

Quito, 23 de octubre de 2017

Señores
Jueces del Tribunal Garantías Penales
Parroquia de Quitumbe
DMQ-Complejo Judicial Sur
Presente.-

Ref: Amicus Curiae dentro de la Acción de Protección No. 17240-2017-00009

Honorables Jueces del Tribunal:

La Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos -Inredh-, es una organización ecuatoriana no gubernamental ni partidista, reconocida por el gobierno ecuatoriano mediante acuerdo ministerial N° 5577 del 28 de septiembre de 1993, que trabaja por la promoción y defensa de los derechos humanos. Desde hace más de 20 años, Inredh, a través del acompañamiento de casos y el litigio estratégico nacional e internacional, trabaja por el respeto y la exigibilidad de los derechos civiles y políticos, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos indígenas y derechos de las personas privadas de libertad, entre otros.

Como es de conocimiento general, el día 14 de octubre de 2017 se concertó una masiva movilización nacional convocada principalmente por el Frente Nacional por la Familia de Ecuador (FNFE). Acorde a declaraciones públicas, el motivo de las manifestaciones públicas tenía como objetivo el «defender a las niñas y niñas frente a la imposición de ideologías basadas en suposiciones de género y anticoncepción infantil, a través del Sistema Educativo». Las manifestaciones en ese sentido estarían encaminadas concretamente a oponerse dos proyectos de ley actualmente discutidos en la Asamblea Nacional que pregonan estos postulados: el Código Orgánico de la Salud (COS) y la Ley Orgánica para la Erradicación de la Violencia de Género contra las Mujeres.

No obstante, como consecuencia de la masiva movilización nacional, hemos podido observar y constatar graves reacciones y difusión de diversos mensajes que tienden a discriminar a ciertos sectores sociales históricamente vulnerables, principalmente negando el reconocimiento a los diversos tipos de familia¹ así como el desarrollo holístico humano a través de la educación², ambos mandatos establecidos en nuestra Constitución.

¹ Art. 67 CRE: Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y **se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.** (Resaltado es nuestro)

² Art. 27 CRE: La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, **incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz;** estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. (Resaltado es nuestro)

Más aún, el principal sustento de la difusión de estos mensajes y de las manifestaciones parecería ser una desinformación, mal comprensión o incluso desconocimiento³ de cierta terminología que hace referencia al vocablo “género”.

La gravedad del contenido de estos mensajes así como su rápida difusión a través de redes y medios electrónicos son elementos que podrían calificar a estos mensajes como incitación al odio lo que ineludiblemente conlleva a una violación de derechos constitucionales, motivo por el cual y de manera acertada su judicatura ha convocado a la presente acción de protección constitucional con el fin de constatar y de ser el caso reparar dicha vulneración.

El art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) contempla la posibilidad de que terceros comparezcan a procesos de acciones constitucionales, como es la presente, para comparecer y presentar un *amicus curiae* que tiene como finalidad exclusiva el aportar elementos jurídicos para salvaguardar de mejor manera todos los derechos reconocidos en la Constitución.

Por lo anterior, y entendiendo la complejidad que el presente caso atañe, como organismo de derechos humanos comparecemos a la presente causa como Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos –INREDH, a través de nuestra representante legal Aida Beatriz Villarreal Toba, conforme se desprende de nombramiento adjunto, y remitimos la siguiente información que contiene normativa nacional y estándares internacionales sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la libertad de expresión, contempladas en varios instrumentos internacional de protección de derechos humanos que conforme al art. 11 núm. 3 de nuestra Constitución (CRE) son de directa e inmediata aplicación; así como un breve análisis del caso concreto. Consideramos que esta información puede contribuir a una mejor resolución de la presente acción de protección.

