Constitucional de España conoció los derechos controvertidos en este caso, es decir la libertad ideológica y de expresión, manifestaciones enmarcadas en el discurso del odio, incitación a la violencia por el enaltecimiento de las actividades terroristas (Tasio Erkizia contra Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2016). En consecuencia, se analiza si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado los derechos fundamentales del demandante relativo a la libertad ideológica y de expresión debido a la condena penal como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo.

En opinión del Tribunal Constitucional Español el delito de exaltación del terrorismo pueden entrar en el campo de la sanción de opiniones y en conflicto con derechos constitucionales como la libertad ideológica y de opinión; en consecuencia, se establece que en estas situaciones se debe realizar un análisis minucioso del caso con el fin de examinar las frases concretas o expresiones

10. Mayor información del caso se puede encontrar en el siguiente enlace: <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2016-7289.pdf>

11. El Código Penal Español cuenta con una sección sobre los delitos de terrorismo, tipificados en los artículos 573 a 580. Conforme al artículo 578 de este Código el delito de enaltecimiento del terrorismo también puede ser cometido mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

12. ETA es un grupo organizado que usando armas, explosivos y otros medios comete delitos contra aquellos que no comparten su proclamada finalidad de conseguir la independencia de 'Euskal Herria' (Sentencia del Tribunal Constitucional No. 7289 de 28 de julio de 2016)

producidas, la ocasión y el escenario y demás circunstancias en las cuales ocurrió para determinar si efectivamente se configura el tipo penal u otro tipo de vulneración de derechos (Tasio Erkizia contra Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2016).

Al respecto también es importante tener en cuenta el “discurso de odio” que ha sido definido por el Tribunal Constitucional español como “(...) aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular” (Cuestión de inconstitucionalidad 5152-2000, 2007). Se observa de esta definición que el discurso de odio materializa la discriminación por razones de raza o ideológicas, por lo tanto, no se puede alegar la libertad de expresión en casos en que se vulneran otros derechos.

Adicionalmente, respecto al discurso de odio el Tribunal Constitucional Español señala:

(...) la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluirlo dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre, porque el discurso del terrorismo se basa en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y en definitiva en el aterrorizamiento colectivo como medio de conseguir esas finalidades (...) además, que «[e]s obvio que las manifestaciones más toscas del denominado 'discurso del odio' son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes» (Tasio Erkizia contra Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2016).

En dicha sentencia se señala que la jurisprudencia constitucional ha destacado dos esferas del derecho a la libertad de expresión, en primer lugar, es fundamental en las sociedades libres y democráticas ya que a través de ésta se forma la opinión pública libre, por lo cual es necesario que exista una amplia posibilidad de intercambiar ideas y opiniones. En segundo lugar, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y debe ser limitado cuando

entra en conflicto con otros derechos o intereses constitucionales, tales como las expresiones manifestadas a través del discurso de odio, aquellas expresiones que incitan a la violencia o discriminación contra colectivos, entre otros, asimismo, la tolerancia y el respeto de la dignidad de las personas constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista, por lo tanto, es necesario que en las sociedades democráticas se sancione e incluso prevenga las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia (Tasio Erkizia contra Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2016).

En conclusión, el Tribunal Constitucional señaló que las resoluciones judiciales penales impugnadas no vulneraron el derecho del recurrente a la libertad de expresión. Las expresiones que él había proferido en el acto de homenaje no constituyen un legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión ya que constituyen el ejercicio del discurso de odio; en este caso se observó la manifestación de ideas de odio basadas en la intolerancia y por la situación de los hechos se configuró la conducta del recurrente en la promoción de la perpetuación de una situación de violencia (Tasio Erkizia contra Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2016).

Finalmente, se niega el amparo solicitado considerando que es necesario sancionar penalmente la conducta del recurrente ya que incurrió en una manifestación del discurso del odio que incitaba a la violencia mediante el enaltecimiento del autor de actividades terroristas, por consiguiente, este discurso no está amparado bajo el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión (Tasio Erkizia contra Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 2016).

