

Libertad de expresión e internet

Desafíos legislativos en América Latina

Agustina Del Campo
Compiladora

Facultad de Derecho

Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información



Libertad de expresión
e internet

Libertad de expresión e internet

Desafíos legislativos
en América Latina

Agustina Del Campo

COMPILADORA

Facultad de Derecho

Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información



Del Campo, Agustina

Libertad de expresión e Internet : desafíos legislativos en América Latina / Agustina Del Campo ; compilado por Agustina Del Campo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Palermo - UP, 2018.

152 p. ; 23 x 15 cm.

Traducción de: María Soledad Vázquez.
ISBN 978-950-9887-34-3

1. Derecho a la Libertad de Expresión. 2. Internet. 3. América Latina. I. Del Campo, Agustina, comp. II. Vázquez, María Soledad, trad. III. Título.
CDD 323.443

Compiladora:

Agustina Del Campo

Traducción:

María Soledad Vázquez

Diseño general:

Departamento de Diseño
de la Universidad de Palermo

Corrección:

Ana Sofía Jemio

Editado por la Universidad
de Palermo, mayo de 2018,
Buenos Aires, Argentina

© 2018 Fundación Universidad
de Palermo

ISBN 978-950-9887-34-3

Mayo de 2018

Hecho el depósito que marca la
ley 11.723

Cantidad de ejemplares: 200

Impresión: MPA

Luis Sáenz Peña 647 (1110)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Impreso en la Argentina / Printed
in Argentina

Universidad de Palermo

Rector

Ing. Ricardo H. Popovsky

Facultad de Derecho

Centro de Estudios en Libertad de Expresión
y Acceso a la Información (CELE)

Directora

Agustina Del Campo

Mario Bravo 1050

(C1175ABW) Ciudad de Buenos Aires
Argentina

Tel.: (54 11) 5199-4500 | Fax: (54 11) 4963-1560
cele@palermo.edu | www.palermo.edu/cele



Licencia Creative Commons 4.0. Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Pueden ser compartidos y adaptados mientras no se haga un uso comercial del material, bajo la condición de reconocer a los autores y autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Este libro fue realizado en el marco de un proyecto auspiciado por la **National Endowment for Democracy (NED)**.

Índice

- 7 La regulación de internet y su impacto en la libertad de expresión en América Latina
- 21 Tendencias en libertad de expresión en Argentina
- 47 Libertad de expresión online en Ecuador: desarrollo legislativo de las dos últimas décadas
- 81 Libertad de expresión en México: entre pairos y derivas
- 117 Observatorio Legislativo sobre libertad de expresión en el Perú

La regulación de internet y su impacto en la libertad de expresión en América Latina¹

Introducción

Las últimas dos décadas han visto cambios radicalmente importantes para la expresión y la difusión de informaciones e ideas en nuestra región y en el mundo. Además de los cambios científicos y tecnológicos obvios, los últimos veinte años han sido particularmente destacables en América Latina por el desarrollo y el fortalecimiento democrático que caracterizó este periodo en la mayoría de los países, acompañados de un avance normativo en materia de libertad de expresión. Cabe destacar la proliferación de leyes de acceso a la información pública, la despenalización del desacato en una buena mayoría de los países de la región, y el afianzamiento de la doctrina del interés público como factor determinante en la penalización de calumnias e injurias.

Desde 2013 en adelante, sin embargo, con la creciente penetración de internet, la masificación de redes sociales y el traslado (en mayor o menor medida de acuerdo al país) del debate público a la órbita de internet, parecen volver a la agenda de debate temas que a nivel regional habían sido saldados. Con esta tesis en mente, desde el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) propusimos la creación de un Observatorio Legislativo Regional en Libertad de Expresión con el objeto de identificar claramente el estado de la legislación en las Américas y verificar -en la medida de lo posible- qué tendencias parecerían anticiparse de cara al futuro. El ejercicio propone sistematizar las normas y crear un repositorio de leyes y proyectos de ley que permita unificar el acceso a los

¹ Este artículo fue elaborado por Agustina Del Campo, directora del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo para el Observatorio Legislativo del CELE.

documentos, que facilite el desarrollo de estudios comparados y que habilite el monitoreo de tendencias regionales.

Este documento describe la metodología del Observatorio y resume algunas de las principales conclusiones a nivel regional.

1) Sobre el universo analizado:

Napoleón sostuvo alguna vez que había tantas leyes que nadie está seguro de no ser colgado. La frase viene a la mente cuando miramos el mapa legislativo en materia de libertad de expresión por lo menos en 3 de los 4 países analizados. Este mapa comprende distintos tipos de leyes, incluyendo Constituciones Nacionales, leyes penales, civiles, administrativas, tributarias, decretos legislativos y decretos de necesidad y urgencia que juntos constituyen el entramado normativo que el Estado, en nuestros países de tradición civilista, “asume” que el ciudadano conoce y puede guiarlo en su actuar. Este estudio solo incluyó las iniciativas legislativas, teniendo en cuenta que uno de los requisitos para la legitimidad de las medidas restrictivas de la libertad de expresión, conforme estándares internacionales, es el cumplimiento del requisito de legalidad.

Si bien no todas las normas en Argentina, Ecuador, México y Perú son limitativas de la expresión (hay varias que la promueven), las que sí restringen muchas veces son tan amplias que congregan en sus enunciados variadísimas conductas e iteraciones. En esta verdadera maraña de leyes y normas, determinar lo que está prohibido para hacer con tranquilidad aquello que está permitido puede transformarse en una tarea titánica.

En el Observatorio Legislativo se identificaron y analizaron un total de 93 leyes adoptadas en los 4 países de estudio entre 1997 y 2017. Se buscó identificar las principales leyes que condicionan para bien o para mal la circulación del discurso, tanto *online* como *offline*. La selección de las normas fue realizada por especialistas en la materia en cada uno de sus países.² La selección de los marcos temporales respondió en gran medida a la tesis de la cual partimos, que se describió en la introducción.

Además, se identificaron y analizaron 283 proyectos de ley presentados al (o en el seno del) Poder Legislativo de los 4 Estados entre 2012 y 2017, siguiendo criterios de selección similares. El marco temporal que se estableció

² Daniela Salazar y Daniel Caballero (Ecuador); Andres Calderon (Perú); y Juan Carlos Arjona (México) El análisis de Argentina se realizó *in house* desde el CELE y estuvo coordinado por Maia Levy Daniel.

para analizar los proyectos respondió a cuestiones prácticas: por un lado, la gran cantidad de proyectos de ley presentados en 5 años; por el otro, el hecho de que muchas de las discusiones que afectan la regulación del discurso y la privacidad en internet adquirieron relevancia y fuerza recién a partir de 2012.

El análisis de la información se hizo siguiendo una metodología cuantitativa y cualitativa. Claro está que el análisis cuantitativo en esta materia tiene limitaciones: existen importantísimas diferencias entre el ritmo de la actividad parlamentaria en cada país, la cultura y la técnica legislativa. Argentina, por ejemplo, cuenta con 169 proyectos de ley en el periodo abarcado en esta materia, 49 de los cuales refieren al proceso de adopción de la ley de acceso a la información pública durante el 2016. Sin embargo, en algunos puntos este tipo de análisis permite vislumbrar preocupaciones comunes que trascienden fronteras o momentos para el tratamiento de ciertos temas. El análisis cualitativo indudablemente califica y complementa el análisis cuantitativo y ofrece un contexto y posibles explicaciones para los fenómenos que se evidencian.

2) El marco normativo internacional: art. 13 CADH

El marco de análisis que este estudio utiliza es aquel proporcionado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Este marco normativo nos une a la gran mayoría de los países de Latinoamérica y comprende tanto los estándares establecidos en la Declaración Americana de Derechos Humanos como en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), su interpretación a través de la jurisprudencia y otros documentos de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 13 de la CADH prescribe que toda persona tendrá derecho a “buscar, recibir y difundir” informaciones e ideas de toda índole sin censura previa y sujeto únicamente a responsabilidades ulteriores. También marca los límites permisibles a este derecho que por supuesto no es absoluto, a saber: los derechos o reputación de terceros, la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública. El inciso 3 prohíbe las restricciones indirectas, el 4 establece la excepción a la censura previa para el acceso de menores a espectáculos públicos, y el inciso 5 finalmente establece expresiones no protegidas y las limita a la apología del odio racial, nacional o religioso, que además constituya incitación a la violencia o acción similar.³

³ Para un análisis detallado de cada una de estas excepciones y su interpretación en el Sistema Interamericano ver: RELE, Marco Jurídico Interamericano, 2009. Disponible en: <https://bit.ly/1on89fG>.

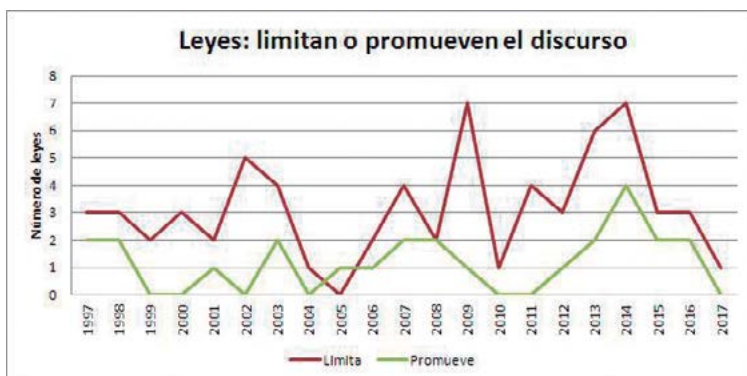
Las restricciones a la libertad de expresión deben cumplir con un test tripartito: legalidad, necesidad y proporcionalidad, y objetivo legítimo. El primero supone que las restricciones sean determinadas por ley con claridad y especificidad; el segundo supone que los medios sean idóneos y proporcionados respecto de los fines que persiguen; el tercero, que las restricciones deban responder a un objetivo legítimo entre aquellos mencionados explícitamente en el artículo 13 de la Convención.

Los Estados miembros de la Convención Americana están obligados conforme al artículo 1 de la CADH a garantizar el ejercicio de los derechos contemplados en el documento. Esta obligación supone obligaciones de abstención (no violar los derechos) y obligaciones positivas (o de hacer). Además, el artículo 2 de la Convención obliga a los Estados a adecuar su legislación a las obligaciones contraídas con la adopción de la Convención.

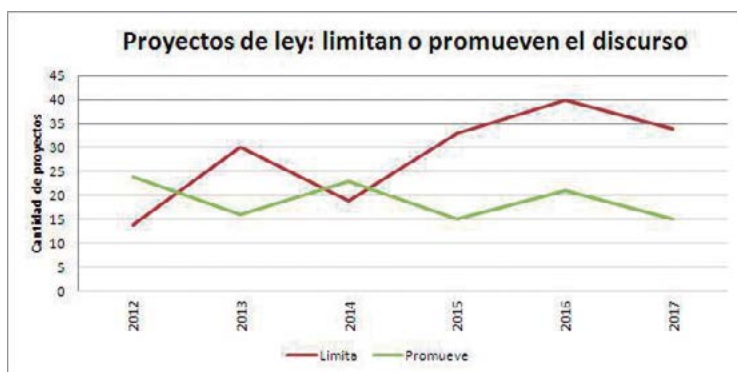
3) ¿Qué nos dice el estado de la regulación actual?

En líneas generales, en el agregado regional se ve un panorama interesante en materia de libertad de expresión. En los 4 países analizados se reconoce este derecho a nivel constitucional aunque con diferentes matices. Así, en Ecuador, por ejemplo, la Constitución califica el derecho a la libertad de expresión y la condiciona a que dicha expresión e información sea cierta y neutra.⁴ Además, en los 4 países también se verificó en las últimas dos décadas la despenalización de los delitos de desacato y en muchos casos, como en Ecuador, la eliminación de los delitos penales de calumnias e injurias. En todos los países también se ha visto una gran actividad parlamentaria en materia de libertad de expresión (tanto para promoverla como para restringirla), a veces traducida en múltiples leyes, otras a través de legislación colectiva como los códigos penales, civiles, o las leyes orgánicas.

⁴ Ver artículo de D. Salazar y D. Caballero.



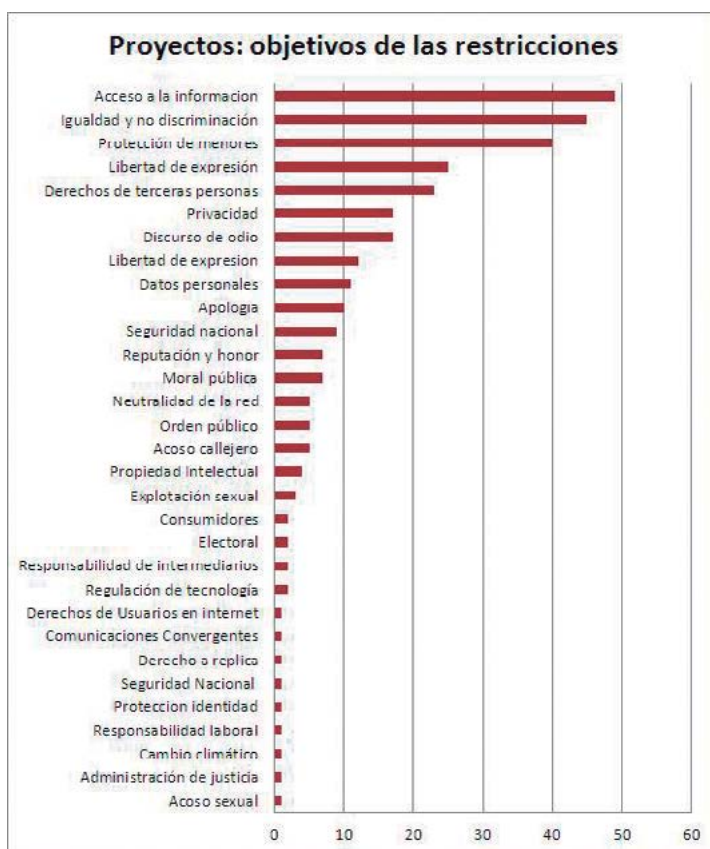
60 leyes de las 93 relevadas limitan la circulación del discurso; 17 la promueven y 8 promueven y limitan (leyes colectivas, por ejemplo reformas integrales al Código Penal). En materia de proyectos, 170 limitan y 114 promueven.