I. Derecho a la Igualdad y No Discriminación

El derecho a la igualdad y no discriminación son principios rectores para el efectivo ejercicio y garantía de todos los demás derechos. En consecuencia, estos principios tienen un carácter fundamental para la obligación estatal de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”) ha indicado que existe un vínculo indisoluble entre la igualdad y la no discriminación⁵ y consecuentemente ha establecido la dificultad de separarlos el uno del otro por cuanto el incumplimiento del uno –igualdad- necesariamente acarrea la verificación de la prohibición del segundo –no discriminación-. En ese sentido, la Corte IDH ha indicado que en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio.⁶ Este principio rector y derecho fundamental fue acertadamente

³ <https://www.facebook.com/elcomerciocom/videos/1805153632841724/>

⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Arts. 2 y 3; Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 1.

⁵ Cfr. Corte Idh, Opinión Consultiva OC-18/03."Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados", 2003, párr. 85.

⁶ Ibid. Párr.83

introducido en nuestra Constitución en su artículo 11 núm. 2⁷; e igualmente reconocido como derecho en su artículo 66 núm. 4.⁸

La necesidad de estricto cumplimiento de estos preceptos básicos para la protección, garantía y ejercicio de todo tipo de derechos ha efectivamente conllevado a la conclusión que los principios de igualdad y no discriminación forman parte de la norma imperativa de derecho internacional en general, o de *ius cogens*. Esto no solo significa su obligación de carácter vinculante para los Estados, sino también su cumplimiento irrestricto.

Esto último por cuanto “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 sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, dentro de estos principios existe también un reconocimiento en derecho que consiste esencialmente en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Nuestra Constitución reconoce esta distinción como “acción afirmativa” o igualdad material. Esta distinción legítima hacia ciertas personas cuya situación especial les impide u obstaculiza el goce de sus derechos, es compartido por todas las instituciones internacionales de derechos humanos.

Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha indicado que *el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia*.¹⁰ Por ello, el Comité resalta *que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto*.¹¹

En términos similares coincide la Corte IDH al establecer una diferencia entre los términos “discriminación” y “distinción”, siendo este último *lo admisible en razón de ser razonable, proporcional y objetivo*¹², en cuanto la discriminación se refiere a *toda*

⁷ CRE, Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por 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, diferencia física; ni 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. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

⁸ CRE Art. 66 núm. 4: *Se reconoce y garantizará a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.*

⁹ Cfr. Corte Idh. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, párr. 55.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 18, párr. 8

¹¹ Ibid. Párr. 13.

¹² Corte Idh, Opinión Consultiva OC-18/03."Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados", 2003, párr. 84.

*distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*¹³

En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”¹⁴.

Así, de la obligación *erga omnes* de proteger y garantizar derechos humanos en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna, se generan una serie de obligaciones que las podemos resumir en dos generales:

- a) Abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de iure o de facto, y;
- b) Adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.¹⁵

Ahora bien, refiriéndonos específicamente a posibles discriminaciones en razón de **género**, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General núm. 28 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) ha indicado que:

- Los Estados deben cerciorarse de que no se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley u obstaculizar el disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el PIDCP;¹⁶
- Nada de lo dispuesto en el PIDCP puede ser interpretado en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos reconocidos en el artículo 3 o a limitarlos en formas no previstas por él;¹⁷

¹³ Corte Idh. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 81.

¹⁴ Corte Idh, Opinión Consultiva OC-18/03."Condición Jurídica y Derechos de los migrantes indocumentados", 2003, párr párr. 85. (Cfr. Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, para. 46; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 10.)

¹⁵ Ibid, párrs- 103-104

¹⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 28, párr. 5

¹⁷ Ibidem, párr. 9

- No se puede invocar el artículo 18 para justificar la discriminación aduciendo la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;¹⁸

Finalmente, en el caso Gonzalez Lluy vs Ecuador, la Corte IDH acogió un test integrado de igualdad para determinar si una práctica puede ser considerada discriminadora de acuerdo a los siguientes parámetros:

[a] fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad (...) que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencia. De otra parte, se toman los distintos niveles de intensidad en la aplicación de los escrutinios o tests de igualdad. Dichos niveles pueden variar entre (i) estricto, en el cual el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; (ii) intermedio, es aquel en el cual el fin debe ser importante constitucionalmente y el medio debe ser altamente conducente para lograr el fin propuesto; y (iii) flexible o de mera razonabilidad, es decir que es suficiente con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento.

