

Discursos protegidos en el derecho internacional, en el marco de los derechos humanos

Juan Pablo Albán²

Introducción

Empiezo por agradecer la invitación y esta oportunidad de compartir con los funcionarios y funcionarias del Cordicom un tema trascendental porque en el Ecuador el derecho a la libertad de expresión ha tenido poco desarrollo. Ha tenido, más bien, una característica de menosprecio por el poder de turno y no me refiero solamente a la época en que nos gobernó el economista Correa, sino en otros momentos históricos del país. Precisamente por eso, que un ente regulador como es el Consejo de Comunicación tenga la preocupación de prepararse para abordar la problemática de la libertad de expresión desde la visión de los derechos es trascendental.

El discurso protegido y sus límites

El tema central de este Encuentro es el de los discursos protegidos por oposición a los discursos no protegidos. Pero, tam-

2 Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Universidad de Notre Dame de Indiana, Estados Unidos; abogado de los Tribunales de la República, por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE); coordinador del área penal del Consultorio Jurídico Gratuito y director de la Clínica de Derechos Humanos de la PUCE; miembro del Comité contra la Desaparición Forzada, desde diciembre de 2017; experto extranjero ante las Salas Especializadas de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia; profesor de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ) de Derecho Penal, Derecho Procesal Constitucional nacional e internacional y Derechos Humanos; ha realizado varias publicaciones a escala nacional e internacional sobre Derechos Humanos y otros temas de coyuntura social y política; es el primer ecuatoriano en ser elegido miembro del Comité de Desapariciones Forzadas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

bién, abordaré cuáles son los límites de los discursos protegidos y cómo vamos a determinar si es permisible o no una limitación del derecho a la libertad de expresión, justamente en un contexto en que el discurso deja de estar protegido.

Para ello, tenemos que hablar primero de la libertad de expresión en general. Siendo ustedes funcionarios y funcionarias del Consejo de Comunicación, seguramente, ya han tenido ocasiones para discutir cuáles son las dimensiones de este derecho, que es instrumental y necesario, para el ejercicio de otros derechos humanos. Ejemplo: la persona no podrá ejercer a cabalidad su acceso a los servicios de salud pública, si no cuenta con información adecuada sobre los servicios que puede recibir y bajo qué condiciones. Eso exige que ejerza primero su libertad de expresión.

Podemos encontrar muchos ejemplos adicionales, que tienen que ver, sobre todo, con el debate democrático en un estado de derecho, con la preservación de las instituciones democráticas a partir del libre flujo de las ideas del ejercicio de la libertad de expresión.

Las dimensiones del derecho a la libertad de expresión

En general, se identifican dos dimensiones dentro del derecho a la libertad de expresión. Esta es una idea planteada hace mucho tiempo por ambos órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, notablemente por la Corte. Esta división bipartita proviene del pronunciamiento de la Corte en el marco de una sentencia contra Chile, en un caso que se conoce como “El caso de la última tentación de Cristo”.

Tal vez vale la pena, proporcionar un poco de contexto fáctico: a finales de los 80's, un novelista griego escribió un libro en el que relataba un episodio ficticio de la vida de Cristo; donde este,

ya crucificado, tiene una alucinación sobre cómo hubiera sido su vida si él hubiera decidido casarse con María Magdalena, en lugar de aceptar su destino como salvador del mundo. Obviamente, el libro generó mucha polémica; era visto como blasfemo, no por una, sino por varias religiones.

A pesar del escándalo que el libro generaba, Martin Scorsese, reconocido director de cine de Hollywood, decidió hacer una película basada en el libro que se estrenó en el año 1985 y que se denomina, al igual que el libro: “La última tentación de Cristo”. La película causó más revuelo porque la difusión de las ideas, a través de la imagen, es mucho más rápida que a través del texto escrito. Hubo atentados contra las salas de cine que exhibían la película, hubo protestas públicas en contra de la obra, sus actores, sus productores, su director y, hubo también, decisiones de censura. En nuestra región hubo varias decisiones de censura y, en el Ecuador, también fue censurada. Existió una fuerte influencia de la iglesia católica en esta decisión.