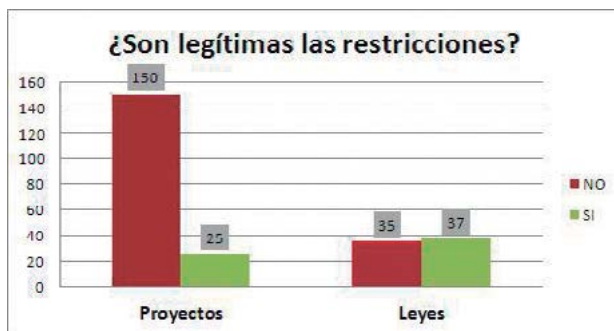
La mayoría de las leyes adoptadas en este periodo tuvo como fin abordar problemáticas vinculadas a la protección del honor y la reputación, y a garantizar la igualdad y la no discriminación. La regulación del terrorismo también trajo aparejada normativas que afectan la circulación del discurso en distintos países, incluidos Argentina, México y Perú.



El cuadro muestra los fines que persiguieron las leyes adoptadas en los 4 países al momento de restringir la libertad de expresión durante el periodo analizado. Como se ve, son múltiples y variados. Sin embargo, constituyen sólo una parte (razonablemente) de aquellos enunciados en los proyectos de ley de los últimos años.



Como se desprende del gráfico, los objetivos perseguidos por las restricciones tanto de los proyectos como de las leyes estudiadas parecen legítimos; sin embargo las normas por las cuales se limita la libertad de expresión son en algunos casos excesivamente amplias o desproporcionadas respecto del objetivo declarado.



Conforme la opinión de los expertos que componen el Observatorio, cerca del 50% de las leyes que limitan la circulación del discurso tienen falencias en el cumplimiento del test tripartito.⁵ El porcentaje es muchísimo más alto y preocupante en torno a los proyectos de ley surgidos durante los últimos 5 años, donde el porcentaje de los que no cumplen con el test es de 86%. De los 25 proyectos que proponen restricciones legítimas conforme al test, 12 son de Argentina, que cuenta con 169 proyectos de los 283; otras 12 son de México, que cuenta con 69 de los 283 y 2 de Ecuador. Muchas de las leyes y proyectos pecan por falta de especificidad, ambigüedad y amplitud. Así por ejemplo, las referidas a discurso de odio, discriminación, terrorismo (en algunos casos), pero también otras vinculadas, por ejemplo, al mantenimiento de la paz social (Perú y el caso de noticias falsas).⁶

4) La libertad de expresión frente a la regulación de internet

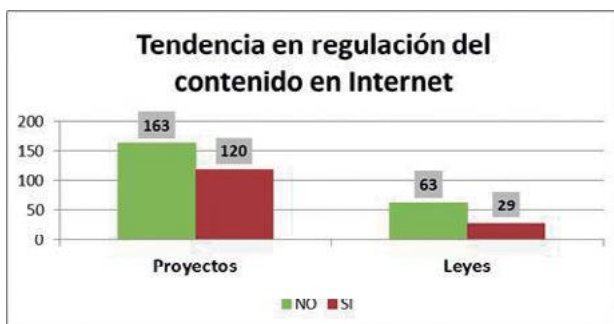
Finalizando la década del 2000, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) realizó un estudio sobre el panorama del derecho informático en América Latina. El estudio concluía que “se nota una gran diversidad de delitos y al mismo tiempo una gran cantidad de bienes jurídicos que estas normas quieren proteger. Hay casos de delitos contra el patrimonio, delitos contra la propiedad (física o intelectual), delitos contra las personas (contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio), delitos contra la hacienda pública nacional que han sido tratados por normativas diferentes, a veces con reformas de los códigos

⁵ De las leyes que restringen o limitan la libertad de expresión, 31 no cumplen con el test tripartito del sistema interamericano de derechos humanos, que propone evaluar la legalidad de las leyes, la necesidad y la proporcionalidad de la medida. Incluidas las que limitan y promueven que no cumplan con el test tripartito.

⁶ Ver artículo de A. Calderón en esta compilación.

penales, a veces con leyes *ad hoc*, en última instancia hasta con leyes de comercio electrónico.”⁷

Desde 2011 en adelante se ve un incremento en el desarrollo de normas tendientes a regular internet. El crecimiento de la penetración de internet a nivel regional⁸, las revelaciones de Snowden y el aceleramiento en la regulación Europea de datos personales,⁹ o el traslado, en algunos casos, del debate de interés público al ámbito de internet podrían ser algunos de los detonantes. La negociación y firma de tratados de libre comercio entre algunos estados de la región y Estados Unidos también pudo haber influido dado que contenían normas atinentes a algunos supuestos de regulación de intermediarios (por ejemplo *copyright*).¹⁰ También se ve a partir de 2013 un incremento en la cantidad de proyectos de ley agregados que pretenden regular contenidos en internet, precedidos en algunos casos por procesos o decisiones judiciales que evidenciaron la existencia de vacíos o la dificultad para abordar la nueva realidad digital.¹¹



⁷ J. Gamba, CEPAL. Panorama del derecho informático en América Latina y el Caribe, 2010. Disponible en <https://bit.ly/2r12brF>, p.. 23-24

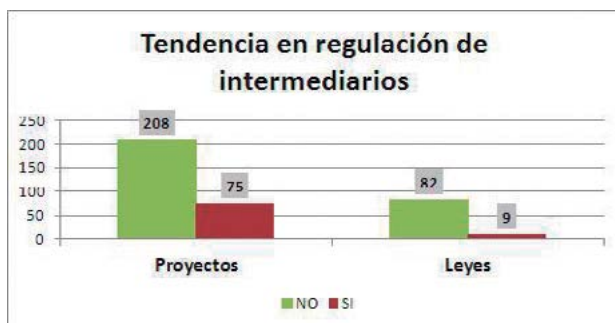
⁸ CEPAL, Estado de la banda ancha en América Latina y el Caribe 2016. Disponible en: <https://bit.ly/2yqxQP>.

⁹ GDPR Timeline of events available at: <https://bit.ly/2HozsXN>.

¹⁰ C. Ruiz Gallardo y J.C. Lara, Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica, en CELE, *Hacia una Internet libre de censura*, 2013, p. 68, disponible en: <https://bit.ly/1QFZMpg>. Allí se mencionan los siguientes: Chile (2003); Perú (2007); países de Centroamérica (2003-2006), Colombia y Panamá cuya negociación se extendió en el tiempo.

¹¹ Véase E. Bertoni, La determinación de la jurisdicción en litigios por difamación por contenidos en internet: algunas observaciones para América Latina, CELE, en *Hacia una Internet libre de censura*, 2013. Disponible en: <https://bit.ly/1QFZMpg>. En Argentina, por ejemplo, los casos: CSJN, caso Rodríguez María Belén c/ Google Inc. S/ daños y perjuicios, 2014, Fallos 337:1174; Da Cunha Virginia c/Yahoo de Argentina S.R.L. y otro, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N. 75, Buenos Aires, 29 de julio de 2009; En Chile, Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia sobre recurso de apelación, Paulina Fuentes Almendra y otro c/Entel S.A.; Carmen Gloria Yañez Vargas, rol 1223-2003, sentencia del 21 de diciembre de 2007, entre otros.

En la misma línea, también se ve un incremento en los proyectos que intentan regular intermediarios en internet.



En materia de responsabilidad de intermediarios la región presenta un panorama propio, distinto al de Estados Unidos y Europa, aunque claramente influenciado por ambos. Por lo pronto, muy pocos países adoptaron hasta el momento un régimen de responsabilidad de intermediarios pero muchos lo están debatiendo.¹²

El debate a nivel regional no está enteramente alineado con la regulación estadounidense conforme al Communications Decency Act y/o al Digital Millenium Copyright Act ni con la regulación Europea. El primero exime de responsabilidad a los intermediarios por los contenidos generados por terceros y el segundo establece la excepción para los contenidos vinculados con propiedad intelectual, regulados conforme al régimen de puerto seguro.¹³ Y tampoco estaría siguiendo las pautas regulatorias que están surgiendo en Europa, por ejemplo, con la ley alemana NetzDG a la vanguardia.¹⁴ Esta última propone responsabilizar a las grandes plataformas e intermediarios

¹² Brasil, Ley Federal 12.965, Abril 2014. Chile, Ley 20.435 Mayo 2010. Colombia adoptó en abril de 2018 su ley Lleras después de un proceso de varios años de debate. Para más información ver <https://stanford.io/2qXSYiP>.

¹³ Este régimen genera importantes incentivos para la baja privada de contenidos frente a alegaciones de violaciones al derecho de autor. Para más información sobre este tema, ver *Hacia una Internet libre de censura*, CELE, 2013.

¹⁴ NetzDG es como se conoce la ley alemana aprobada en 2017 que regula la implementación de las leyes sobre discriminación y discurso de odio en internet. La ley establece para las grandes plataformas y redes sociales multas de hasta 50 millones de euros para aquellas empresas que no bloqueen o eliminen el contenido manifiestamente discriminatorio o constitutivo de discurso de odio y le otorga un plazo de 7 días para eliminar o bloquear cualquier otro contenido ilegal. La medida fue severamente criticada por activistas y defensores de la libertad de expresión por generar fuertes incentivos para el bloqueo y la eliminación de contenidos en internet sin revisión ni notificación adecuada. Ver: <https://bit.ly/2FtYdgE>.

en internet por algunos contenidos de terceros si no fueran removidos en menos de 24 horas en algunos casos y 7 días en otros.

De los 4 países estudiados, Ecuador es el único que actualmente está evaluando un proyecto que pone en cabeza de las empresas intermediarias de internet la responsabilidad de mediar y moderar el contenido producido por terceros con pena de altas multas.¹⁵ El proyecto, presentado por el ex Presidente Rafael Correa días antes de terminar su mandato, regula Actos de Odio y Discriminación en Redes Sociales e Internet y genera incentivos para que los intermediarios remuevan contenidos “manifiestamente ilegales” en menos de 24 horas. A un año de ser propuesto, no está claro qué nivel de apoyo tiene en la Asamblea y parece haber un cambio de dirección desde el actual gobierno en esta materia. Otros países que han propuesto regulación similar han sido Venezuela, donde se aprobó en 2017 la Ley contra el Odio, Por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, que ha sido severamente criticada por imponer sanciones como el bloqueo del sitio, la renovación de licencias, multas exorbitantes y hasta responsabilidad penal contra medios y empresas de internet que en 6 horas no bajen o bloqueen contenidos “manifiestamente ilegales”¹⁶; y Honduras, donde recientemente se presentó una propuesta para hacer frente a la discriminación y el odio en internet con características similares al proyecto ecuatoriano.¹⁷

En materia de igualdad y no discriminación, llama la atención la cantidad de proyectos de ley tendientes a reformar, complementar o reemplazar leyes en esta materia, particularmente a la luz de las repercusiones e implicancias del fenómeno en internet. En 2015, un informe conjunto de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y la Relatoría Especial LGBTIQI alertaba sobre la proliferación de proyectos de ley en esta temática sin consideraciones adecuadas de su impacto en la libertad de expresión, incluso de los propios colectivos afectados por la violencia.¹⁸ El tema además ha sido objeto de dos proyectos de nuevas Convenciones Interamericanas, los cuales abordan directamente la cuestión de internet pero cuya adecuación con el Artículo 13 de la Convención Americana parece al menos un interro-

¹⁵ Ver artículo de D. Salazar y D. Caballero.

¹⁶ La Ley contra el Odio, Por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, Art. 12, 13, 14 y 22. Disponible en: <https://bit.ly/2JmkrCf>.

¹⁷ Al igual que la propuesta venezolana y la ecuatoriana, está amparada en la protección de la persona frente a la discriminación y el odio: <https://bit.ly/2EsNUeU>.

¹⁸ CIDH, Informe Anual 2015, Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, bisexuales, trans e intersex en America, disponible en <https://bit.ly/299oL8z>.

gante: la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas conexas de Intolerancia¹⁹ de 2013 y entrada en vigor en Noviembre de 2017, y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia²⁰, también de 2013 pero que aún no cuenta con las ratificaciones necesarias para su entrada en vigencia.

5) Algunas conclusiones comunes a todos los países analizados:

- Los temas que parecen más recurrentes y por ende uno podría inferir que importan o preocupan a los legisladores de la región son: actos discriminatorios y violencia en línea, la seguridad nacional, y la pornografía infantil y protección de la minoridad en general, entre otros. En conversaciones con algunas plataformas de internet también han indicado que el tema de la protección de la minoridad en internet es uno de los que genera más preocupación en la región y a partir de la cual surgen más reclamos, propuestas y oportunidades para trabajar en conjunto.²¹ A diferencia de otros momentos legislativos, donde parecía haber mayor preocupación por la protección de la reputación o el honor, actualmente dicho objetivo no aparece explícito en la mayoría de los proyectos y leyes.