En conclusión, el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación son un principio de aplicación de los derechos a su vez un derecho humano que de acuerdo a la normativa internacional ha tomado carácter imperativo; en este sentido, el Estado ecuatoriano, está obligado a respetar y garantizar de manera efectiva el cumplimiento efectivo de este derecho priorizando su garantía a grupos históricamente excluidos liberando a la sociedad de acciones que puedan poner en riesgo su integridad y acceso a otros derechos.

II. Derecho a la Libertad de Expresión

Comunicar “es un proceso en el cual una persona, denominada emisor, envía una información, llamada mensaje a través de un vehículo llamado medio a otra persona que la recibe, denominada receptor”.¹⁹ Informar es “dar noticia sobre una cosa e información es la acción y efecto de informar”.²⁰ Libertad es hacer todo lo que no dañe a los demás²¹, la dignidad de las personas solo puede tener sentido si se parte del supuesto de que se es libre,

¹⁸ Ibidem, párr. 21

¹⁹ Nestor Raúl, Correa Henau, La libertad de informar y sus derechos conexos, en Medios de información y Comunicación, Editora: Doriz Réniz Caballero, Potificia Universidad Javeria, Bogotá, Colombia, 2003, pág. 34.

²⁰ Diccionario de la Lengua española. Real Academia española. Edición 21, Espasa-Calpe, Madrid, 1992, págs.1164 y 1165.

²¹ Cfr. .Asamblea Nacional Francesa, Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, Francia, 26 de Agosto de 1789. Art.4

pero, en consecuencia responsable.²²

Partiendo de los conceptos enunciados podemos colegir que la libertad de expresión es un “es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas, es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”.²³ Para *Ronald Dworkin*, la libertad de expresión es un derecho *moral*, es decir que es reconocido posteriormente por el Estado a partir de una norma hipotética fundamental que casi siempre es la Constitución, o la ratificación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En este orden de ideas, si el Estado infringe un derecho moral, restringiéndolo, entonces ha inferido un agravio al individuo, pero por otra parte si el Estado amplía exageradamente su ejercicio, entonces defrauda a la sociedad de un beneficio general tal como es la seguridad jurídica o ciudadana o la garantía de otros derechos.²⁴

En este orden de ideas, este derecho está contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos que establece la capacidad de recibir, difundir y buscar cualquier tipo de ideas u opiniones y cualquier tipo de información por cualquier medio.²⁵ La Corte IDH, órgano facultado a interpretar la CADH, en la *OC-5/85* ha dado a este derecho dos dimensiones que deben estar garantizadas simultáneamente: una individual y una social.²⁶ Estas requieren, “por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento”.²⁷

La Corte IDH, en su jurisprudencia constante, ha resuelto que los instrumentos de derechos humanos²⁸ han avanzado de la concepción limitada del derecho a la libertad de expresión, como el uso de medios de comunicación, hacia una verdadera concepción de derecho universal. Al respecto la ONU, en la *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información*, señaló que “la comunicación es un proceso social fundamental y una necesidad humana básica. Constituye el eje central de la Sociedad de la Información. Todas las personas deben tener la oportunidad de participar, y nadie debería quedar excluido de los beneficios que le ofrece”,²⁹ por lo que la información en este contexto puede ser otorgada por cualquier persona y debe ser: universal, verídica, ubicua, equitativa y accesible y liberadora e

²² Nestor Raúl, Correa Henau, La libertad de informar y sus derechos conexos, en *Medios de información y Comunicación*, Editora: Doriz Réniz Caballero, Potificia Universidad Javeria, Bogotá, Colombia, 2003, pág. 37.

²³ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Organización de Estados Americanos, Principio 1. Ver además, Néstor Raúl, Correa Henau, La libertad de informar y sus derechos conexos, en *Medios de información y Comunicación*, Editora: Doriz Réniz Caballero, Potificia Universidad Javeria, Bogotá, Colombia, 2003, pág. 37

²⁴ Cfr. Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Ed. Ariel Derecho, Quinta reimpresión, España, 2002, pág. 294.