En este caso es importante destacar las consideraciones de la instancia judicial respecto de la libertad de expresión, al aclarar que ésta no es un derecho absoluto y que por tanto existen situaciones en las cuales está limitada, tal es el caso de los discursos de odio que materializan circunstancias de discriminación, por lo tanto, a través del ejercicio a la libertad de expresión no es posible vulnerar otros derechos, así los discursos de odio no están protegidos por la libertad de expresión.

3.3. Delito de odio Pavel Ivanov vs. Rusia¹³

En el año de 2003 un nacional ruso, propietario y editor de un periódico, fue acusado de delito de incitación al odio étnico, racial y religioso a través del uso de los medios de comunicación, debido a que a través de publicaciones en su periódico incitó a la exclusión de los judíos de la vida social; alegó la existencia de un vínculo entre la incomodidad social, económica y política con las actividades de los judíos y describió la perversidad del grupo étnico judío. En abril de 2004 después de seguir el proceso judicial la Corte Regional de Norvogorod confirmó la sentencia (Pavel Ivanov vs Rusia, 2004).

El caso subió a conocimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues el sentenciado alegó la vulneración del derecho a la libertad de expresión, derecho a un recurso efectivo y discriminación por sus creencias religiosas conforme a los artículos 10, 13 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, respectivamente (Pavel Ivanov vs Rusia, 2004).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos conoce el caso y lo analiza a la luz del artículo 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo a la prohibición del abuso de derecho, por consiguiente, señala que los actos realizados por el nacional ruso han sido marcadamente antisemitas y han demostrado la incitación al odio hacia el pueblo judío; el Tribunal señala que los ataques contra un grupo étnico están en contradicción con los valores y disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en consecuencia, existe una contradicción entre los actos del nacional ruso y la libertad de expresión amparada dentro del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal alega además, que el nacional ruso no fue negado su derecho de defensa y tampoco ha sido discriminado por sus creencias religiosas, por lo cual se consideró inadmisibles el reclamo de dicho nacional ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pavel Ivanov vs Rusia, 2004).

13. Mayor información del caso se puede encontrar en los archivos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Decisión de Admisibilidad de la Aplicación No. 35222/04, recurrente Pavel IVANOV vs Rusia, solicitud presentada el 27/08/2004

En este caso se observa que el Tribunal también plantea que los delitos de odio que se consuman a través de los medios de comunicación no están amparado dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues en este caso particular se trata de un delito que incita al odio étnico y racial, en consecuencia, se trata de una conducta discriminatoria efectuada a través de los medios de comunicación, y, como se ha observado anteriormente éste derecho está justamente limitado cuando entra en conflicto con otro derecho como el de igualdad y no discriminación.

4. CONCLUSIONES

Los principios de igualdad y no discriminación tienen una estrecha vinculación y se derivan de la dignidad de las personas. Estos principios se vinculan con el ejercicio de la libertad de expresión, la cual no es absoluta y debe observar ciertas limitaciones para no afectar derechos humanos; en este sentido, se han desarrollado mecanismos para evitar el lenguaje discriminatorio a través de los medios de comunicación, tales como el uso de expresiones ofensivas, oprobiosas, impertinentes o vejatorias que estén dirigidas a un grupo que tradicionalmente han sido discriminados; otros mecanismos, buscan evitar la estigmatización y prejuicios a través de la contextualización de los mensajes y los contenidos comunicacionales.

En este artículo se analizó los ordenamientos jurídicos ecuatoriano y español respecto a la regulación de los contenidos que se difunden a través de los medios de comunicación y se ha observado que la legislación ecuatoriana contiene regulaciones específicas respecto a la difusión de contenido discriminatorio mediante los medios de comunicación, para lo cual se ha utilizado una conceptualización elaborada con base en las definiciones de los instrumentos internacionales relativas a la discriminación, y, se lo adecúa al contexto de la comunicación. Esta definición expresa sobre contenido discriminatorio que se encuentra en la Ley Orgánica de Comunicación ha permitido el desarrollo de otras regulaciones conexas mediante normativa secundaria.