¹⁹ OEA, Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia, A-68. Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de racismo, discriminación racial y formas conexas de intolerancia, incluyendo: ii. La publicación, circulación o diseminación, por cualquier forma y/o medio de comunicación, incluida la Internet, de cualquier material racista o racialmente discriminatorio que: a) defienda, promueva o incite al odio, la discriminación y la intolerancia; b) apruebe, justifique o defienda actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes de lesa humanidad, según se definen en el derecho internacional, o promueva o incite a la realización de tales actos.

²⁰ OEA, Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia, A-69. Cap. III, Art. 4: "Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, incluyendo: (...) ii. La publicación, circulación o diseminación, por cualquier forma y/o medio de comunicación, incluida la Internet, de cualquier material que: a) defienda, promueva o incite al odio, la discriminación y la intolerancia; b) apruebe, justifique o defienda actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes de lesa humanidad, según se definen en el derecho internacional, o promueva o incite a la realización de tales actos (...)"

²¹ Por ejemplo, la charla con Monika Bickert, Directora de Políticas Globales de Facebook. Buenos Aires, 22 de mayo de 2017.

- Los proyectos de ley y leyes tienen, en muchos casos, problemas en la redacción y especificidad de las restricciones que plantean. Las conductas establecidas no están definidas con precisión e incluyen términos vagos o ambiguos. Por ejemplo, el caso de los proyectos de ley de pornografía no consentida en Argentina o del delito de incitación al delito contra la seguridad en México. Aún cuando en los distintos países parece haber buenas intenciones por parte del Poder Legislativo al presentar los proyectos de ley (por ejemplo, erradicar la discriminación o la pornografía infantil), los problemas en los textos pueden resultar en importantes riesgos para la circulación del discurso: excesiva discrecionalidad de los jueces y fiscales, interpretaciones sobre-inclusivas, persecuciones políticas amparadas en leyes ambiguas.
- Persiste cierta tendencia a la criminalización de la expresión en la región. Muchas de las respuestas de los distintos países a los abusos propios de la libertad de expresión incluyen la penalización de la conducta no deseada. Además, los delitos ya existentes no son despenalizados. En los últimos años, algunos de los proyectos de ley que de alguna forma afectan la libertad de expresión imponen penas de prisión y, en muchos casos, crean nuevos delitos (por ejemplo, en el ámbito de internet, los casos de discriminación, pornografía no consentida, discurso de odio, entre otros).
- En los últimos años, en los cuatro países aumentó paulatinamente la cantidad de proyectos que proponen regular distintos aspectos de internet. En Argentina, por ejemplo, la percepción de internet parece haber cambiado desde las primeras leyes hasta hoy: pasó de ser considerado una herramienta democratizadora a ser percibido en muchos casos como una amenaza creciente. Lo mismo relata Andrés Calderón en su artículo sobre la situación en Perú. En Ecuador, la percepción sobre el carácter negativo de este medio se manifiesta, por ejemplo, en un reciente proyecto de ley que regula actos de odio y discriminación en redes sociales e internet.
- En ninguno de los cuatro países analizados existe aún regulación específica en materia de responsabilidad de intermediarios, por lo que es posible encontrar dificultades al momento de determinar la responsabilidad de los distintos tipos de proveedores y plataformas en internet por infracciones y daños. En Argentina, los primeros proyectos datan de mediados del 2000 y a pesar de ello, todavía no existe legislación al respecto. En Ecuador se está debatiendo el proyecto

presentado en 2017 pero aún sin claridad en cuanto a su destino; en Perú está el acuerdo de libre comercio pero no hay marco regulatorio para su implementación.

- En algunos países (como, por ejemplo, en Perú) es frecuente encontrar iniciativas legislativas que plantean el agravamiento de penas en caso de que las acciones se realicen en el ámbito de internet. Esto también ocurre en México y Argentina aunque en menor medida, incluso habiendo estándares internacionales que desalientan este tipo de regulaciones.

Tendencias en libertad de expresión en Argentina¹

Resumen ejecutivo

El desarrollo legislativo en materia de libertad de expresión en Argentina, en los últimos veinte años, puede considerarse positivo. Sin perjuicio de ello, hay varias reformas pendientes para seguir avanzando en la dirección correcta en la agenda tradicional de libertad de expresión y es alto el impacto que la regulación de Internet puede tener en esta importante materia. Son varias las leyes que se adoptaron desde 2005 en adelante tendientes a regular actividades en Internet, muchas de las cuales afectan la circulación de contenido y expresión. Además, muchos de los proyectos de ley relevados en los últimos años sugieren que, en muchos casos, la regulación de Internet se está pensando en forma desconectada de la agenda de libertad de expresión: se multiplicaron los proyectos que imponen algún tipo de obligación para intermediarios en Internet y persiste el afán criminalizador en una parte importante de la sociedad argentina y sus representantes. Este artículo releva y destaca la actividad parlamentaria en lo atinente a libertad de expresión y circulación del discurso tanto en internet como offline. Concluye con una serie de recomendaciones para los distintos actores involucrados en el debate, con el fin de lograr una agenda renovada en esta materia de cara al futuro y promover legislación respetuosa del derecho a la libertad de expresión.

¹ Este documento fue elaborado por Maia Levy Daniel, investigadora de la Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet (iLEI) del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) y Agustina Del Campo, directora del CELE.

I. Introducción

Durante las últimas dos décadas la actividad parlamentaria en materia de libertad de expresión ha sido particularmente importante. Siguiendo la despenalización del desacato en 1994, la ley Kimel de 2009 modificó los tipos penales de calumnias e injurias en pos de la libertad de expresión y favoreció la circulación del discurso. Por su parte, la Ley 26.032 de 2005 determinó explícitamente que la búsqueda, recepción y difusión de información en internet queda comprendida en el derecho constitucional a la libertad de expresión. De ese modo, reconoció la aplicación y vigencia para Internet de los estándares desarrollados hasta ese momento en la materia.

Además, a lo largo de estos años, se dictaron leyes para garantizar la libertad de expresión y el acceso a la información para las personas con discapacidad y, después de dos décadas de debate, logro sancionarse recientemente la ley de acceso a la información pública.²

Sin perjuicio de los avances legislativos, son muchos los pendientes en la legislación argentina. Se reformó el Código Penal pero los tipos de calumnias e injurias siguen penalizados; desde 2009 hasta hoy hubo pocos esfuerzos consensuados para avanzar en esta materia. Por el contrario, se crearon nuevos tipos penales que criminalizan la expresión desde otras perspectivas,³ e incluso en algunos casos se planteó el incremento en las penas por delitos vinculados a la circulación de expresión o contenido en Internet. Además, no se logró aún adoptar una ley sobre responsabilidad de intermediarios a pesar de los innumerables debates y la amplia participación y discusión que hubo a propósito de los diversos proyectos de ley presentados sobre el tema. Esto generó un sinnúmero de sentencias judiciales dispares e incluso contradictorias.

Con el crecimiento, desarrollo y masificación de Internet parece vislumbrarse un nuevo movimiento regulatorio legislativo. Son varias las leyes que se adoptaron desde 2005 en adelante tendientes a regular actividades en Internet, muchas de las cuales afectan la circulación de contenido y expresión. Además, los proyectos de ley relevados en los últimos años sugieren que en muchos casos la regulación de Internet se está pensando en

² Ley 27.275, disponible en: <http://bit.ly/2lpCfVR>.

³ Por ejemplo, el caso de la ley de terrorismo, adoptada en el año 2007 y modificada en 2011 precisamente por los problemas que contemplaba la redacción original para el ejercicio de la libertad de expresión. O la ley de Grooming (Ley 26.904) que, en el afán de proteger a los menores frente a posibles abusos sexuales, crea un tipo penal exclusivo para comunicaciones por internet cuyo texto es amplio, poco específico y poco adecuado a la realidad.

forma desconectada de la agenda de libertad de expresión: se multiplicaron los proyectos que imponen algún tipo de obligación para intermediarios en Internet y persiste el afán criminalizador en una parte importante de la sociedad argentina y sus representantes.

Este artículo releva y destaca la actividad parlamentaria en lo atinente a libertad de expresión y circulación del discurso tanto en internet como *offline*. La primera sección describe el marco vigente en materia de libertad de expresión, la segunda aborda el caso de la criminalización de la expresión, la tercera sección analiza otras leyes y proyectos que afectan -o podrían afectar- la expresión y la circulación del discurso en línea a fin de identificar -si la hubiere-, una tendencia legislativa en esta materia y, finalmente, se extraen algunas conclusiones y se plantean recomendaciones.

1. Marco constitucional y conceptual de la libertad de expresión en Argentina

El derecho a la libertad de expresión en Argentina se encuentra garantizado tanto a nivel constitucional, en los artículos 14⁴ y 32⁵ de la Constitución Nacional, como a nivel infraconstitucional. Además, la libertad de expresión está consagrada en diversos tratados internacionales que adquirieron rango constitucional en el país con la reforma de 1994,⁶ los que incluyen la

⁴ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 14: “ Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

⁵ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 32: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

⁶ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 75, inciso 22: “... La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la

Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir de la reforma, los tratados pasaron a complementar la parte dogmática de la Constitución Nacional y a condicionar el ejercicio de todo el poder público al pleno cumplimiento de estos instrumentos.

Tanto la norma constitucional como los tratados internacionales reconocen que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y requiere para su restricción el cumplimiento de determinados requisitos. Jurisprudencialmente, tanto a nivel local como regional, las limitaciones a la libertad de expresión se analizan a la luz del test tripartito: 1) deben estar establecidas por una ley, con precisión en sus términos; 2) tienen que perseguir un objetivo legítimo; y 3) deben cumplir con los requisitos de necesidad en una sociedad democrática y de proporcionalidad. Además, por el valor que tiene la libertad de expresión en una sociedad democrática y su carácter instrumental para el ejercicio de otros derechos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene en su jurisprudencia constante que las limitaciones a la libertad de expresión han de ser interpretadas restrictivamente.⁷

En la legislación argentina, la libertad de expresión encuentra restricciones tanto en el Código Civil y Comercial de la Nación⁸ como en el Código Penal de la Nación.⁹ Los últimos 20 años fueron particularmente relevantes en esta materia; en ese tiempo se lograron reformas importantes en leyes que constituían obstáculos para la libre circulación del discurso. Muchas otras reformas, sin embargo, quedaron en el camino, pendientes de concreción.

II. Persistencia de la criminalización

Siguiendo la tradición europea, en Argentina y en muchos otros países de América Latina existen numerosos tipos penales vinculados a la expresión.

totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

⁷ Ver, por ejemplo, CSJN, fallos “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, “Sujarchuk, Ariel Bernardo c. Warley, Jorge Alberto s/ daños y perjuicios”, “Roviralta, Huberto c. Editorial Tres Puntos S.A. s/ daños y perjuicios”, “Ponceti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios”.

⁸ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Título V – Capítulo 1 - Sección Novena – Supuestos especiales de responsabilidad, artículo 1770 y artículo 1771, disponible en: <http://bit.ly/2sbQYYh>

⁹ Código Penal de la Nación Argentina, Libro Segundo – De los delitos, Título II, Artículos 109 a 117 bis, Ley 11.179, 30 de septiembre de 1921, publicado en el Boletín Oficial N° 8300 del 3 de noviembre de 1921, pág. 1, disponible en: <http://bit.ly/2gH2pl5>

Además de la prohibición expresa y la criminalización de la pornografía infantil,¹⁰ respecto del cual existe consenso a nivel mundial, el Código Penal garantiza la protección del honor a través de los delitos de calumnias e injurias.¹¹ la seguridad pública,¹² entre otros. A ellos se suman los cibercrimitos adoptados en 2008 y algunas leyes, como la Ley 11.723 que tipifica los delitos contra la propiedad intelectual.

A lo largo de los años, algunos de los tipos penales fueron objeto de duros cuestionamientos por su posible afectación a la libertad de expresión. Muchos de ellos restringen este derecho y están formulados de manera excesivamente amplia o ambigua, en contraste con los estándares interamericanos. Si bien la jurisprudencia acotó el marco e interpretó los tipos penales restrictivamente, esa interpretación no siempre logra evitar el inicio de los procesos: muchas veces llega al momento de determinar en juicio la responsabilidad penal.¹³

A pesar de que es larga la lista de delitos que afectan la libertad de expresión y la circulación del discurso, siguen surgiendo proyectos de ley tendientes a sobrecriminalizar la expresión. Entre ellos, podría citarse el proyecto de ley presentado a principios de 2017 para crear un nuevo tipo penal específico de apología del delito de terrorismo de Estado,¹⁴ los múltiples y diversos proyectos sobre actos discriminatorios que crean nuevos tipos penales o elevan penas sobre delitos existentes, o los tipos penales nuevos que se están debatiendo en el marco de la reforma de la ley de propiedad intelectual.

Finalmente, aunque aislados, persisten proyectos tendientes a establecer un aumento de penas para expresiones o conductas en Internet respecto de

¹⁰ Título 3 sobre “Delitos contra la integridad sexual” del Código Penal argentino.

¹¹ Título II sobre “Delitos contra el Honor”.

¹² Título 8, Cap. I sobre “Instigación a cometer delitos”, Cap. III sobre “apología del delito”, y Cap. IV sobre “otros atentados contra el orden público”, incluyendo el ultraje a la bandera.

¹³ Por ejemplo, el caso de incitación al delito. Ver F. Requejo, CP Comentado, Pensamiento Penal disponible en <http://bit.ly/2FSwvJH>. CNFed. Crim y Corr. Sala I, 27/05/06, LL, 2006-E-46.; CNCrim y Corr, Sala VII, 03/03/2006, C/ nro. 28.363, PJN Intranet; WebRubinzal ppypenal60 1.r2; TCPenal. Sala III, 29/03/2001 “A. D. s/ recurso de casación” RSD-105-1.