²⁵ Cfr. Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 13.1

²⁶ Cfr. Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 31-33.

²⁷ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo”(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 64

²⁸ Cfr. Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. párr 146 y Cfr. Corte IDH *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114

²⁹ ONU, *Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información: Declaración de Principios*, Asamblea General, Resolución 56/186, Ginebra, 2003, párr. 4

igualitaria.³⁰

En este sentido, se puede colegir que el Estado está llamado a regular las realidades en las que este derecho entra en conflicto para la plena vigencia de una sociedad democrática, y además tiene la obligación de garantizar a los ciudadanos el pleno uso y goce del ejercicio del mismo.

La CADH en su artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y de expresión trae consigo responsabilidades ulteriores, expresamente fijadas por la ley, cuando irrespete el derecho a la honra, la seguridad nacional, o genera ambientes de riesgo para un segmento de la sociedad.³¹ En este sentido, la Corte IDH en el caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica* ha dispuesto que “el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones”³²

En esta línea, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Fedchenko Vs. Russia* declara que las resoluciones judiciales, especialmente de acciones constitucionales y la legislación interna de los Estados es la expresión del *margen de apreciación sobre el cual se puede limitar el derecho a la libertad de expresión con el objetivo de garantizar el pleno ejercicio de otros derechos*. Este es un ingrediente más de un juicio de proporcionalidad, es un límite estructural a su aplicación que permite no entrar a revisar en ciertos casos la interferencia en el derecho si el fin de la restricción es legítimo, y si la medida y la regulación son necesarias a ojos de las autoridades y normas nacionales.³³

Además, debemos tomar en cuenta que el *Comité de Derecho Humanos de la ONU* señala que la no discriminación debe estar garantizada respecto de toda injerencia y ataque, que provengan de las autoridades estatales o de personas físicas o jurídicas privadas y que las obligaciones impuestas por este derecho exigen que el Estado adopte medidas legislativas para hacer efectiva la prohibición de injerencias y ataques y la protección del derecho a la igualdad ante la ley. En esta línea, el Consejo de Derechos Humanos establece, que la protección del Estado debe aumentarse cuando los mensajes vienen de segmentos de la sociedad que han gozado de privilegios históricos, o de los cuales gozan de foros masivos relacionados a otros contextos, como las iglesias o las empresas o corporaciones. Este estándar está llamado a lograr la efectiva vigencia del derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación³⁴, pues la libertad de conciencia y religión es también considerada como un derecho no absoluto, que admite restricciones cuando se trata de proteger los derechos de terceros (Art. 12.4 CADH Y ART. 18.3 PIDCP). Es decir, al igual que en el caso de la libertad de expresión, este no es un argumento capaz de amparar discursos de odio.

El Sistema Interamericano en el caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela*, ha dispuesto que las

³⁰La expresión TIC's agrupa los elementos y las técnicas utilizadas en el tratamiento y la transmisión de las informaciones, principalmente de informática, Internet y telecomunicaciones. Cfr. Debora Huley, *Estrella Polar: Los Derechos Humanos en la Sociedad de la Información*, Auditoría Democrática Andina, Quito-Ecuador, 2003, pág.23.

³¹Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art.13.2.

³²Cfr. 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. 120.

³³Cfr. CEDH. *Case Of Fedchenko V. Russia*, Application No. 33333/04, Judgment, 11 February 2010, párr. 30; Cfr. CEDH. *Dichand and Others v. Austria*, no. 29271/95, 26 February 2002. párr. 38.