Chile fue otro país de la región donde ocurrió lo mismo y el caso de la censura a la película “La última tentación de Cristo”, eventualmente, llegó a la Corte Interamericana. La Corte tuvo ocasión de examinar qué es lo que significa la libertad de expresarse, porque Chile quería tener una visión restringida diciendo: “nadie le impidió a Scorsese hacer su película y nadie le impide a Olmedo Bustos y a las otras 30 personas que plantearon los reclamos a nivel interno para que la película se exhiba, que tengan una opinión alrededor de la película. Han ejercido su libertad de expresión; esta no se ha vulnerado”.

La Corte dijo, entonces, que la dimensión que ordinariamente vemos de la libertad de expresión es la dimensión individual: implica la posibilidad de emplear cualquier mecanismo para difundir las ideas propias y para trasladarlas a otros. Pero, más allá de esa dimensión individual del derecho a la libertad de expresión, hay una dimensión social y colectiva de este derecho, que tiene que ver con el deseo legítimo de la sociedad, del colectivo ciudadano, de acceder a las ideas, a la información, a las opiniones,

a las expresiones artísticas como lo puede ser una película. Esa es la dimensión de la libertad de expresión que está siendo afectada.

En la sentencia del caso de la Última tentación, ambas dimensiones, dice la Corte, son igual de importantes y, por ende, ambas tienen que ser garantizadas al mismo tiempo. No se puede garantizar una dimensión en desmedro de la otra.

Las dimensiones del derecho a la libertad de expresión

- Dimensión individual: Utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios.
- Dimensión social: Conocer ideas, informaciones, opiniones, relatos y noticias vertidas por otros.
- Ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho

¿Qué protege la libertad de expresión?

Entendiendo que hay dos dimensiones del derecho a la libertad de expresión, protege la posibilidad de expresarse de manera verbal, la posibilidad de expresarse de manera escrita, la posibilidad de trasladar esos discursos verbales o esas ideas por escrito a otros. La posibilidad de expresarse artística o simbólicamente, de exponer un cuadro, de filmar una película, de compartir una fotografía, etc.

La posibilidad de buscar y recibir la información, las expresiones y las ideas de otros es la dimensión social. Además, la posibilidad de acceder a información que, sobre nosotros mismos, se encuentre en poder de terceras personas o dentro de instituciones del Estado; la posibilidad de acceder a información en poder de las instituciones estatales, sobre cuestiones de interés público; y, la posibilidad de poseer información en cualquier tipo de soporte o medio y trasladar y distribuir esa información.

| | | | |
|--|---|---|--|
| El derecho a hablar. | El derecho a escribir. | El derecho a difundir las expresiones habladas o escritas. | El derecho a la expresión artística o simbólica. |
| El derecho a buscar, a recibir y acceder a expresiones, ideas, opiniones e información de toda índole. | El derecho de tener acceso a la información sobre sí mismo. | El derecho de tener acceso a información sobre cuestiones de interés público. | El derecho a poseer información escrita o en cualquier otro medio, a transportar dicha información y a distribuirla. |

¿Qué protege la Libertad de Expresión?

Presunción de cobertura *ab initio*

En el marco de esa cobertura amplísima que tiene la libertad de expresión, hay ciertos discursos que, de entrada, suponemos que están protegidos, inclusive si incomodan. Normalmente las discusiones se producen cuando algún discurso, opinión o criterio incomoda, ahí es cuando debatimos sobre libertad de ex-

presión. Y empezamos a dudar sobre si el otro está ejerciendo su libertad de expresión o abusando de ella, para decir cosas antipáticas, irritantes, pero, se presume que esas cosas antipáticas, ofensivas y perturbadoras están cubiertas.

Las publicaciones de La Posta están cubiertas. No importa qué contengan esas expresiones, no importa que haya segmentos de la sociedad que se molesten y se enojen frente a lo que se expresa. Peor todavía importa, que las autoridades del Estado se incomoden o se molesten frente a lo que se dice. Hay una presunción de cobertura automática de toda expresión, inclusive las que son mal vistas porque necesitamos robustecer el debate democrático.

Presunción de cobertura *ab initio*

- Están protegidas todo tipo de expresiones, incluidos los discursos ofensivos, chocantes o perturbadores.
- La protección se debe garantizar independientemente del contenido de tales expresiones y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten.
- La razón de esta protección amplia es que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público.