¹⁴ Surgido a raíz de la polémica suscitada por las expresiones de un funcionario público del gobierno que cuestionó la cantidad de desaparecidos durante la última dictadura militar. El tema también lo levantaron algunas legislaturas provinciales, entre ellas la legislatura de la provincia de Buenos Aires que efectivamente aprobó una ley prohibiendo a los funcionarios públicos cuestionar el número de desaparecidos establecido simbólicamente en 30.000.

aquellas *offline*.¹⁵ Esta tendencia se verifica a pesar del desarrollo de estándares internacionales y regionales que recomiendan lo contrario.

Si bien muchos proyectos de ley son coyunturales y puede que no gocen de apoyos o consensos para aprobarse, preocupa la persistente reacción criminalizadora que se constata no sólo como un fenómeno nacional sino regional. Según el Observatorio Legislativo del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), de los proyectos de ley argentinos que de alguna forma afectan la libertad de expresión, el 19,5% criminaliza la expresión.¹⁶ De los proyectos que criminalizan, el 40% crea nuevas figuras penales.

Pese a los numerosos casos a nivel nacional, regional e internacional en materia de libertad de expresión y criminalización, no parece haber un debate sustantivo y honesto al interior del Congreso en torno a los medios idóneos, necesarios y adecuados para regular las conductas indeseadas. Tampoco se constata que haya sustento fáctico o empírico que pruebe la efectividad del derecho penal frente a otras alternativas y, en muchos casos, no se tiene en cuenta la perspectiva de la libertad de expresión en el análisis previo a la adopción. Por ejemplo, el paquete de ciberdelitos aprobado en 2008, el proyecto de difusión no consentida de imágenes íntimas (que está listo para ser votado en el pleno de la cámara de Diputados) o el proyecto sobre actos discriminatorios que tiene media sanción en Diputados no fueron girados a la Comisión de Libertad de Expresión, sino a la de derecho penal o derechos humanos general.

En 2017 se creó en Argentina la Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Esta Comisión tiene como objetivo la elaboración de un anteproyecto de ley de reforma y actualización del Código Penal de la Nación en el plazo de un año desde la fecha de su conformación y puede constituir una oportunidad excepcional para revisar los tipos penales de los delitos que afectan la circulación del discurso, como los de injurias y calumnias o incitación a la violencia. Además, puede ser fundamental para revisar algunos delitos que se crearon como consecuencia de los avances tecnológicos y que, dada la rapidez con la que se trataron, no cumplen con los requisitos de legitimidad, necesidad y proporcionalidad (por ejemplo, el caso del delito de *grooming*).

A continuación, se detallan algunos de los principales ejes que dan cuenta de la tendencia registrada.

¹⁵ Ver expedientes N° 1311-D-2013, 0759-D-2015 y 2537-D-2017 de la Cámara de Diputados.

¹⁶ En números absolutos son 33 proyectos de ley sobre un total de 169 relevados.

1. El caso de los proyectos de actos discriminatorios y pornografía no consentida

El debate sobre los distintos proyectos de ley contra **actos discriminatorios** es sumamente interesante para analizar ya que es una discusión vigente tanto a nivel local como regional. En Argentina, de los 169 proyectos de ley que impactan en el derecho a la libertad de expresión relevados por el CELE, 33 (15%) proponen regular o modificar la regulación sobre actos discriminatorios directamente, sin contar las iniciativas que regulan aspectos específicos o puntuales del fenómeno de la discriminación, que sumarían otras tantas.

En el país existe una ley contra la discriminación, la **Ley N° 23.592**,¹⁷ que data de 1988. La ley brinda una definición de acto discriminatorio y crea tipos penales para abordar la problemática de la discriminación.¹⁸ Alrededor de 2007 comienzan a discutirse en el Congreso proyectos de ley que intentan reemplazar o modificar la ley contra actos discriminatorios vigente¹⁹ y hacia 2012 adquieren tracción en el debate parlamentario. A pesar

¹⁷ Ver Ley 23.592 (1988), disponible en: <http://bit.ly/2rcZdRP>

¹⁸ Ley 23.592: "Artículo 1 - Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Art. 2°.- Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Art. 3°.- Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas".

¹⁹ Organizaciones que trabajan en temas de discriminación y en la protección de los derechos de personas LGBTI han presionado durante todos estos años para lograr la aprobación de alguno de los proyectos presentados. En algunos casos, lograron la sanción en alguna de las Cámaras del Congreso de la Nación, pero sin conseguir la sanción de la ley. Estas organizaciones han argumentado que es necesario agregar categorías de discriminación (tal como la edad, por ejemplo) y eliminar otras (tal como

de sus implicancias y de referirse explícitamente en muchos de ellos a los límites permisibles al discurso discriminatorio, los proyectos sobre actos discriminatorios no fueron girados a las respectivas comisiones de libertad de expresión sino a las de derecho penal o derechos humanos en general y se percibió cierta reticencia a su debate desde esta perspectiva.²⁰

En materia de libertad de expresión, la discusión principal se centró en el afán criminalizador, la amplitud de los términos empleados y la cantidad de categorías que se intentan agregar a la definición de discriminación.²¹ En algunos casos, y a pesar de la necesidad de especificidad del tipo penal, estos motivos ni siquiera son taxativos, sino que la enunciación queda abierta para incluir otros.²² A lo largo del proceso, también se debatió la viabilidad de distinguir entre expresiones realizadas *online* y *offline* como elementos

la raza). Asimismo, se ha argumentado en favor de aumentar las penas establecidas en la ley como medio para disuadir la discriminación.

²⁰ En una de las últimas reuniones de asesores en las que participó, el CELE expresó su interés de presentar comentarios a los proyectos pero la comisión organizadora respondió que no era un tema relacionado con el derecho a la libertad de expresión.

²¹ Ver la presentación de comentarios del CELE de fecha 24 de junio de 2016 ante la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados: <http://bit.ly/2nlufOA> Por ejemplo, uno de los proyectos de ley presentados (Expediente N° 2709-S-2016 de la Cámara de Senadores) define como discriminatorios “... *aquellos hechos, actos u omisiones que tengan por objeto o por resultado impedir, obstruir, restringir o de cualquier modo menoscabar, arbitrariamente, de forma temporal o permanente, el ejercicio igualitario de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, los Tratados y Convenciones internacionales de derechos humanos, y las leyes dictadas en su consecuencia, a personas o grupos de personas, bajo pretexto de etnia, nacionalidad, color de piel, nacimiento, origen nacional, lengua, idioma o variedad lingüística, convicciones religiosas o filosóficas, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, identidad de género y/o su expresión, orientación sexual, edad, estado civil, situación familiar, trabajo u ocupación, aspecto físico, discapacidad, condición de salud, perfil genético, situación socioeconómica, condición social, origen social, hábitos sociales o culturales, lugar de residencia, situación penal, antecedentes penales y/o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social, temporal o permanente. Toda acción u omisión que a través de patrones estereotipados, insultos, ridiculizaciones, humillaciones, descalificaciones, mensajes, valores, íconos o signos transmita y/o reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando o propiciando la exclusión o segregación en razón de pretextos discriminatorios, también se considerarán como conductas discriminatorias conforme la presente ley. Asimismo, serán consideradas discriminatorias aquellas conductas que tiendan a causar daño emocional o disminución de la autoestima, perjudicar y/o perturbar el pleno desarrollo personal y/o identitario, degradar, estigmatizar o cualquier otra conducta que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación de las personas bajo cualquier pretexto discriminatorio*”.

²² Ver, por ejemplo, proyecto de ley de Expediente N° 0608-S-2015. Disponible en: <http://bit.ly/2BdJert>

propios del tipo penal.²³

La discusión logró neutralizarse luego de diversas intervenciones de organizaciones de la sociedad civil, empresas de Internet y especialistas,²⁴ pero el precedente quedó plasmado y en 2016 hubo intentos aislados por retomarla.²⁵ La iniciativa aprobada por las comisiones en 2016 prevé la modificación de la ley de actos discriminatorios en términos problemáticos, pero aún no se generaron los consensos necesarios para que sea aprobada por la Cámara de Diputados, mucho menos por el Senado.

Con una experiencia similar en el tratamiento, en 2016 se incorporó al debate parlamentario el tema de **pornografía no consentida**. La pornografía no consentida consiste en la difusión de imágenes íntimas sin el consen-

²³ Algunos proyectos de ley (2015) incluían artículos específicos que regulaban los actos discriminatorios en internet, estableciendo medidas especiales y penas más altas cuando este fuere el medio utilizado para manifestar y difundir dichas expresiones. Los proyectos fueron consolidados en uno solo, que logró dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados. El artículo 21 del proyecto, bajo el título “Promoción de la no discriminación en internet”, establecía que: *“Los administradores de sitios de internet que dispongan de plataformas que admitan contenidos y/o comentarios subidos por los usuarios están obligados a: a) publicar términos y condiciones que contengan la información del Anexo II de esta ley, con el objeto de informar sobre el carácter discriminatorio de un contenido y la legislación vigente al respecto; b) disponer y hacer pública una vía de comunicación para que los usuarios denuncien y/o soliciten la remoción del material que se encuentre en infracción a esta ley. Los medios de prensa, agencia de noticias, diarios online y revistas electrónicas que cuenten con plataformas que admitan contenidos generados por los usuarios deben, además de las obligaciones previstas precedentemente, disponer de la información prevista en el inciso a) de este artículo a través de la activación automática de una ventana cuyos términos deben ser aceptados por el usuario antes de acceder a realizar el comentario o subir cualquier contenido, y adoptar las medidas necesarias para evitar la difusión de contenidos discriminatorios”*.

²⁴ Organizaciones de la sociedad civil, sobre todo aquellas defensoras de la libertad de expresión, se manifestaron en contra de este tipo de regulación por ser violatorio del derecho a la libertad de expresión. Entre ellas, estuvieron la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el CELE. La ADC, por ejemplo, manifestó que “... el proyecto de Ley Nacional Contra la Discriminación, que pretende regular los comentarios en internet, entre otros objetivos, es contrario a la Constitución Nacional. El mismo viola el principio de legalidad, el de la libertad de expresión en Internet, limita el debate público, no es idóneo para resolver el problema que aborda y ofrece poca precisión en las medidas de acción positiva”. Ver presentación completa de ADC de fecha 22 de julio de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2saIDoP>

²⁵ Tanto en este punto en particular como en la discusión de la norma en general, la opinión de las organizaciones de la sociedad civil está dividida entre aquellas que trabajan en temas de libertad de expresión y las organizaciones que trabajan específicamente en discriminación. Asimismo, este último grupo también tiene divisiones en su interior, habiendo algunas organizaciones que, por ejemplo, se oponen a la criminalización de los actos discriminatorios. Ver <http://bit.ly/2BYS9Ke>

miento de una de las partes. El fenómeno afecta particularmente a mujeres, adquiriendo una dimensión de género que no está siendo enteramente abordada en el debate.²⁶ Los distintos proyectos de ley²⁷ presentados en 2016 no sólo intentan definir la figura, sino también imponer penas de prisión para el autor de la conducta. En términos generales, algunos proyectos incluyen plazos de prisión amplios (por ejemplo, de 6 meses a 4 años, similar al plazo previsto para el delito de *grooming*) y otro incluye penas pecuniarias.²⁸ El proyecto de ley que impone las penas más altas fue el que obtuvo media sanción del Senado²⁹ y será posiblemente tratado por la Cámara de Diputados en 2017 o principios de 2018. Todos los proyectos, incluido el aprobado en el Senado, contemplan una acción típica amplia, a quien “estuviere en posesión de imágenes de desnudez total o parcial y/o videos de contenido sexual o erótico de una o más personas, las hiciere pública o difundiere por cualquier medio” sin expreso consentimiento.³⁰ Ninguno de los proyectos contempla una excepción de interés público, a pesar de incluir no solo imágenes sexuales que podrían escapar cualquier consideración de interés público, sino otro tipo de imágenes menos explícitas.

Finalmente, tomando elementos de los proyectos contra la discriminación y otros de la pornografía no consentida, en 2017 se presentó un proyecto por medio del cual se intenta incorporar una nueva figura al Código Penal argentino estableciendo que:

Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años el que difundiere o diera a conocer material visual, audiovisual o datos sensibles sobre preferencias o vida sexual de un tercero mayor de edad, en formato

²⁶ Ver CELE, *La regulación de la pornografía no consentida en Argentina*, Buenos Aires, diciembre de 2015, disponible en: <http://bit.ly/1Z9WJvx>

²⁷ El proyecto de ley de Expediente N° 2119-S-2016 del Senado de la Nación incorpora una norma al Código penal argentino que establece: “**ARTICULO 155 BIS:** *Será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años, el que hallándose en posesión de imágenes de desnudez total o parcial y/o videos de contenido sexual o erótico de una o más personas, las hiciere pública o difundiere por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, o cualquier otro medio o tecnología de transmisión de datos, sin el expreso consentimiento de la o de las mismas para tal fin, aun habiendo existido acuerdo entre las partes involucradas para la obtención o suministro de esas imágenes o video. La persona condenada será obligada a arbitrar los mecanismos necesarios para retirar de circulación, bloquear, eliminar o suprimir, el material de que se tratare, a su costa y en un plazo a determinar por el juez.*”

²⁸ Expediente N° 5893-D-2016 de la Cámara de Diputados, disponible en: <http://bit.ly/2FudOpf>

²⁹ Ver <http://bit.ly/2EnYRyw>

³⁰ Por ejemplo, ¿serían aplicables las penas para personas que reenviaran una fotografía o video a sus contactos en forma privada?

digital y a través de cualquier medio de tratamiento de datos sin su autorización o consentimiento, aun cuando hubiera sido obtenido con la anuencia de la persona afectada en su intimidad y/o privacidad". La pena será de prisión de 1 a 3 años cuando la difusión se hiciera utilizando identidades falsas, homónimos de la persona afectada o perfiles apócrifos³¹

El proyecto incluye, además, el delito de acoso virtual:

Será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años quien realizare actos de acecho y/o persecución por cualquier medio de tratamiento de datos contra una persona mayor de edad, haciendo o no uso del anonimato, de modo que comprometa datos sensibles sobre sus preferencias o vida sexual, y/o altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.³²

A pesar de no haber prosperado en el debate parlamentario, el proyecto genera preocupación por la amplitud y la imprecisión de sus términos. Además, el proyecto genera una connotación particularmente negativa en el uso de herramientas como el anonimato o el seudónimo, tan necesarios a veces para la protección de los más vulnerables.