³⁴Cfr. Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 16, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, 32º período de sesiones (1988), párr.1.

limitaciones de la libertad de expresión a través de deben revisar principalmente el fin perseguido por parte de la persona o grupo que emite una determinada información u opinión. Este fin debe ser un fin legítimo, es decir reconocido en la constitución o en los tratados internacionales de derechos humanos, tomando en cuenta los principios de aplicación de los derechos.³⁵

Finalmente cabe indicar que los derechos humanos tienen configuración de principios, existen casos que estos éstos se contraponen y por tanto uno deberá superar al otro; es en estos casos cuando se debe aplicar técnicas de interpretación como la ponderación, la razonabilidad o la proporcionalidad reconocidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En conclusión, el derecho a la Libertad de expresión es un derecho humano fundamental, reconocido en la Constitución y en tratados Internacionales de Derechos Humanos, con estructura limitable que da la posibilidad de generar a través de normativa o jurisprudencia limitaciones legítimas y responsabilidades ulteriores por la plena garantía de otros derechos, hecho que debe lograrse a través de la aplicación técnica de uno de los principios de interpretación de las normas constitucionales, especialmente la razonabilidad y la proporcionalidad.

III. Discursos de Odio: Colisión entre la Libertad de expresión y el Derecho a la Igualdad y no discriminación

No existe consenso internacional acerca de la definición de *discurso de odio*, pero la Recomendación (97) 20 del Consejo de Europa presentó un concepto amplio y claro del término, que ha servido de referencia internacional, definiéndolo como: “*toda forma de expresión que propague, incite, promocióne o justifique odio racial, xenofobia, antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo: la intolerancia expresada por un nacionalismo agresivo y etnocentrismo o la discriminación y hostilidad contra minorías*”.³⁶

Como apunta Francisca Pérez-Madrid, esta doctrina identifica, entonces, tres características fundamentales en el discurso del odio: 1) delimitación de un individuo o grupo de individuos; 2) estigmatización a su objetivo; y 3) impulso y promoción del desplazamiento de dicho grupo fuera de las relaciones sociales normales”.³⁷ Es decir, aquellas manifestaciones que promuevan, a través de distintos medios, el odio, la exclusión o la discriminación de un determinado grupo en razón de sus características comunes, se puede configurar como un discurso de odio.

Esta noción devela un posible conflicto entre dos derechos humanos: por un lado, la libertad de expresión, entendida como el derecho de no ser arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar públicamente pensamientos y opiniones propias; y, por otro, el derecho de toda persona -incluyendo miembros de minorías- a no ser discriminada y a que se respeten y garanticen sus derechos, de forma igualitaria.

³⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207. Párr.49.

³⁶ Recomendación 97 (20) del Consejo de Europa, del 30 de Octubre de 1997

³⁷ Francisca Pérez Madrid y otros. *La gobernanza de la diversidad religiosa: personalidad y territorialidad en las sociedades multiculturales*. Cizur Menor (2013, Navarra) Aranzadi, pp. 320-321.

La campaña #ConMisHijosNoTeMetas, impulsada por la Conferencia Episcopal Ecuatoriana, el Frente Nacional por la Familia y el Movimiento Vida y Familia, es una iniciativa que surgió frente a la discusión y posible aprobación de algunos proyectos de ley por parte de la Asamblea Nacional, especialmente en lo que respecta a la inclusión del enfoque de género en las mallas curriculares escolares (a pesar de ya estar así dispuesto por el Art. 70 de la Constitución). En este sentido, el postulado principal de la campaña consiste en hacer un llamado al Estado a respetar lo que identifican como la familia “tradicional” y a permitir que los padres sean los que eduquen a sus hijos en temas relacionados, de acuerdo a sus propios valores y creencias. Esta campaña fue muy publicitada durante los últimos meses e incluyó videos, ruedas de prensa, comunicados, mensajes en redes sociales y convocó a una marcha el 14 de octubre del presente año. En principio, las opiniones y creencias devenidas de esta campaña están protegidas por el derecho a la libertad de expresión de sus adherentes, en tanto se circunscriban a los principios de una sociedad democrática y plural. No obstante, la militancia de los sectores que impulsan la iniciativa ha desencadenado mensajes altamente discriminatorios en contra de los miembros de la comunidad LGBTI, calificándolos como una amenaza para la familia “tradicional”, condenando de forma denigrante su orientación sexual o identidad de género como una supuesta desviación, e invitando a la exclusión y discriminación del colectivo. Es esta parte de la campaña #ConMisHijosNoTeMetas, la que presenta conflicto.