En Estados Unidos, por ejemplo, el Ku Klux Klan es una organización con unas raíces marcadamente racistas que, a lo largo de su historia, ha participado, en reiteradas ocasiones, en la expresión violenta del discurso racista. Todavía pueden salir a la calle con sus túnicas y antifaces blancos y expresar públicamente su visión sobre porqué los blancos son mejores que los afroamericanos o que los judíos.

Esa es una expresión que irrita; sin embargo, está protegida. O la pornografía, que, para muchos, en algunas sociedades del mundo, es una expresión ofensiva, es una objetivización del cuerpo de las personas, usualmente, las mujeres y, sin embargo, es una expresión protegida porque en la arena del debate democrático hay que permitir la más amplia circulación de ideas, sino no estamos en verdadera democracia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo ocasión de examinar esta cuestión en el marco de varios casos. Pero, probablemente la decisión más interesante que se ha emitido sobre la cuestión de la cobertura amplia de las expresiones que incomodan, es un caso que tiene que ver con la publicación de un libro sobre un evento específico de represión durante la dictadura militar que gobernó Argentina desde 1976 hasta 1983.

Ese evento es la masacre, el asesinato de todos los miembros de una orden religiosa, los sacerdotes palotinos, por parte del personal de seguridad de la armada argentina. Personal destacado en la tristemente célebre Escuela de Mecánica de la Armada, que era el principal centro de secuestro y tortura, durante la dictadura. Mataron a todos los sacerdotes palotinos, una orden de origen italiano, que tenía algunos representantes asentados en Buenos Aires; excepto uno, que estaba de viaje, se salvó porque no estuvo en el momento en que entraron al convento de San Patricio, donde se produjo la masacre.

Años después, un periodista e historiador, Eduardo Kimel, escribió "La masacre de San Patricio", un libro que relata el evento y cuestiona, entre otras muchas cosas, el comportamiento de un juez que recibió la denuncia por los asesinatos y que, a los dos días de haberla recibido, la archivó. Kimel se expresa en términos muy duros contra la justicia argentina en la época de la dictadura y, notablemente, contra este juez; pero usa el caso de este juez para ejemplificar el patrón de impunidad que imperaba respecto de los crímenes durante la época de la dictadura.

Obviamente, ese era un discurso que ofendía, que chocaba y molestaba a la corporación judicial y particularmente a este juez que tuvo a su cargo la causa. El juez lo enjuició penalmente y Kimmel terminó condenado penal y civilmente, siendo muy curioso que el único condenado alrededor de los eventos de la masacre de San Patricio fuera el periodista que contó la historia, en lugar de los perpetradores de estos asesinatos.

En esa ocasión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso, evocando la decisión adoptada por la Corte Europea de Derechos humanos en el caso Sunday Times contra Reino Unido, reitera que la libertad de expresión se garantiza respecto de la difusión de toda idea e información; tanto la que se recibe bien como la que se recibe mal. La que resulta ingrata o perturbadora, dice la sentencia de la Corte, para el Estado o para cualquier segmento de la población.

La responsabilidad del Estado, al velar por la libertad de expresión y su plena vigencia, es proteger las expresiones que son minoritarias porque esas expresiones, también, son importantes para que haya un debate democrático. No es solo la opinión de la mayoría.

Discursos especialmente protegidos

Ciertos discursos, de hecho, están especialmente protegidos. El discurso político y el discurso sobre cuestiones de interés público, el discurso que critica a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y que se refiere a las personas que pretenden ocupar un cargo en la administración pública. Ese discurso está especialmente protegido, inclusive, si pareciera que se está comprometiendo el derecho al honor, a la honra y dignidad del funcionario. No porque el funcionario no tenga derecho a la honra y dignidad, por supuesto que lo tiene, es un ser humano, pero el umbral de protección al que está sometido es diferente.