Indudablemente, en estos casos, los proyectos tienen objetivos loables como la protección de la privacidad o la protección contra la discriminación y el abuso. Sin embargo, ponen de manifiesto problemáticas comunes a otros procesos, como la falta de análisis de los proyectos desde la perspectiva de libertad de expresión y la tendencia a la criminalización. Además, el último ejemplo pone de manifiesto un desconocimiento sobre cómo funciona internet y a la amplitud de la agenda de datos personales, que no está definida ni contenida en la doctrina ni en la jurisprudencia. Expresa también un desconocimiento de estándares internacionales que indican que el medio por el cual uno se expresa, en este caso Internet, no debiera hacer parte de los elementos del tipo penal o un elemento para el incremento de penas.

2. Los casos de apología, incitación e instigación

En Argentina, recientemente los tipos penales de incitación, apología e instigación³³ estuvieron en el centro de la escena, a raíz de algunos casos re-

³¹ Ver expediente N° 3862-D-2017 de la Cámara de Diputados, disponible en: <http://bit.ly/2BGZwKx>

³² Ibid.

³³ Aun cuando en Argentina estos tres conceptos se han usado en forma indistinta, cada uno

sonantes, que iluminan el debate sobre la criminalización de la expresión. El primer caso lo protagonizó Gustavo Cordera, cantante de Bersuit Vergarabat, quien declaró en una entrevista en la escuela de periodismo TEA que “hay mujeres que necesitan ser violadas para tener sexo”.³⁴ El segundo caso fueron las declaraciones de funcionarios públicos del poder ejecutivo cuestionando la cantidad de desaparecidos durante la última dictadura militar en Argentina.³⁵ Vinculado a esta temática, está también el caso del médico forense Oscar Roo, quien fue procesado por hacer apología en su muro de Facebook. Finalmente, el caso de la ola de suicidios en el mundo a raíz del juego de “La Ballena Azul”.

Gustavo Cordera fue procesado por incitación a la violencia en 2016 cuando un estudiante publicó en su muro de Facebook las expresiones de Cordera. El caso dio lugar a un interesante debate, incluso en el seno de organizaciones dedicadas a la defensa y promoción de los derechos de la mujer en torno a la utilidad y efectividad de la criminalización de este tipo de expresiones. La causa avanza e incluso se rechazó un acuerdo que se estaba negociando entre la Defensa y la Fiscalía para que Cordera obtuviera la suspensión de juicio oral a cambio de realizar dos recitales a beneficio de dos hospitales de niños y de “Ni una Menos” (movimiento contra la violencia de género), y asistiera a un curso sobre violencia de género. El juez en la causa sostuvo que el caso encuadraba como un caso de violencia de género y por los compromisos internacionales del Estado en esa materia no podría aceptarse una *probation* como la que se proponía. Más allá de lo reprochable de sus dichos, no está claro cómo se están analizando los elementos legales del tipo o como los dichos constituyen incitación, particularmente cuando todas las reacciones, incluso de su auditorio directo, fueron manifiesta y públicamente condenatorias.

surge de distintas normas del Código Penal argentino y están definidos en forma separada:

“ARTICULO 209. - El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.”

“ARTICULO 212. - Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación.”

“ARTICULO 213. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.”

³⁴ Gustavo Cordera hizo declaraciones en el marco de una clase de periodismo en torno a violencia contra las mujeres en el mundo del rock, se manifestó en contra de la tipificación del delito de estupro y declaró que “Hay mujeres que necesitan, porque son histéricas, ser violadas.” Al momento de finalización de este artículo se había confirmado el procesamiento de Cordera y va camino a juicio oral. Ver <http://bit.ly/2FQQqc4> y <http://bit.ly/2ELepdw>

³⁵ Ver <http://bit.ly/2E6ZNE1>; <http://bit.ly/2rwHyF9>; <http://bit.ly/2BZ8O05>.

En el segundo caso, a raíz de las declaraciones de algunos funcionarios del Poder Ejecutivo cuestionando la cantidad de desaparecidos durante el proceso militar en Argentina, en 2016 se presentó un proyecto de ley que pretende aumentar las penas de prisión por apología del delito cuando la misma se refiera a un delito de lesa humanidad “... y el hecho fuera cometido por un funcionario público o un agente de las fuerzas de seguridad”, así como en el caso de que el funcionario o el agente de las fuerzas de seguridad “... públicamente y por cualquier medio, apruebe, niegue, justifique o reivindique un crimen de lesa humanidad”.³⁶ A este proyecto a nivel nacional se sumó otro de ley provincial, aprobado por unanimidad, que prohíbe a los funcionarios y dependencias provinciales cuestionar la cantidad de 30.000 desaparecidos estipulada en el informe “Nunca Más”.³⁷ En este caso, no solo hubo denuncias por apología, sino además propuestas concretas de reforma tendientes a re-criminalizar expresiones indeseadas y minoritarias, optando nuevamente por una restricción del debate en lugar de la ampliación del mismo.

En 2014 ya había habido casos vinculados a la apología de crímenes de lesa humanidad, pero de menor perfil. El médico forense Oscar Roo fue procesado por apología del delito en Chubut por supuestamente desearle la tortura y muerte a la titular de Abuelas de Plaza de Mayo, Estela de Carlotto, en su muro de Facebook.³⁸ El juez Otranto consideró que el muro de Facebook es un lugar suficientemente público para cumplir con el requisito de publicidad del artículo 210 del Código Penal.³⁹ Sin embargo, en su decisión no aparece mención alguna sobre la necesidad o proporcionalidad de la acción penal, tratándose de expresiones realizadas respecto de una persona pública en el marco de un tema de interés público.⁴⁰ Curiosamente, el juez sostiene que desearle a alguien la muerte o la tortura constituye expresión

³⁶ El proyecto de ley de Expediente N° 8906-D-2016 aumenta el plazo de penas originario de un mes a un año al plazo de tres a ocho años de prisión e inhabilitación especial perpetua en los dos posibles casos establecidos por el proyecto.

³⁷ CONADEP, *Nunca más, Informe final de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1984. Informe disponible en: <http://bit.ly/29mRHMZ>

³⁸ “El precio de la estupidez: cesantean e inhabilitan al médico forense que le deseó vía Facebook “un tiro en la nuca” a Estela de Carlotto”. Ver <http://bit.ly/2BHPNn1>

³⁹ Ver fallo de la causa N° FCR 11844/2014 <http://bit.ly/2FSrtNu>: “Cualquier información que no sea transmitida a través de las modalidades que el propio sistema preserva para comunicarse en privado o restringiendo su difusión a un segmento determinado de usuarios (amigos o grupos definidos), debe considerarse pública en el sentido de que ha sido compartida con todos.”

⁴⁰ Los comentarios de Roo en su página de Facebook estaban referidos a la noticia en la cual se daba cuenta de la aparición del nieto de Estela de Carlotto en 2014.

protegida pero como la persona referida efectivamente había sido sometida a tortura, el caso constituía apología.

Finalmente, el tercer caso propuesto surgió a raíz de fenómenos como el del juego “La Ballena Azul”, que adquirieron resonancia pública global. En 2017 se presentó un proyecto de ley que propone penas de prisión de dos a cinco años al que “instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”.⁴¹ El proyecto modifica la norma vigente del Código Penal argentino, aumentando la escala penal actual de uno a cuatro años y llevando el mínimo a dos y el máximo a cinco. Además, el segundo párrafo del proyecto (que se agregaría a la norma actual) aumenta la escala penal en el triple del mínimo y el máximo en los siguientes casos: “... 2) Cuando el medio utilizado fuere las redes sociales digitales, comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, telefonía móvil o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, en forma directa o encubiertas en mensajes, aplicaciones, juegos, video juegos u otro tipo de herramienta y dato, u ocultando la identidad del autor...”.⁴²

Los tres ejemplos anteriores plantean la persistencia del derecho penal frente a otras alternativas para lidiar con expresiones problemáticas. También dan cuenta de cómo se están interpretando las normas y sus términos en el marco de Internet y las nuevas tecnologías.

Los casos tuvieron resonancia pública y, a pesar de ello, no se planteó a nivel social la necesidad de revisar la constitucionalidad de las figuras de

⁴¹ Ver expediente 2537-D-2017 de la Cámara de Diputados, disponible en: <http://bit.ly/2GU7SxM>. Entre los fundamentos para modificar la norma sobre instigación al suicidio y crear la figura de instigación a la autolesión, el autor del proyecto sostiene que “... ante la aparición en las redes sociales de los denominados desafíos, juegos o videojuegos que insistan a los usuarios de las mismas a llevar adelante una serie de acciones riesgosas, que en muchos casos han ocasionado la muerte, como es el caso de desafíos denominados “Ballena Azul”, “Pedro Responde”, “Drogas Auditivas” y similares, nos pone en la necesidad de establecer nuevos parámetros normativos en defensa de la dignidad de la persona, de su integridad sicofísica y de la vida, en especial cuando los implicados son menores de edad.”

⁴² Expediente 2537-D-2017 de la Cámara de Diputados. El proyecto establece que “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que instigare o indujere a la autolesión, de cualquier tipo, de otra persona, o le ayudare a cometerla. La escala se incrementará en el triple del mínimo y el máximo en los siguientes casos: 1) Cuando la víctima fuera un menor de dieciocho (18) años de edad. 2) Cuando el medio utilizado fuere las redes sociales digitales, comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, telefonía móvil o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, en forma directa o encubiertas en mensajes, aplicaciones, juegos, video juegos u otro tipo de herramienta y dato, u ocultando la identidad del autor. 3) Cuando sea a persona indeterminada. 4) Cuando el resultado involucre a más de una persona.”

incitación, apología o instigación, o su conformidad con estándares internacionales en materia de libertad de expresión. Uno de ellos incluso plantea importantes distinciones entre los medios de comunicación como elemento central del tipo y para aumentar considerablemente las penas, haciendo caso omiso de las recomendaciones internacionales y regionales en la materia. Todos los tipos penales analizados y los propuestos por proyecto de ley tienen en común ser amplios y ambiguos, habilitando, en definitiva, una amplísima discrecionalidad en su aplicación por parte de jueces y fiscales.

3.El caso de calumnias e injurias: una causa abandonada

El proceso de despenalización del desacato, calumnias e injurias comenzó en 1993 con la **Ley N° 24.198**.⁴³ Tal como se destacó en la introducción, la ley marcó un precedente fundamental para la libertad de expresión en Argentina y en América Latina, derogando el artículo 244⁴⁴ del Código Penal que contemplaba la figura del desacato en Argentina. Posteriormente, y a raíz de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso “**Kimel vs. Argentina**”⁴⁵ en 2008, se impulsó la modificación legislativa de los delitos de calumnias e injurias en Argentina. El Congreso argentino dictó entonces la **Ley N° 26.551**,⁴⁶ que reformó el Código Penal para excluir del tipo penal a las expresiones de interés público, incluso las lesivas del honor o reputación, y expresiones que no sean asertivas. Sin embargo, subsistieron la regulación en el Código Penal y las sanciones pecuniarias establecidas en el Código Civil argentino respecto a otros tipos de expresiones.⁴⁷

⁴³ Bertoni, Eduardo; Del Campo, Agustina; *Despenalización de la expresión: la experiencia argentina*, en Bertoni, Eduardo; Del Campo, Agustina, Miño Buitrón, María Dolores; *Criminalización de la expresión en América Latina*, La Ley y la Palabra, Fundamedios, Quito, Ecuador, junio de 2012, p. 130.

⁴⁴ Este artículo establecía lo siguiente: “Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que provocare a duelo, amenazare, injuriare o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas. La prisión será de un mes a un año, si el ofendido fuere el presidente de la Nación, un miembro del Congreso, un gobernador de provincia, un ministro nacional o provincial, un miembro de las legislaturas provinciales o un juez.”

⁴⁵ Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Fecha: 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 45.

⁴⁶ Ley Modificatoria al Código Penal (Argentina). Ley N° 26.551. Fecha de publicación en el Boletín Oficial: 27 de noviembre 2009, Artículo 2.

⁴⁷ Código Civil de la Nación: **Art. 1.071 bis**. *El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros*

Las calumnias e injurias siguen penalizadas y no existe un régimen discriminado de responsabilidad civil para estos delitos dentro de nuestro ordenamiento.⁴⁸ Dos informes del CELE de 2012 y 2013 respectivamente evaluaban la aplicación de la ley penal y su impacto en el litigio de casos tanto penales como civiles, dando cuenta de algunos problemas persistentes. En el análisis de la ley penal, el estudio concluye que “Los datos de los juzgados ordinarios y federales demuestran que, a pesar del desincentivo logrado por la reforma, el recurso penal sigue utilizándose. Y, más específicamente, que funcionarios públicos siguen utilizando la figura a pesar de la ley modificatoria.”⁴⁹ Además, el informe en torno a la repercusión de la ley Kimel en el fuero civil concluía que “persisten los casos en los cuales se utilizan estas demandas como medios de intimidación o silenciamiento de la prensa y la crítica.”⁵⁰

en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.