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la libertad de expresión es un derecho protegido por la Convención Americana (CADN) y es, efectivamente, un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática; sin embargo, la misma Corte ha enfatizado que no tiene el carácter de absoluto³⁸. Este derecho puede ser objeto de restricciones, tal como lo señalan los incisos 3, 4 y 5 del artículo 13 de la CADN y los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). La CADN señala que está prohibida “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo”, mientras que el PIDCP es claro en señalar que la libertad de expresión “entraña también deberes y responsabilidades especiales”, prohibiendo “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”.

La Corte IDH, si bien no ha resuelto un caso de características análogas al presente, ha desarrollado vasta jurisprudencia sobre los mecanismos para determinar la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión. Primero, los instrumentos internacionales ya han previsto expresamente que los derechos de un individuo están sujetos, entre otros, a limitaciones devenidas de los derechos y libertades de los demás (Art. 29 de CADN y Art. 29 DUDH), y que las autoridades estarán eventualmente llamadas a restringir algunos de ellos, con el fin de satisfacer otros intereses más imperiosos. En este sentido, la Corte ha señalado que una restricción legítima a la libertad de expresión debe cumplir tres requisitos: 1) debe estar prevista por la ley; 2) debe perseguir un fin legítimo; y 3) debe ser necesaria, idónea y proporcional³⁹. En el presente caso, la aplicación de este test de

³⁸ Corte 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. 30.

³⁹ Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D'amico vs. Argentina*. Sentencia de 29 de Noviembre de 2011. párr.

proporcionalidad demuestra la necesidad de restringir algunas de las expresiones derivadas de la campaña #ConMisHijosNoTeMetas, como se demuestra a continuación.

Respecto del primero requisito de legalidad, la Constitución ecuatoriana reconoce plenamente el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas pertenecientes a la comunidad LGBTI en su Art. 11.2: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de (...) sexo, identidad de género, (...) orientación sexual, ni 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. La ley sancionará toda forma de discriminación”. Asimismo, el Art. 66.4 reconoce el derecho de toda persona “a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”, mientras que el Art. 19 de la Carta Magna, 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”.

Con respecto al segundo requisito de finalidad, vale aclarar que, el restringir la libertad de expresión de la campaña en cuestión y exigir que se excluyan las expresiones de odio en contra de la comunidad LGBTI, persigue indiscutiblemente un fin legítimo, pues pretende frenar incitaciones a la discriminación y a la hostilidad social contra una minoría. Desgraciadamente, los estigmas y los prejuicios en contra de las personas de diversa condición sexo-genérica imperan en el contexto ecuatoriano y son incompatibles con los valores de una sociedad democrática y plural. El deber primordial del Estado es garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos de sus ciudadanos y fortalecer la unidad nacional en la diversidad (Art. 3 CE) y, por ello, tiene una obligación imperativa en este caso, respecto de la comunidad LGBTI.

El tercer requisito, por su parte, requiere tres elementos. Primero, requiere *necesidad*, entendida como el mandato de obedecer a un interés público imperativo y la no existencia de otras alternativas de protección menos⁴⁰. En el presente caso, efectivamente la restricción persigue un interés público imperativo, pues permitir expresiones masivas que invitan a la exclusión, no hace sino impulsar y reforzar los estereotipos negativos ya existentes en contra del colectivo LGBTI y resquebrajar aún más las relaciones sociales con este grupo. La vía de restricción empleada en este caso es, además, poco invasiva, pues no se trata de un proceso penal ni de uno civil que puede presentar tintes sancionatorios, sino simplemente es un recurso constitucional que pretende salvaguardar derechos.