Cuando se trata de un individuo particular, cuya vida privada, cuyas acciones laborales, académicas o de cualquier otra índole no le importan a la sociedad, el umbral de protección es más alto y normalmente, la libertad de expresión debe ceder ante la protección de la privacidad, la honra y la dignidad. Acabamos de ver eso, hace pocos días, en una decisión polémica que ha sido ya impugnada; en que una jueza de niñez, familia y adolescencia, actuando en el marco de una garantía jurisdiccional constitucional, le da la razón a la esposa del ex Defensor del Pueblo diciendo: “la publicación y divulgación de información privada, por más que usted sea la esposa del Defensor del Pueblo, afecta el derecho a la honra”.

El umbral es distinto, pero si lo que se hubiera publicado fuera información sobre el Defensor del Pueblo, o sobre cualquier funcionario, el umbral de protección sería más bajo. Se entiende que la persona que voluntariamente se expone a la opinión pública, postulándose a un cargo de elección popular, aceptando la designación para una función pública de nombramiento, está aceptando, también, que será sujeto de críticas porque esa es una exigencia en un Estado democrático: que haya crítica a la actuación del poder público.

También están especialmente protegidos aquellos discursos que expresan elementos esenciales de la identidad o dignidad personal. Creo que durante la pandemia ya no ha ocurrido, pero, antes de la pandemia, todos los años se realizaba una marcha masiva contra la violencia hacia las mujeres conocida como “La marcha de las putas”. Eso es una expresión protegida particularmente, especialmente.



Interés público

Más allá de estas tres categorías de protección especial, creo que vale la pena detenerse, en particular, en la cuestión del discurso político y sobre asuntos de interés público. Para ello, tenemos que entender qué es el interés público; hay dos formas de comprenderlo. Los europeos consideran que interés público es el interés del Estado y, por ende, entienden que el interés público es un limitante de los derechos.



La noción de interés público

- *Visión europea: Interés del Estado y por ende limitante de derechos.*
- *Visión anglosajona: Interés del pueblo/ciudadanía y por ende un espacio amplio en que la sociedad civil incluida la prensa tiene un rol preponderante en el juego democrático de diversas formas.*

Los anglosajones y la mayoría de países latinoamericanos entendemos que el interés público no es el interés del Estado, sino el interés del colectivo ciudadano. Por ende, la invocación del interés público no puede servir como un limitante de derechos. Al contrario, para asegurar un espacio de debate amplio, donde la sociedad tiene un rol importante para criticar al Estado y exigir cambios. Eso es lo que se conoce como “espacio público”.

Bajo la noción de interés público que considera que es el interés del colectivo ciudadano, todas las actividades del Estado y, en general, de las instituciones que representan a alguna forma de poder, que a veces no son el Estado, sino el poder económico, el poder mediático, etc., han de orientarse al bien común, pero, además, han de estar sometidas a fiscalización, a crítica permanente y han de ser totalmente transparentes. Así opera la lógica del interés público desde la visión del interés de la colectividad.

La noción de bien común

Decimos que las actividades del Estado y de cualquier otra manifestación del poder se deben orientar al bien común, entendido a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como las condiciones que permiten a los miembros de la sociedad desarrollarse a título individual y en su interacción con otros; promoviendo con ello la vigencia más amplia de los valores democráticos. Como la independencia judicial, la objetividad de la administración, el no abuso de poder, etc.

Para alcanzar el bien común, es necesario que organicemos la vida de la sociedad de manera que se preserven las instituciones democráticas. No se comprometa la independencia de los jueces, no se coarte la posibilidad de las personas de ejercer su derecho a la protesta, no se ponga impuestos de manera irrazonable, etc.: todo eso hace falta para alcanzar el bien común.

La noción de bien común

Las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de una sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos.

Para alcanzarlo se debe organizar la vida social de forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.

Velar por el interés público -recordemos que este es un discurso especialmente protegido- es velar por el buen funcionamiento de una democracia: porque las autoridades se sometan a la ley; porque los derechos de todos en la materialidad se realicen; por darle voz a cada segmento de la ciudadanía, para que aporten a la construcción de ese bien común.

Por eso, si alguno de los tres discursos especialmente protegidos nos interesa más, es el discurso político y sobre cuestiones de interés público, porque es el que nos asegura que podamos mantener un Estado democrático. Ese alto nivel de Estado democrático se mantiene a partir de una discusión pública, abierta, franca, sincera, aunque resulte incómoda, sobre cómo está el Estado.