Actualmente, el artículo 1.071 bis fue reemplazado por el artículo 1.770 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación dictado en el año 2014: **Art. 1.770.- Protección de la vida privada.** *El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.*

⁴⁸ Recientemente, y en ocasión del día mundial de la libertad de prensa (3 de mayo), se presentó un proyecto para modificar el Código Civil y Comercial (expediente N° 2935-D-2017, disponible en: <http://bit.ly/2E6JM5f>) “... para limitar aquellas expresiones que son pasibles de ser consideradas como intromisiones arbitrarias a la vida privada, con el fin de que no se vea perjudicada la libertad de expresión”. La reforma propuesta busca incorporar la exigencia de la real malicia al pago de la indemnización por injurias en casos de funcionarios públicos y personas particulares que se hubieran involucrado voluntariamente en asuntos de interés público, avanzando en la dirección propuesta previamente planteada durante el proceso de despenalización. Sin embargo, la iniciativa no parece haber despertado interés o debate alguno en esta materia que sugiera su tratamiento o el reinicio de la discusión.

⁴⁹ Del Campo, Agustina y Bertoni, Eduardo, CELE, *Calumnias e Injurias: A dos años de la Reforma del Código Penal*, septiembre de 2012, p. 38. Disponible en <http://bit.ly/2BJPbxi>

⁵⁰ Del Campo, Agustina, *La situación en el fuero civil después de la Ley 26.551*, p. 36 Disponible en <http://bit.ly/1SJJa3IQ>.

La adopción de la ley Kimel en 2009 cerró el debate que se venía dando en Argentina en torno a la criminalización de la expresión a pesar de no haber logrado eliminar los tipos penales de calumnias e injurias, y el tema no fue retomado hasta la fecha. Tampoco se lograron los cambios paralelos a la reforma penal promovidos por el movimiento de despenalización, que incluían la revisión de las condenas civiles por este tipo de delitos, destacando la necesidad de criterios de proporcionalidad de las indemnizaciones. Este último tema fue tratado por la Corte Interamericana en el caso *Fontevicchia*, que rechazó el argumento. A partir de entonces, la Comisión Reformadora del Código Civil en Argentina abandonó la agenda y no parece haberse retomado desde entonces (2011).⁵¹

4. Objetivos legítimos, tipificación proco precisa. El caso de la protección de menores

La **Ley N° 26.388**⁵² incorpora y modifica distintas normas del Código Penal argentino para añadir los llamados “delitos informáticos”, cuya articulación es de fundamental relevancia para la libertad de expresión. La ley añade artículos penalizando, entre otros delitos, la pornografía infantil por medio de internet u otros medios electrónicos; la violación, apoderamiento y desvío de las comunicaciones electrónicas; la interceptación o captación de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones; la publicación de una comunicación electrónica; la revelación de información registrada en un banco de datos personales y el fraude informático y el daño o sabotaje informático.

La **Ley N° 26.904**⁵³ establece que “Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas,

⁵¹ En 2014 se reemplazó el Código Civil de la Nación por el nuevo Código Civil y Comercial, que reemplazó el artículo 1.071 bis por el 1.770, según el cual “*El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.*” Además, el artículo 1.771 se refiere a la “acción calumniosa” y establece que “*En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.*”

⁵² Ver Ley 26.388 (2008): <http://bit.ly/2EmPX4b>

⁵³ Ver Ley 26.904 (2013): <http://bit.ly/2nMpOS6>

telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”. Si bien el objeto de la ley fue proteger a los menores de edad al crear el delito de *grooming*, la norma fue criticada por distintos problemas respecto de los requisitos de legalidad y proporcionalidad. En primer lugar, el *grooming* solo se considera tal cuando el contacto es por Internet. ¿En qué difiere la conducta de aquel que contacta en la plaza o a la salida de la escuela? Además, algunos sectores consideraron que el tipo penal es impreciso en tanto utiliza el verbo “contactare” y que es problemático para el requisito de proporcionalidad de las penas que la ley prevea un rango similar al de delitos contra la integridad sexual consumados.⁵⁴ Cuando se castiguen actos preparatorios, la pena debería ser menor.⁵⁵ Como se mencionó anteriormente, el paquete de reformas no tuvo un análisis desde la perspectiva de la libertad de expresión, que hubiera habilitado por lo menos un debate en torno a los posibles efectos inhibidores de la circulación de contenidos que estas leyes pudieran tener a futuro. Actualmente se están dando debates en los que se propone reformar los artículos, pero están circunscriptos a la supuesta necesidad de aumentar las penas y no a la definición misma de la acción tipificada.

III. La regulación de internet y su impacto en la libertad de expresión

Además de las normas que afectan la libertad de expresión *online* y *offline*, durante los últimos años crecieron exponencialmente las iniciativas tendientes a regular distintos aspectos de Internet. Este crecimiento está relacionado con los crecientes índices de penetración de Internet en la región y en Argentina en particular, la masificación de Internet, el rápido desarrollo de las tecnologías del conocimiento y la información. Un gran número de los proyectos de ley presentados en el Congreso en los últimos años regula -directa o indirectamente- la libertad de expresión en Internet.⁵⁶ Llama la atención el cambio

⁵⁴ Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), *El delito de “grooming” en la legislación penal actual y proyectada en Argentina*, marzo de 2016, p. 11.

⁵⁵ Garibaldi, Gustavo E. L., *Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina*, SAJ: NV11208, 8 de mayo de 2015, p. 36. Disponible en: <http://bit.ly/2vpfR3A>

⁵⁶ De un total de 169 proyectos de ley que afectan de algún modo la libertad de expresión desde 2012, 62 proyectos regulan internet. Es decir, un 36,7% del total de los proyectos.

que parece haberse generado en la percepción de Internet desde las primeras leyes en la materia hasta la fecha: de considerarse una herramienta democratizadora, pasó a percibirse en muchos casos como una amenaza creciente. Los proyectos de ley sobre difusión no consentida de imágenes íntimas, actos discriminatorios o sobre *grooming* se encuentran en esta línea.

Las primeras normas incorporadas a la legislación argentina en materia de Internet fueron alentadoras para la libertad de expresión y el acceso a la información. La **Ley N° 26.032**⁵⁷ de 2005 prevé que “La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”. Esta norma enfatiza que el derecho a la libertad de expresión debe ser protegido también en Internet, tal como ya lo había establecido la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA.⁵⁸

En 2014 se consagró legalmente la neutralidad de la red⁵⁹ en la **Ley N° 27.078**⁶⁰ (Ley Argentina Digital), que declaró “... de interés público el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones y sus recursos asociados, estableciendo y garantizando la completa neutralidad de las redes”. Si bien el proyecto original no contenía el término, logró incorporarse sin definición propia y sin mayor debate. La ley expresamente excluye la regulación de contenidos, pero, al garantizar la neutralidad de la red, protege y fomenta la posibilidad de todas las personas de acceder a todo tipo de contenidos y expresiones al determinar que todo el contenido debe moverse igual y a la misma velocidad a través de la red.⁶¹ Además, la neutralidad de la red hace alusión a la no discriminación de

⁵⁷ Ver Ley 26.032 (2005): <http://bit.ly/293NHhT>

⁵⁸ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet (2011). Disponible en: <http://bit.ly/1eX83sn>; OEA, Informe “Libertad de Expresión e Internet”, Relatoría para la Libertad de Expresión, 2013. Disponible en: <http://bit.ly/1WHr6cD>; OEA, Informe “Principios para una internet libre, abierta e incluyente”, Relatoría para la Libertad de Expresión, 2016.

⁵⁹ Según la Dynamic Coalition on Network Neutrality, la neutralidad de la red es “el principio según el cual el tráfico de Internet debe ser tratado con igualdad, sin discriminación, restricción o interferencia independientemente de su remitente, destinatario, tipo o contenido, para que la libertad de elección de los usuarios de Internet no esté restringida por favorecer o desfavorecer la transmisión de tráfico de Internet asociado con determinado contenido, servicios, aplicaciones o aparatos”. La versión en español del documento está disponible aquí: <http://bit.ly/2BZM6F1>

⁶⁰ Ver Ley N° 27.078 (2014): <http://bit.ly/2fDLTfS>

⁶¹ Cortés Castillo, Carlos; *La neutralidad de la red: la tensión entre la no discriminación y la gestión*, en “Internet y Derechos Humanos: aportes para la discusión en América Latina”, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), Buenos Aires, febrero de 2014, p. 19.

contenidos, la garantía de no bloqueo y la libertad de uso de dispositivos.⁶²

Entre 2014 y 2017 también se presentaron otros proyectos de ley⁶³ tendientes a fortalecer el principio de neutralidad de la red, a efectos de garantizar el acceso a Internet de todas las personas sin distinciones. Entre ellos, se destaca un proyecto que tiene el objetivo de replicar el Marco Civil de Internet de Brasil,⁶⁴ presentado en 2014 en la Cámara de Diputados.

Paralelamente, desde 2006 a la fecha, se debate a nivel legislativo el marco regulatorio de la responsabilidad de intermediarios, fundamental por su impacto sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet.^{65 66} El debate cobró fuerza en 2012, cuando se presentó un proyecto de ley criticado severamente por organizaciones de la sociedad civil que trabajan en políticas de Internet. El mismo autor presentó una nueva propuesta que recogía las críticas formuladas. En 2016 se terminó de consolidar un proyecto común que adquirió media sanción en el Senado y pasó a ser considerado en la Cámara de Diputados.⁶⁷

Debe destacarse la participación que se le dio a organizaciones de la sociedad civil, la academia y el sector privado en la discusión de los distintos proyectos hasta la fecha. Sin perjuicio de ello, llama la atención que en la Cámara de Diputados el proyecto no haya sido girado a la Comisión de Libertad de Expresión.

Todo el recorrido de los proyectos de ley sobre responsabilidad de intermediarios coincide con la época del tratamiento del caso de María Belén Rodríguez ante la Justicia, que se suma a los diversos casos de modelos, artistas y futbolistas que han demandado a buscadores solicitando la suspensión o bloqueo de vinculaciones entre su nombre o imagen y páginas difamatorias o de contenido sexual.⁶⁸ En 2014, la Corte Suprema de Jus-

⁶² *Ibíd.* p. 32.

⁶³ Ver, por ejemplo, Expedientes N° 8601-D-2014 y 3142-D-2014 de la Cámara de Diputados de la Nación. Disponibles en: <http://bit.ly/2EM8nJl>; <http://bit.ly/2FRb3ot>

⁶⁴ Ver Expediente N° 3142-D-2014. Disponible en: <http://bit.ly/2FRb3ot>

⁶⁵ Ver, por ejemplo, <http://bit.ly/2nMsX4o>

⁶⁶ Cabe destacar que del total de 169 proyectos que afectan la libertad de expresión presentados desde 2012, 35 regulan la responsabilidad de intermediarios, lo que refleja la falta de consensos entre legisladores al presentar proyectos sobre la temática.

⁶⁷ Aun cuando algunos proyectos anteriores presentaban distintas soluciones, el proyecto conjunto aprobado se encuentra en línea con lo estipulado por los distintos relatores de libertad de expresión en su declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet de 2011 (Ver el punto 2 de la declaración conjunta en: <http://bit.ly/1eX83sn>), así como por los Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios (<https://www.manilaprinciples.org/es>), acordados por organizaciones de la sociedad civil global.

⁶⁸ "Presentan proyecto de ley para regular a proveedores de servicios de internet". Ver <http://bit.ly/2E8jvPF>

ticia de la Nación⁶⁹ sostuvo que los buscadores no tienen responsabilidad objetiva por los contenidos de terceros que indexan. Solo son pasibles de responsabilidad cuando exista una notificación fehaciente que genere la obligación de remover contenidos y se constate el incumplimiento o cuando los mismos intervengan en los contenidos que indexan u hospedan. El fallo fue confirmado y ampliado en su interpretación del derecho a la imagen y los thumbnails en la decisión de la CSJN en el caso Gimbutas⁷⁰ de 2017.

Sin perjuicio del reconocimiento de Internet como un medio democratizador de la libertad de expresión y el reconocimiento expreso de la vigencia del derecho a la libertad de expresión en Internet y la neutralidad de la red, desde 2008 en adelante surgieron una serie de leyes y proyectos de ley que sugieren un cambio en la percepción que los legisladores y la sociedad en general tienen de Internet. En la larga lista de proyectos que dan cuenta de esta tendencia, pueden mencionarse los proyectos de ley contra actos discriminatorios que mencionamos *ut supra* en la sección de criminalización, los proyectos sobre pornografía no consentida, los proyectos relativos al acoso, incluyendo el nuevo proyecto de 2017 que mencionamos antes y los proyectos que amplían las penas para el ciber- *bullying* o para el *grooming*. Ellos se suman a los proyectos que regulan el derecho al olvido, sea planteado en el marco de la ley de protección de datos personales o en el marco de la ley de responsabilidad de intermediarios.

Uno de los proyectos más ejemplificadores de esta postura es de 2016⁷¹ por el cual se propone crear una **defensoría pública en redes sociales de contenidos digitales**.⁷² La misión de la Defensoría es la de proteger

*los derechos de las personas humanas y jurídicas frente a los actos, hechos y expresiones que causen un grave perjuicio a sus derechos constitucionales, a través de cualquier tipo de redes sociales, sean estas, digitales, fijas o móviles, en particular internet y cualquier otra plataforma digital existente o a crearse en el futuro de transmisión de datos.*⁷³

⁶⁹ Ver el fallo completo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 28 de octubre de 2014 en: <http://bit.ly/1UGGjrD>. Ver también <http://bit.ly/2FR4Ngw>

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios", 12 de septiembre de 2017. Ver fallo en: <http://bit.ly/2lj65da>

⁷¹ Ver Expediente N° 8542-D-2016 de la Cámara de Diputados de la Nación. Disponible en: <http://bit.ly/2E56Wsp>

⁷² Hay un antecedente de 2012 que también tenía como objetivo la creación de un observatorio de redes sociales, correos electrónicos y mensajes de texto. Ver Expediente N° 1892-D-2012: <http://bit.ly/2E5u1qY>

⁷³ Ver *supra* nota 71.