Segundo, este requisito demanda *idoneidad*, lo cual ha sido definido como la habilidad de la restricción para salvaguardar el bien jurídico que se quiere proteger, es decir, que esté en capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo⁴¹. En el presente caso, la campaña ha recibido un alto apoyo popular de diversos sectores y ello la ha consagrado como una plataforma importante de difusión de pensamiento. El eliminar, entonces, el discurso de odio de esta palestra, constituiría un medio idóneo para enviar un mensaje sólido de tolerancia a la diversidad sexogenérica (y de todo tipo) a la sociedad

⁴⁰ Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 76; *Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina*. Sentencia de 29 de Noviembre de 2011. párr. 43

⁴¹ Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 71; *Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina*. Sentencia de 29 de Noviembre de 2011. párr. 53

ecuatoriana. Una restricción de este tipo tendría efectos ejemplificadores de amplio alcance.

El tercer elemento se refiere a la *proporcionalidad* en sentido estricto, es decir, que la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la igualdad y no discriminación, sin hacer nugatorio el derecho a la libertad de expresión⁴². Al respecto, vale enfatizar que no se pretende hacer un juicio de valor sobre los principios defendidos por la campaña ni limitar el derecho a la resistencia frente a las acciones estatales que cuestiona, pues el hacerlo efectivamente vaciaría de contenido al derecho a la libertad de expresión. La pretensión es simplemente que se excluyan las manifestaciones que incitan al odio y la discriminación en contra de miembros de la comunidad LGBTI (expresamente prohibidas por la CE, la CADN y por el PIDCP) del discurso de la campaña, pues estas infligen una afectación innegable sobre los miembros de este colectivo, atentando contra su dignidad e instando al trato diferenciado y al irrespeto de sus derechos. La limitación a la libertad de expresión, en este caso, sería minúscula, y se configuraría como un aporte significativo en la construcción de la igualdad de un grupo históricamente excluido.

Por tanto, la restricción a la limitación de la libertad de expresión en este caso sería legal, perseguiría un fin legítimo y se configuraría como idónea, necesaria y proporcional; cumpliendo, de esta forma, los requisitos para ser procedente.

Como se mencionó anteriormente, la Corte IDH no ha resuelto un caso de características análogas en el pasado, pero el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas resolvió en el año 2000 el caso *Ross vs. Canadá*, relacionado a los discursos de odio y el derecho a la libertad de expresión. El Comité dictaminó, utilizando un test similar al impulsado por la Corte IDH, que la publicación de opiniones antisemitas quedaba comprendida dentro del ámbito de la prohibición del PIDCP de la “apología del odio nacional, que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia” y, por tanto, no estaba protegido por la libertad de expresión. El peticionario, Malcolm Ross, había sido docente en Canadá durante 15 años, periodo durante el cual publicó libros y formuló declaraciones públicas que denigraban la fe y la ascendencia judías y, por ello, fue removido de su cargo de docencia. El Comité observó que, de acuerdo con el artículo 19 del PIDCP, el derecho a la libertad de expresión no era absoluto y, por tanto, este tipo de discursos debían ser rechazados al atentar contra la dignidad de los niños judíos e incitar a la discriminación. El Comité dictaminó que la remoción de Ross del cargo podía, entonces, considerarse una restricción necesaria. Esta resolución refuerza la idea de que los discursos de odio no son tolerados en una sociedad democrática, bajo el disfraz de la libertad de expresión.

IV. Solicitud

Conforme lo establece el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional solicitamos:

1. Se acoja el razonamiento técnico jurídico de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos – INREDH en calidad de *Amicus Curiae*.
2. Se convoque a la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos – INREDH a la audiencia pública de la acción de protección del caso de referencia

⁴² Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 83-94; *Caso Usón Ramírez vs Venezuela*. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 80- 88

para poder exponer de forma oral los criterios expuestos en el presente documento en calidad de *Amicus curiae*.

V. Notificaciones

Notificaciones que nos correspondan las recibiremos en la casilla judicial número 3264 del Palacio de Justicia, o a su vez en los siguientes correos electrónicos: garantias@inredh.org; proteccion@inredh.org; y legal@inredh.org

Atentamente,

Lic. Beatriz Villarreal
Presidencia Inredh

Ab. Harold Burbano
MAT: 17-2013-719

Ab. Gabriela Flores
MAT 17-2014-91

Ab. Daniel Véjar
MAT 17-2015-163