Es como decirle al Gobierno Nacional, sobre el proyecto de Ley Creando Oportunidades, que yo no creo que ha tenido una mala idea, lo que creo es que debe organizar técnica y jurídicamente mejor la idea; que no es tramitable porque viola la unidad de materia. ¿Eso irrita al Gobierno?, - por supuesto que sí. ¿Envía a la sociedad el mensaje de que quieren sabotear al Gobierno?, - a lo mejor. Pero, de todas formas, el expresarlo abiertamente garantiza que haya un debate democrático.

El papel que tenemos los ciudadanos como colectivo, como opinión pública, es controlar la gestión estatal. Para ello, debemos participar. El ecuatoriano promedio es un ciudadano apático, se queja en las redes sociales, pero no hace mucho más, no se involucra de manera muy activa en el cuestionamiento de la actividad estatal y en el mantenimiento de la democracia, que esto ocurra es excepcional. Y cuando alguien lo quiere hacer, enseguida le vemos raro, pensamos en qué oscuros intereses tendrá, en que ya quiere hacer política, pero no necesariamente es así. A lo mejor lo que interesa es dejar un mejor país, una mejor sociedad a nuestros hijos.

Entonces, tenemos que robustecer el debate y eso exige una libertad de expresión también robusta. En las sociedades democráticas no podemos excluir ciertos temas del debate político, si son de interés público, hay que mantenerlos. Solamente de esa manera, vamos a garantizar el mantenimiento de la democracia, de lo contrario, nos conduce a escenarios que ya hemos vivido en el Ecuador, de autoritarismo: donde no hay libre circulación de ideas, hay la línea oficial y eso es lo único admisible.

Ustedes son una Entidad que, fundamentalmente, cumple un papel de supervisar la labor de los medios de comunicación, sin coartarla, como en el pasado estaba ocurriendo. Ahora hay una comprensión distinta, y eso tiene que ver con que una fiel creyente de la libertad de expresión como es Jeannine (Cruz), está al frente. Hay una lógica distinta en la Entidad, pero, justamente, a quienes ustedes dan seguimiento son los que tienen un papel más importante en el debate de interés público en sociedad.

Los medios de comunicación, particularmente en las cuestiones que tienen que ver con el abuso del poder y que terminan por judicializarse, tienen un papel fundamental para garantizar que la sociedad esté enterada de qué han hecho sus mandatarios, bien y mal. Obviamente, entre esos tres discursos especialmente protegidos, el que más nos importa es el discurso de interés público, pero, así como hay discursos especialmente protegidos, hay discursos que están excluidos de protección.

Discursos no protegidos

Hablemos entonces de los límites al discurso protegido. Toda expresión que promueva la confrontación armada, toda expresión que promueva la polarización social, el odio entre miembros de una sociedad, toda expresión que incite a la violencia, no está protegida bajo los estándares de libertad de expresión, ni constitucionales ni internacionales. Cuando, a través de las redes sociales o en otros espacios comunicacionales, aplaudimos, por ejemplo, que 110 personas bajo la custodia estatal hayan muerto en incidentes violentos perpetrados por sus propios compañeros de encierro, eso no es un discurso protegido: estamos haciendo apología a la violencia.

Tampoco está protegida la incitación directa y pública al cometimiento de un genocidio y eso, para los ecuatorianos, probablemente no es una cuestión trascendente, pero en otras latitudes es muy importante.

Discursos no protegidos

La propaganda de la guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia.

La incitación directa y pública al genocidio.

La pornografía infantil.

En Ruanda, el genocidio tuvo el alcance que tuvo gracias al involucramiento directo del *mainstream media*, de los grandes medios de comunicación. Es más, el tribunal penal internacional para Ruanda, entre otros casos que tuvo que analizar, decidió uno que guarda relación con el papel que cumplió la “Radiotelevisión Libre de las Mil Colinas”, un canal de radio y televisión, en el genocidio de la población tutsi. A partir de las ideas que se difundían desde ese espacio; incitando a la población hutu a asesinar a los tutsi.