El proyecto habilita el monitoreo de redes y habilita al Defensor Público en Redes Sociales a “Exigir la inmediata solución de comportamientos ofensivos, agresivos o contrarios a la dignidad humana por medio de las redes sociales”.⁷⁴ Además, la Defensoría podría ordenar por resolución administrativa bloqueos de sitios y/o usuarios que inciten o difundan publicaciones agraviantes⁷⁵.

El proyecto fue severamente criticado. La imprecisión y amplitud de conceptos tales como “ofensivos”, “agresivos” o “contrarios a la dignidad humana” o “publicación agravante” atentan contra el requisito de especificidad que deben cumplir las restricciones a la libertad de expresión. Podrían resultar en interpretaciones contrarias a este derecho y habilitar la censura, y la consecuencia de bloquear un sitio y/o usuario es desproporcionada. Asimismo, la mera existencia de este tipo de monitoreo vulnera el derecho a la privacidad de los usuarios y podría generar nuevos niveles de autocensura, sobre todo en aquellos que exponen visiones contra-mayoritarias, minorías étnicas, raciales, o personas en situación de vulnerabilidad.

En este contexto se insertan otros dos proyectos de ley que están en discusión actualmente: el proyecto que intenta reformar la Ley de Protección de Datos Personales y el de propiedad intelectual. En ambos casos, el principal objetivo es adaptar los textos a los avances tecnológicos de los últimos años. Estas modificaciones son necesarias. Sin embargo, las reformas que se intentan hacer por medio de los dos proyectos parecen sumar nuevas restricciones para la libertad de expresión, adoptando posturas posiblemente problemáticas.

Argentina cuenta con una **Ley de Protección de los Datos Personales** de 2000 que tiene por objeto

... la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional

La ley define como dato personal a la “información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables”. Teniendo en cuenta sus orígenes y la regulación en la materia a nivel

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Ver *supra* nota 67.

regional, la ley aparecía, en líneas generales, como una norma legítima, necesaria y proporcional. Sin perjuicio de ello, y a la luz de debates como el de derecho al olvido, surgen discusiones sobre la definición de “dato personal” por su amplitud o su aplicabilidad a los buscadores en Internet.

Dados los importantes avances tecnológicos desde 2000, la ley quedó desactualizada en distintos aspectos y actualmente existe un anteproyecto de ley para reformarla. Algunos de estos aspectos fueron incluidos en este anteproyecto desarrollado por el Poder Ejecutivo, que aún no se presentó en el Congreso. El tema de derecho al olvido, además, fue objeto de distintos proyectos de ley específicos que, de avanzar en el trámite legislativo, vendrían a complementar esta norma.

Finalmente, en materia de **propiedad intelectual**,⁷⁶ las enmiendas a la ley presentadas en 1997, 1998 y 2003 ampliaron la protección de los derechos de los autores sobre sus obras. Por ejemplo, se extendió el plazo de protección hasta setenta años después de la muerte del autor y se les otorgaron derechos de propiedad intelectual a los colaboradores en una obra cinematográfica. En 2017, el gobierno nacional abrió nuevamente el debate sobre esta ley y presentó un documento con el objetivo de determinar si es necesario reformarla y cuáles deberían ser los cambios. Aun cuando están de acuerdo en la necesidad de una modificación y actualización de la ley vigente,⁷⁷ algunas organizaciones de la sociedad civil resaltaron que el documento presentado por la Dirección Nacional de Derechos de Autor tiene una orientación punitivista,⁷⁸ lo que podría ser preocupante para la circulación del discurso.

IV. Conclusiones

La legislación argentina dio importantes pasos hacia la plena protección de la libertad de expresión. El proceso de despenalización del desacato y las calumnias e injurias marcó un hito importante para la legislación de otros temas. El reconocimiento de la vigencia del derecho a la libertad de expresión en Internet también fue un momento importantísimo, tomando en cuenta que la misma data de 2005 y las resoluciones de Naciones Unidas en este sentido fueron posteriores. La jurisprudencia nacional, que aportó significativamente a ese proceso, también contribuyó al reconocimiento del derecho a la libertad de expresión en Internet y a la identificación de un

⁷⁶ Ley 11.723, disponible en: <http://bit.ly/2E5u1Y0>

⁷⁷ Ver aportes de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC): <http://bit.ly/2BIB7UR>

⁷⁸ Ver documento elaborado por Fundación Vía Libre: <http://bit.ly/2FTkdAK>

marco regulatorio para la responsabilidad de intermediarios, entre otros.

A pesar de estos avances, persiste en Argentina una tendencia hacia la criminalización en materia de libertad de expresión y esta se vio particularmente acentuada por la regulación que surge en torno a Internet. Si bien no se han vuelto a imponer penas de prisión para las injurias y calumnias, los tipos penales siguen parcialmente vigentes y han surgido otros que afectan desproporcionada e innecesariamente la libre circulación del discurso. Además, siguen vigentes algunos tipos penales como el de incitación a la violencia, cuya adecuación constitucional o internacional no fueron seriamente discutidos en el ámbito legislativo. Es más, se han presentado iniciativas para incrementar el número de este tipo de normas.

Por otro lado, resulta particularmente preocupante que los numerosos proyectos de ley que están surgiendo en el marco de la regulación de Internet no respeten los principios de especificidad, necesidad y proporcionalidad que deben cumplir las restricciones a la libertad de expresión. A ello se suma la permeabilidad del Congreso a los cambiantes ánimos sociales o las modas internacionales. Muchos de los proyectos de ley, e incluso las leyes, que se han relevado en Argentina responden a cuestiones y “urgencias” coyunturales, en detrimento de una estrategia legal en esta materia. De 169 proyectos que afectan la circulación del discurso, 101 fueron presentados por un solo diputado o senador, dando cuenta de cierta falta de consensos o reflexión colegiada previa. Por otra parte, resulta llamativa la desarticulación de la sociedad civil, la academia y las asociaciones de prensa a la hora de generar una agenda para la promoción del derecho a la libertad de expresión a nivel nacional.

El análisis de la legislación de los últimos 20 años permite ver con claridad que, conforme su naturaleza y su transversalidad, la legislación en materia de libertad de expresión se encuentra diseminada a lo largo de múltiples y diversas leyes y proyectos de ley. Esto genera que muchos de los proyectos no sean girados a las comisiones de libertad de expresión del Senado o de la Cámara Diputados, y que los textos no sean analizados desde esta perspectiva en ningún momento del proceso, a pesar de las implicancias (serias en algunos casos) que estos proyectos pueden tener para la libertad de expresión. Esto es relevante al momento del debate sobre los medios efectivos, idóneos y adecuados para limitar conductas indeseadas o balancearlas con el derecho a la libertad de expresión.

V. Recomendaciones

En base al análisis y las conclusiones expuestas, identificamos algunas recomendaciones concretas y relevantes para el desarrollo futuro de la legislación en materia de libertad de expresión en Argentina:

- 1) Los proyectos de ley que debatan regulación de Internet deberían contar con un análisis previo en torno a los riesgos o limitaciones que estos suponen para el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información. Uno de los medios para asegurar ese debate es que los proyectos pasen por la comisión de libertad de expresión de alguna de las cámaras y que se citen expertos en libertad de expresión para analizar los proyectos desde esta perspectiva;
- 2) Dados los riesgos que la criminalización de las conductas podría implicar para la circulación del discurso, las comisiones de derecho penal deberían citar expertos en materia de libertad de expresión cuando los proyectos afecten o pudieran afectar este derecho. La finalidad es debatir en forma exhaustiva los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad de los tipos penales propuestos, y los resultados de ese debate deberían hacerse públicos.
- 3) El derecho penal debería ser considerado de última *ratio* o último recurso. De optarse por la regulación penal, los tipos penales deben ser claros y específicos, evitando así la arbitrariedad o discrecionalidad en su aplicación o interpretación y la sobre-criminalización de expresiones legítimas que cercenan el debate público.
- 4) La sociedad civil, academia y asociaciones de periodistas y prensa deberían trabajar conjuntamente para desarrollar una agenda concreta de cara al futuro a fin de afianzar las protecciones logradas y avanzar hacia el pleno respeto y garantía de la libertad de expresión en Argentina. La coordinación y el trabajo conjunto (por ejemplo, en el marco de la nueva propuesta de reforma del Código Penal) pueden ser fundamentales para lograr consensos sobre las modificaciones necesarias para proteger y promover la libertad de expresión y evitar legislación regresiva en esta materia.

Libertad de expresión *online* en Ecuador: desarrollo legislativo de las dos últimas décadas¹

I. Resumen ejecutivo

En los últimos años, Ecuador sufrió una progresiva invasión y restricción de espacios que se encuentran protegidos *ab initio* por el derecho a la libertad de expresión. A través de disposiciones que sancionan las calumnias, las injurias y el desacato, se ha pretendido silenciar a críticos de los gobiernos de turno, generando un efecto inhibitorio en la libertad de expresión. Adicionalmente, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Comunicación se instauró un marco normativo que permite al gobierno controlar y limitar de manera desproporcionada los contenidos tanto *offline* como *online* de los medios de comunicación. En virtud de las consecuencias legales desmedidas impuestas a personas y a medios de comunicación que hicieron un uso legítimo de su derecho a expresarse libremente a través de los medios tradicionales, el debate público más robusto se trasladó a las redes sociales. En respuesta, nuevos proyectos de ley pretenden dotar al Ejecutivo de un mayor control sobre las ideas e informaciones que se transmiten en el entorno digital a través de la imposición de obligaciones excesivas a intermediarios de internet.

¹ Este artículo fue elaborado por Daniela Salazar Marín, profesora de la Universidad San Francisco de Quito y Daniel Caballero, abogado por la Universidad San Francisco de Quito, ambos investigadores en Ecuador del Observatorio Legislativo del CELE.

II. Introducción

El constitucionalismo ecuatoriano caracterizó por su constante volatilidad: la actual Constitución es la número veinte² de la nación. Las normas supremas de 1998 y la actual de 2008, conocida como la Constitución de Montecristi, reconocen y garantizan a las personas bajo la jurisdicción del estado ecuatoriano “[e]l derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”³. Respecto a la dimensión colectiva de este derecho, ambas constituciones reconocen expresamente el acceso, intercambio y difusión de la información bajo principios como pluralidad, no censura previa, responsabilidad ulterior e interés general, entre otros.⁴

Por expresa disposición constitucional, Ecuador incluyó a los tratados internacionales de derechos humanos como parte de su ordenamiento jurídico. La Carta Magna de 1998 eliminó la restricción para la aplicación de los tratados internacionales cuando se oponían a la Constitución y a las leyes ecuatorianas y reconoció las normas de los tratados internacionales como parte del ordenamiento jurídico y su prevalencia sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía (artículo 171). La Constitución de 2008 consagra los principios de *pro personae*, de no restricción de derechos y

² Constituciones de 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1929, 1938, 1945, 1946, 1967, 1979, 1998 y 2008. Algunos autores consideran que la Constitución de 1998 se limitó a reformar la de 1979, por lo que consideran a la Constitución de 2008 como la número diecinueve. No se cuentan en esta cifra la Constitución de Quito de 1812 ni la de Cúcuta de 1821 pues no rigieron al Ecuador como república independiente.

³ Art. 22.5 Constitución 1997; Art. 23.9 Constitución 1998 (no existe documento en línea de fuente oficial); Art. 66.6 Constitución 2008, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>

⁴ Art. 81 Constitución 1998: El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales; Art. 18 Constitución 2008: Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.

de aplicabilidad directa (artículo 417);⁵ es decir las normas contenidas en tratados internacionales tienen una jerarquía privilegiada y son aplicables incluso por sobre la Constitución en el caso que fueran más favorables para la protección de los derechos. Más aún, algunos artículos de la Constitución no sólo hacen referencia a la aplicabilidad directa de los tratados sino también de los *instrumentos* internacionales de derechos humanos, lo que incluiría a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000) o a la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet (2011).

A primera vista el marco constitucional parece favorable. Sin embargo, el texto de la Constitución protege el derecho a la libertad de expresión e información únicamente cuando la información es “veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general” (artículo 18). De esta forma, para gozar de protección constitucional se condiciona previamente la información, contradiciendo expresamente el Principio 7 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH).

Sumado a este incoherente marco constitucional, a partir de 2007 se instauró como política de Estado una batalla en contra de los medios de comunicación, así como de cualquier otra forma de crítica o disidencia. Esto último se verifica, por ejemplo, en la promulgación de la Ley Orgánica de Comunicación (en adelante LOC) y el control ejercido sobre los medios de comunicación, y en la utilización de los tipos penales tanto del anterior Código Penal como del actual Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) para reprimir la crítica que no resulta favorable a los intereses del gobierno. Las mismas intenciones tienen los proyectos de ley que pretenden restringir de manera desproporcionada la difusión de los contenidos en el entorno digital, como el proyecto de Ley Orgánica de Protección de Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los Datos Personales y el proyecto de Ley que Regula los Actos de Odio y Discriminación en Redes Sociales e Internet. Ambos fueron propuestos por el oficialismo.