En contraposición, se ha observado que la legislación española no contempla una conceptualización expresa de contenido

discriminatorio que se difunde a través de los medios de comunicación, no obstante, el derecho de no discriminación se encuentra consagrado en la Constitución española, el cual a su vez constituye la base para el desarrollo de este derecho en todos los ámbitos de la vida de las personas, incluido el ámbito de la comunicación y de la libertad de expresión, en consecuencia, en la Ley General de Comunicación Audiovisual se incluye una prohibición respecto de la discriminación a través de la comunicación audiovisual.

Las consecuencias que se derivan por la difusión de contenidos discriminatorios por parte de los medios de comunicación difieren en el caso ecuatoriano y español. En Ecuador, la persona afectada por la difusión de un contenido discriminatorio puede iniciar las acciones constitucionales de protección de derechos, por sí misma o por medio de la Defensoría del Pueblo. A través de estas acciones de garantía jurisdiccional se busca la reparación integral del derecho vulnerado. En contraposición, en España se ha determinado la responsabilidad administrativa por la difusión de contenido discriminatorio, la cual implica sanciones pecuniarias para los prestadores de los servicios de comunicación, además prevé la normativa la reparación de la situación alterada a su estado original en los casos en que es técnicamente posible.

Finalmente, de la revisión jurisprudencial se observa que las instancias judiciales han sido precisas al considerar que la libertad de expresión no puede afectar otros derechos derivados de la dignidad humana de las personas, asociados principalmente al honor, el buen nombre, la igualdad y no discriminación. En consecuencia, no se han admitido como situaciones protegidas por la libertad de expresión aquellos que se relacionan con casos de injurias, discriminación étnica, discursos y delitos de odio, que son formas agravadas de discriminación.

REFERENCIAS

Amparo de Revisión Directo, 2806/2012 (Suprema Corte de Justicia de la Nación 06 de Marzo de 2013).

Asamblea General de las Naciones Unidas. (07 de Septiembre de 2012). Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión . A/67/357.

Asamblea Nacional. (25 de Junio de 2013). Ley Orgánica de Comunicación. *Registro Oficial Suplemento No. 22*.

Asamblea Nacional. (05 de febrero de 2018). Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. *Registro Oficial Suplemento 175*. Ecuador.

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de Octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial 449*.

Bayefsky, A. (1990). El Principio de Igualdad o No Discriminación en el Derecho Internacional . *Human Rights Law Journal*, 1-34.

Carbonell, M. (2007). *Discriminación, igualdad y diferencia política*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal; Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Carretero, A. (2014). Publicidad sexista y medios de comunicación. *CESCO de Derecho de Consumo*, 130-142.

Comité de Derechos Humanos. (2011). *Observación general Nº 34 sobre el Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión*. Ginebra.

Congreso Nacional. (03 de Enero de 2003). Código de la Niñez y Adolescencia. *Registro Oficial No. 737*.

Consejo de Derechos Humanos. (2010). *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. Frank La Rue*. A/HRC/14/23.

Consejo de Derechos Humanos. (10 de abril de 2012). Lucha contra la intolerancia, los estereotipos negativos, la estigmatización, la discriminación, la incitación a la violencia y la violencia contra las personas por motivos de religión o de creencias. *Resolución A/HRC/RES/19/2*.

Consejo de Europa. (04 de noviembre de 1950). Convenio Europeo de Derechos Humanos . Roma.

Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. (13 de Noviembre de 2014). Reglamento para la difusión de publi-

dad en los medios de comunicación social en cuya producción participen o esté dirigida a niñas, niños y adolescentes. *Registro Oficial No. 387*.

Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. (2017). *Estudio Multimodal de Discursos y Contenidos Difundidos en los Medios de Comunicación. Una aproximación interdisciplinaria*. Quito.

Cortes Generales. (1978). Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado* .

Cortes Generales. (2007). Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Cruz Parceros, J. (2018). Los límites de la libertad de expresión frente a la no discriminación: una revisión de los criterios de la Suprema Corte en el caso de conceptos peyorativos. En J. Rodríguez Zepeda, & T. González Luna Corvera, *El perjuicio y la palabra: los derechos a la libre expresión y a la no discriminación en contraste* (págs. 141-174). México : Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Cuestión de inconstitucionalidad 5152-2000, 235/2007 (Tribunal Constitucional 07 de Noviembre de 2007).

Expediente de Casación No. 80, 80-08 (Corte Suprema de Justicia 25 de febrero de 2008).

Fuente Cobo, C., & Martínez Otero, J. (s.f.). Criterios y procedimientos de calificación de contenidos audiovisuales. En C. Fuente Cobo, M. Á. Ortiz, V. Tur, J. Martínez Otero, M. Muñoz, & F. Borja, *Criterios y procedimientos de calificación de contenidos audiovisuales. En busca de un modelo eficaz de protección de los menores y de información a los usuarios* . Madrid: Instituto Radio Televisión Española.

Herrera Ulloa vs Costa Rica, 12.367 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 02 de Julio de 2004).

Jefatura del Estado. (05 de Diciembre de 1988). Ley General de Publicidad . *Boletín Oficial del Estado* .

Jefatura del Estado. (15 de Noviembre de 1988). Ley General de Publicidad . *Boletín Oficial del Estado No. 274*.

Jefatura del Estado. (22 de Marzo de 2007). Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Boletín Oficial del Estado* .

Jefatura del Estado. (01 de Abril de 2010). Ley General de la Comunicación Audiovisual . *Boletín Oficial del Estado Número 79*.

Observatorio de la Discriminación en Radio y TV. (2015). *Monitoreo de las prácticas y discursos discriminatorios en la Televisión*.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (1989). *Observación General 18* .

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (11 de noviembre de 1989). CCPR Observación General No. 18.

Organización de Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos . Costa Rica.

Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.

Organización de las Naciones Unidas. (1969). Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

Organización de las Naciones Unidas. (1969). Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Organización de las Naciones Unidas. (23 de Marzo de 1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos .

Organización de las Naciones Unidas. (1990). Convención sobre los Derechos del Niño .

Organización de las Naciones Unidas. (2008). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad .

Pavel Ivanov vs Rusia, 35222/04 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 27 de Agosto de 2004).

Presidencia de la República. (27 de Enero de 2014). Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación. *Registro Oficial No. 170*.

Rodríguez Zepeda, J. (2011). *Iguales y diferentes: la discriminación y los retos de la democracia incluyente*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Rodríguez Zepeda, J. (2018). El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio. En J. Rodríguez Zepeda, & T. González Luna Corvera, *El prejuicio y la palabra: los derechos a la libre expresión y a la no discriminación en contraste* (págs. 27-74). México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Rodríguez Zepeda, J. (2018). El peso de las palabras: libre expresión, no discriminación y discursos de odio. En J. Rodríguez Zepeda, & T. (. González, *El prejuicio y la palabra: Los derechos a la libre expresión y no discriminación en contraste* (págs. 27-74). Ciudad de México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Seco, J. M. (2015). De la igualdad formal a la igualdad material cuestiones previas y problemas a revisar.

Sentencia No. 048-13-SEP-CC, Caso No. 0169-12-EP (Corte Constitucional del Ecuador 31 de Julio de 2013).

Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP (Corte Constitucional del Ecuador 09 de Octubre de 2013).

Tasio Erkizia contra Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, 112/2016 (Tribunal Constitucional 20 de Junio de 2016).