Para nosotros no es trascendente, pero hay demasiados ejemplos históricos de propaganda, desde el Estado y desde segmentos de la sociedad, que quieren apoyar al Estado de turno, al poder del momento, incitando al cometimiento de genocidio. La propaganda nazi, por ejemplo, es un discurso que no está protegido. Y, obviamente, tampoco es un discurso protegido, la pornografía infantil; ahí no hay protección, ahí no hay libertad de expresión. La pornografía general, en cambio, como expresión, es un discurso que está protegido, a pesar de que irrite, de que choque o que resulte incómodo, está protegido por la libertad de expresión, pero la pornografía infantil, no.

Discursos de odio, violentos y peligrosos

Discursos de odio, violentos y peligrosos

- Concepto jurídico indeterminado. Problemas para alcanzar un acuerdo respecto a si debe tratarse de expresiones motivadas por el odio o percibidas por ciertos destinatarios como manifestaciones de odio.
- En general se define el discurso de odio como toda expresión ofensiva contra los miembros de un grupo al que supuestamente describe.
- Discurso violento en cambio es aquel que por su entidad inspira violencia en los destinatarios a partir de sembrar ideas de odio en sus mentes.
- Discurso peligroso (como concepto emergente), es aquel que tiene la potencialidad de generar violencia a partir de la difusión de ideas de odio.

Para avanzar en esta cuestión de los discursos no protegidos, creo que es importante hacer ciertas precisiones terminológicas. Tenemos que diferenciar entre los discursos de odio, los discursos violentos y los discursos peligrosos.

El discurso de odio no tiene una definición absoluta y definitiva. Su definición hoy sigue en discusión, esto a pesar de que, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen la libertad de expresión contienen prohibiciones expresas de la difusión de discursos de odio: el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 19 de la Declaración Universal y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos adoptado en el seno de las Naciones Unidas, el artículo 10 del Convenio Europeo sobre derechos humanos, etc.

No hay un acuerdo, es un concepto jurídico indeterminado todavía. Ese acuerdo no se ha logrado porque algunos sostienen que el discurso de odio es toda expresión motivada por el odio, y otros sostienen que el discurso de odio es toda expresión recibida como manifestación de odio; no está claro: si la carga emotiva de odio la pone el emisor del mensaje o su receptor. Sobre lo que sí hay un acuerdo general es en entender al discurso de odio como una expresión de rechazo, de repudio, de odio contra los miembros de un grupo al que supuestamente se está describiendo.

“Los afroecuatorianos son sucios, los indígenas son revoltosos, las feministas son unas exageradas”, eso es discurso de odio porque es una expresión ofensiva en contra de todos los miembros de un grupo al que supuestamente se está describiendo.

A la par del discurso de odio, hay otra categoría jurídica importante que es el discurso violento y un discurso que no está protegido, puede ser simultáneamente de odio y violento. El discurso violento es aquel que tiene la capacidad, la fuerza suficiente como para provocar actos violentos en contra del grupo al que se está describiendo. El discurso violento es el que puede

producir violencia material, más allá de la violencia verbal que el discurso en sí implica; violencia material en contra del grupo al que se describe sembrando ideas de odio en los receptores.

En Ecuador hemos visto varios discursos violentos en el curso de los últimos años, a raíz de las oleadas migratorias de población venezolana que huye de la crisis humanitaria en su país. Importantes líderes de opinión del país se han expresado de forma desatinada en contra de la población en situación de movilidad de origen venezolano, instando a actuar de manera violenta en contra de ellos.

Aparte de estas dos categorías de discurso de odio y discurso violento, hay una tercera categoría, desde el punto de vista jurídico, que es el discurso peligroso; este es un concepto emergente en el derecho internacional de los derechos humanos. Con ello, lo que quiero decir es que todavía hay la incertidumbre sobre la existencia real de un discurso peligroso o no, y el debate se ha quedado, por ahora, en el plano académico.

El discurso peligroso es el que puede generar violencia a partir de la difusión de la idea de odio. ¿En qué se diferencia del discurso violento?- en que el discurso violento inspira violencia. No dice “incendiamos las pertenencias de los venezolanos” como acaba de pasar en Chile. Dice, “estos venezolanos que vienen a quitarnos el trabajo y que abusan de nuestra población porque cometen delitos, tendríamos que hacer algo para que se vayan”, pero no dice que ese es el discurso violento. El discurso peligroso, directamente, genera violencia, como el de la “Radio Libre de las Mil Colinas” en Ruanda que, expresamente, instaba a matar: ese es el discurso peligroso.

Para que el discurso sea peligroso, hemos de verificar que se cumplan unas condiciones. Si alguna de estas condiciones nos falla, entonces ya no estamos frente a un discurso peligroso y, tal vez, habría que darle protección a esa expresión, a pesar de que irrita, de que incomoda, de que es antipática, de que es mal recibida, etc.

Condiciones para que un discurso sea peligroso

Primero, ¿cuál es la influencia que el emisor del mensaje tiene sobre la audiencia? ¿quién es el emisor del mensaje? ¿qué tanta llegada tiene? ¿qué tantos seguidores tienen? ¿qué tanta credibilidad pública tiene? Porque, dependiendo de eso, tendrá una menor o mayor influencia para provocar que las personas obren de manera violenta en contra de determinados individuos.

Segundo, ¿cuáles son las condiciones de los receptores del mensaje? ¿qué tan influenciables son? ¿cómo reciben este tipo de mensajes? ¿será que ceden frente a la incitación de la violencia o de manera madura, responsable, democrática, razonan y rechazan lo que se dice? Los ecuatorianos somos una audiencia muy vulnerable a los discursos peligrosos.

Tercera condición, ¿cuál es el significado que tiene el discurso? es decir, ¿en qué medida el discurso es muy directo y claro en el sentido de provocar violencia y ser un discurso de odio? Porque, a veces, es un discurso solapado y ahí es equívoco: no podemos afirmar categóricamente que es un discurso peligroso, a lo mejor sí está protegido.

Condiciones para considerar que un discurso es peligroso

Influencia del emisor sobre la audiencia.

Audiencia vulnerable a la incitación al odio y la violencia.

Entidad y significado del discurso (que pueda ser entendido como un discurso de odio).

Contexto histórico y social en que se emite el discurso.

Alcance de los medios de difusión empleados.

Luego, tenemos que examinar, cuál es el contexto en el que se emite el discurso. No es lo mismo, en medio del paro de octubre de 2019 frente a los actos vandálicos, que, efectivamente, hubo, emitir un discurso en contra de los manifestantes, que emitirlo en el contexto del anuncio público de que en noviembre habrá movilizaciones nacionales. El contexto cuenta porque el impacto en el receptor del mensaje es diferente, dependiendo de que se sienta o no amenazado de manera inminente.

El último criterio que debemos verificar para determinar si estamos ante un discurso peligroso es establecer, cuál es la vía que se emplea para la difusión del mensaje. ¿Qué es lo que más impacta hoy en día?: ya no es el diario El Comercio, ya no es Ecuavisa, son los medios digitales; mientras más se burlen de la gente, mejor, porque eso es lo que la gente quiere consumir. Irresponsablemente, no quiere informarse bien, sino que quiere reírse de los demás y hacer leña de los árboles caídos.

Entonces, el discurso peligroso tiene una mayor difusión en las redes sociales. Los grupos de WhatsApp, los perfiles de Twitter, las páginas de Facebook, tienen una cantidad de seguidores, que los medios tradicionales no tienen. El medio de difusión empleado -si es un medio masivo- puede, justamente, regar de manera más eficiente el discurso peligroso.

Para categorizar un discurso como peligroso, hemos de mirar estas cinco condiciones. Si llegamos a la conclusión de que estamos ante un discurso no protegido, sea porque está expresamente excluido bajo estándares internacionales (la pornografía infantil, la incitación a la comisión de un genocidio) o porque, desde el punto de vista de la doctrina de los derechos humanos y de la jurisprudencia en materia de derechos humanos, se considera excluido de protección porque es discurso de odio, es discurso violento o peligroso. Entonces, tendremos que aplicar una limitación al derecho de libertad de expresión.

Test de validez de una restricción de derechos

Los derechos son limitados, porque los derechos humanos no son absolutos; y esto es verdad respecto de cualquier derecho que a ustedes se les ocurra pensar en este momento. La vida, inclusive, no es un derecho absoluto porque los Estados pueden, en sus sistemas penales, no es el caso de Ecuador, pero pueden contemplar la posibilidad de que, frente al cometimiento de cierto tipo de infracciones, particularmente serias, con un elevado impacto a nivel social, con una notable afectación de bienes jurídicos, el Estado puede, legítimamente, en el marco de un debido proceso, decidir privarle de la vida a una persona, imponiéndole la pena de muerte y eso es una demostración de que la vida no es un derecho absoluto y ningún otro derecho es absoluto; esto, también, es verdad respecto de la libertad de expresión, la cual puede ser limitada.

Para que pueda limitarse un derecho, cualquiera que este sea, hay que cumplir unas condiciones. Esto es lo que se conoce como test de validez o test de razonabilidad de la limitación de derechos. Es un test de cuatro segmentos.

Test de validez de una restricción de derechos

- Los derechos humanos no son absolutos.
- Las restricciones o limitaciones a los derechos humanos son permisibles siempre y cuando cumplan con ciertas condiciones:
 - *Legalidad*: Que estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.
 - *Legitimidad*: Que los fines para los cuales se establecen sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general".
 - *Necesidad*: Que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido.
 - *Proporcionalidad*: Que el sacrificio inherente a la restricción del derecho no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

Lo primero que nos hemos de cerciorar para poder limitar un derecho, un discurso violento, es que la medida limitante esté dispuesta por la ley, que se aplique de conformidad con lo que ordena la ley: la legalidad de la medida limitante es lo primero que nos hemos de cerciorar; esa limitación debe estar prevista de antemano en la ley. No es que ahora que nos dimos cuenta que tenemos un problema, vamos a dictar recién una ley para limitar este derecho. Debemos prever escenarios en que tengamos que limitar el derecho y dictar leyes.

Cuando digo leyes, me refiero al acto del legislativo que sigue el procedimiento descrito en la Constitución y que busca realizar el bien común. No me refiero a un decreto ejecutivo, a un acuerdo ministerial, o a una ordenanza municipal, etc.; me refiero a una ley, en el sentido formal.

Segundo criterio que nos hemos de cerciorar que se cumpla para limitar un derecho es la legitimidad: la restricción del derecho de perseguir un fin legítimo; ese fin legítimo obedecerá a razones de interés general; no del interés del presidente, no del interés de un ministro, no del interés de los jueces de la nación, sino al interés general.

Tercera condición que se ha de cumplir para poder limitar un derecho es la necesidad de la medida de restricción. La medida de restricción es absolutamente indispensable para alcanzar el fin legítimo que persigo porque no hay ninguna otra alternativa, si no tengo alternativas, tendré que tomar esa medida; como cuando se impide el acceso de los niños a ciertos espectáculos públicos, en razón de su edad y la necesidad de preservar su normal desarrollo emocional y psicológico, que es un objetivo legítimo de interés general.

La cuarta condición que debe cumplirse para poder limitar válidamente un derecho es la proporcionalidad. La medida limitante no puede vaciar de contenido al derecho. El sacrificio derivado de la restricción del derecho no puede ser excesivo, frente a la legitimidad de la finalidad que persigo y frente a las ventajas que

me ofrece la restricción. La película es muy violenta y tomo la decisión de que los niños no vayan a verla, pero si tomo la decisión de que la película no se exhibe porque es muy violenta y voy a proteger a los niños impidiendo que la película se muestre, estoy excediendo, ya no es proporcional.

Cuando estemos frente a discursos que no están protegidos, son discursos de odio, discursos violentos, discursos peligrosos. Discursos expresamente excluidos como la apología de la guerra, como la incitación al genocidio, se puede, a nivel interno, limitar la libertad de expresión en la medida en que se cumpla con estas cuatro condiciones.

Puedo limitar la libertad de expresión, porque, aunque lo que queremos es robustecer el debate democrático en la sociedad, la libertad de expresión tiene límites y los discursos están protegidos hasta alcanzar esos límites en que pudieran ser discursos problemáticos que terminen afectando el ejercicio de los derechos de otros individuos. Esa es la razón por la cual vamos a restringir la libertad de expresión.