⁵ Además de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos que el Ecuador ha aceptado voluntariamente someterse, *otros instrumentos internacionales de derechos humanos* se incorporan a la Constitución a través del bloque constitucional y de las normas que establecen la jerarquía normativa. Es decir, se reconoce el valor y aplicación directa de declaraciones, reglas, principios, directrices y otros documentos con distinta denominación emitidos a nivel universal o regional. Salazar Marín, Daniela, “La acción por incumplimiento como mecanismo de exigibilidad de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos en Ecuador”, en: Revista Iuris Dictio, 2013.

Este artículo tiene como objetivo hacer un repaso del desarrollo legislativo en materia de libertad de expresión y opinión en Ecuador, con miras a identificar la normativa nacional que impactó en el ejercicio libre y efectivo de este derecho, particularmente con relación a los contenidos y discursos que se acceden y difunden a través de internet.

Para alcanzar este objetivo se abordarán distintos discursos cuya regulación en Ecuador afectó el ejercicio de la libertad de expresión. A saber: las calumnias, injurias y el desacato; la apología del delito y el terrorismo; la violencia en línea; la responsabilidad de intermediarios en internet; la protección de datos personales; y, por último, los derechos de autor. Para cada regulación se analizará si las restricciones pueden considerarse legítimas a la luz de los estándares internacionales en la materia.⁶ Finalmente, se expondrán las tendencias encontradas a lo largo del estudio normativo y lo que se espera en un futuro cercano a partir de los proyectos de ley existentes.

Si bien este artículo se enfoca primordialmente en el desarrollo normativo relativo a la libertad de expresión *online*, es preciso aclarar que la libertad para expresar y difundir informaciones, ideas y opiniones en Ecuador no fue limitada exclusivamente a través de leyes sino a partir de un clima de permanente agresión y amenaza contra periodistas y opositores. En efecto, durante los últimos diez años, los discursos y pronunciamientos de las más altas autoridades del Estado, incluido el presidente de la República, crearon un ambiente de intolerancia y polarización que no facilita el debate público y que se tornó incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión como condición de toda democracia.

También debemos advertir que la producción legislativa en Ecuador es escasa en comparación con otros países de la región. Esto se explica no sólo porque Ecuador no es un gobierno federal, sino también porque durante los diez últimos años -correspondientes al gobierno de la “revolución ciudada-

⁶ Los organismos internacionales de protección han establecido que bajo determinadas circunstancias el derecho a la libertad de expresión puede estar sometido a restricciones que para ser consideradas legítimas deben estar previamente establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales, y buscar alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática. La Corte IDH ha implementado el test tripartito, por ejemplo, en 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, ¶ 36; y en Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 107, ¶¶ 120-121. Además, ha utilizado como base la jurisprudencia del TEDH, por ejemplo, de TEDH, “Handyside v. The United Kingdom”, sentencia del 07 de diciembre de 1976, ¶ 49, disponible en: <http://bit.ly/2F2tebC>

na”- la mayoría de las leyes aprobadas por el poder legislativo respondieron a proyectos que provenían del ejecutivo, según las cifras oficiales⁷. Si bien algunos legisladores presentaron proyectos de ley, en la práctica el ejecutivo se convirtió en el principal legislador. Debido a la aplastante mayoría del partido de gobierno en la Asamblea, por regla general los proyectos de la oposición no llegaron a convertirse en norma. Si bien las leyes aprobadas no son numerosas, fueron eficaces para inhibir el discurso libre y vigoroso sobre temas de interés público. Esa situación explica la ausencia de otros proyectos de ley.

III. El marco normativo que regula la libertad de expresión en Ecuador

1. Calumnias, injurias y los delitos de desacato

Antes de la promulgación de la LOC, la legislación penal era la principal herramienta para reprimir expresiones que resultaban molestas a funcionarios públicos. Hasta 2014, la normativa penal en Ecuador estaba regulada bajo un código que fue promulgado en 1971 y que durante los siguientes años intentó adaptarse a las nuevas exigencias legales a través de reformas y modificaciones. Uno de los principales problemas del anterior Código Penal radicaba, justamente, en sus disposiciones sobre injurias, calumnias y desacato. Éstas limitaban la expresión porque penalizaban aquellos discursos que ofendían, insultaban o amenazaban a un funcionario público en el desempeño de sus funciones. La norma era abiertamente contraria a los estándares interamericanos expresados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así como en el Principio 11 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, según el cual “las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos (...) atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”.⁸

El artículo 230 del anterior Código Penal establecía que la persona “... que con amenazas, amagos o injurias, ofendiere al Presidente de la República o al que ejerza la Función Ejecutiva, será reprimido con seis meses a dos años

⁷ En la última década hubo un total de 858 proyectos presentados (sobre todas las materias), de los cuales 160 se convirtieron en leyes publicadas en el Registro Oficial. 108 fueron iniciativa del Poder Ejecutivo.

⁸ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Comisión IDH, 2000, principio 11.

de prisión y multa de dieciséis a setenta y siete dólares...”.⁹ Conforme a los estándares internacionales en la materia, las normas que silencian las ideas y opiniones impopulares, reprimiendo el debate necesario para el efectivo funcionamiento de las instituciones democráticas, violan el derecho a la libertad de expresión y opinión.¹⁰ De esta manera, se penalizaba un discurso que resultaba chocante para un funcionario público, lo cual resultaba incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana porque imponía una responsabilidad ulterior innecesaria en una sociedad democrática.

Esta normativa fue duramente criticada e incluso se demandó su inconstitucionalidad, sin que la Corte Constitucional se haya pronunciado al respecto. Las preocupaciones sobre la vigencia de esta norma se radicalizaron en 2011 cuando el ex mandatario Rafael Correa presentó una demanda penal contra un periodista y tres directivos del diario *El Universo* a raíz de un artículo de opinión referido a una revuelta policial ocurrida el 30 de septiembre de 2010. La Corte Nacional de Justicia confirmó la sanción de tres años de prisión al periodista, condenó a los tres demandados a un pago de 30 millones de dólares y a la Compañía Anónima El Universo a otro de 10 millones de dólares.¹¹

Así, mientras varios países de la región despenalizaban progresivamente las leyes de desacato, en Ecuador éstas se utilizaban como principales herramientas para amedrentar a los medios de comunicación y generar un efecto inhibitorio, restringiendo de manera indirecta la libertad de expresión.

Respecto de la utilización de mecanismos penales para sancionar expresiones sobre cuestiones de interés público o sobre funcionarios públicos, ya la Corte IDH determinó que el derecho a libertad de expresión no es absoluto, pero en los casos en que se debate la acción de funcionarios públicos por su actividad oficial debe prevalecer este derecho. Por eso las leyes de desacato que proporcionan un mayor nivel de protección a los funcionarios públicos que al resto de los ciudadanos son contrarias al principio fundamental de un sistema democrático que promueve el escrutinio de cuestiones de interés público.¹²

Con la promulgación del COIP en febrero de 2014 varios de los deli-

⁹ Por su parte, el artículo 231 tipificaba el mismo delito en contra de funcionarios públicos cuando éstos se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, e imponía una prisión de quince días a tres meses y multa de ocho a cuarenta y siete dólares.

¹⁰ Comisión IDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, ¶¶197-212.

¹¹ Corte Nacional de Justicia, “Juicio No. 840-2011 MV”, sentencia del 27 de febrero de 2012, disponible en: <http://bit.ly/2szKa6U>

¹² Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne vs Chile”, sentencia del 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 135, ¶¶. 79- 95.

tos de desacato, incluyendo la injuria no calumniosa, fueron derogados. No obstante, la legislación penal ecuatoriana mantiene la tipificación del delito de calumnias que puede implicar una sanción de hasta dos años de prisión a la persona que “por cualquier medio” realice una “falsa imputación de un delito en contra de otra” (artículo 182). La sanción corresponde a lo que en otros países se conoce como la injuria judicial. La norma se caracteriza por su amplitud al momento de considerar los medios por los cuales se realiza la acusación, sumado a que no toma en cuenta la necesaria distinción respecto de informaciones que se pueden enmarcar dentro del interés público. Tal como la norma se encuentra tipificada, son varias las conductas que podrían entrar dentro del tipo penal. Una persona que presenta una denuncia contra un funcionario público en el marco de sus funciones oficiales y que finalmente resulta archivada por falta de prueba podría ser procesada por calumnia.

En Ecuador, la norma ya fue aplicada de manera abusiva para restringir la libertad de expresión. Por ejemplo, nueve miembros de la Comisión Cívica contra la Corrupción que pidieron a la Fiscalía que investigue sobreprecios en un proyecto de refinería, denuncia que acusaba al Contralor de omitir su deber de verificación, fueron demandados penalmente por este último y sentenciados a un año de prisión por el delito de calumnias.¹³

El derecho penal también se aplicó recientemente para procesar a un periodista cuya opinión molestó al ex presidente Correa. El procesado fue el periodista Martín Pallares - quien finalmente fue absuelto- de “4 Pelagatos”, medio digital de noticias políticas, comentarios y sátiras. El ex mandatario Rafael Correa interpuso contra él una demanda ya no por injurias, como en el caso de “El Universo”, sino por “expresiones de descrédito o deshonor”, contravención tipificada en el artículo 396.1 del COIP.¹⁴

La Corte IDH sostuvo que resulta desproporcionado el uso del derecho penal para proteger la honra de servidores públicos frente a las denuncias

¹³ Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, Proceso No. 17294-2017-00080, desistimiento de fecha 17 de agosto de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2Er1mgn>. Por solicitud del recién electo presidente Lenin Moreno, el Contralor desistió de la querella y la jueza debió declarar extinta la acción. Sin embargo, quedó intacto el precedente penal con todos sus efectos inhibitorios. Meses después, el Contralor se fugó del país cuando aparecieron pruebas que lo implicaron por corrupción, conforme habían denunciado los miembros de la Comisión.

¹⁴ Unidad Judicial de Contravenciones con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Juicio Contravenciones Penales No. 1751-2017-00262 seguido por Rafael Vicente Correa Delgado en contra de Juan Martín Pallares Carrión, sentencia de fecha 07 de marzo de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2Er1mgn>

relacionadas con el ejercicio de sus funciones.¹⁵ Sin embargo, en Ecuador se continúan utilizando los tipos penales con efectos similares a las leyes de desacato para silenciar el debate público y obstaculizar la fiscalización de los ciudadanos sobre las actuaciones de las autoridades.¹⁶

2. La apología del delito y el terrorismo

La ley penal también ha tipificado la apología del delito y el terrorismo, tipos penales cuya existencia no sería problemática si su redacción no fuera tan amplia como para generar un conflicto entre la libertad de expresión y la garantía del orden público.

El Código Penal de 1971¹⁷ determinaba únicamente una sanción pecuniaria a la persona que "... hiciere públicamente y por cualquier medio la apología del delito, o de un condenado por delito, por razón del acto realizado" (artículo 387). En cambio, el actual COIP reconoce el tipo penal como una contravención contra la seguridad pública y además sanciona la expresión con una pena privativa de libertad de quince a treinta días (artículo 365).¹⁸

El anterior Código Penal también contemplaba sanciones a los medios de comunicación que hicieran apología de delitos sexuales y de trata de personas, las cuales podían llegar hasta la clausura y reversión de las frecuencias o autorización para su funcionamiento; y la privación de libertad de tres meses a un año a los miembros de la fuerza pública por apología del delito de sedición.¹⁹

La tipificación de este delito busca proteger el orden público y la seguridad interna de un determinado Estado, evitando la realización de conductas que supongan una exaltación o incitación a actos ilícitos o personas condenadas por los mismos. Sin embargo, la ambigüedad del tipo penal en la normativa facilita una interpretación amplia que puede conllevar la sanción de conductas que no

¹⁵ Corte IDH, "Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela", sentencia del 03 de septiembre de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 249, ¶¶ 188 y 191.

¹⁶ Finalmente el periodista fue absuelto, en parte gracias a un ambiente de mayor independencia judicial que se vive desde que el ex presidente Rafael Correa dejó el poder. Pero los efectos inhibitorios del procesamiento penal no desaparecen, aunque no termine en una condena.

¹⁷ La anterior ley penal era una herencia de la dictadura en el país y, como tal, su aplicación resultaba anacrónica y contraria a los estándares internacionales respecto al principio de legalidad.

¹⁸ Art. 365, COIP 2014, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>. Apología.- La persona que por cualquier medio haga apología de un delito o de una persona sentenciada por un delito, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.

¹⁹ Artículo innumerado 19 después del artículo 520 y el artículo innumerado (602.5), Código Penal 1971 (no existe documento en línea de fuente oficial).

necesariamente generarían un daño. En posibles casos de incitación a la violencia -entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional- el presupuesto es la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba manifestando una opinión, por dura, injusta o perturbadora que sea, sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr este objetivo.²⁰ La normativa penal ecuatoriana no se ajusta a este estándar.

Algo similar sucede con la manera en la que estaba redactado el tipo penal de terrorismo. Tanto el anterior Código Penal como en el actual reconocen una pluralidad de actos y de fines atributivos, lo cual hace que cualquier acto político de un grupo de personas pueda encasillarse en el tipo penal. El artículo 160-A²¹ del anterior Código incluía varios espacios de indeterminación que permitían a la autoridad judicial completar los elementos subjetivos y objetivos, así como los verbos rectores del tipo. Tan amplia era la redacción de esta norma que el tipo penal incluía en cinco oportunidades la palabra etcétera, lo que demostraba su ambigüedad y abrió la puerta a interpretaciones amplias de la norma.

Al respecto, tanto la Corte IDH como la Comisión IDH determinaron que “... los legisladores deben observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer el principio de legalidad y en consecuencia procurar que los tipos penales se formulen de forma expresa, precisa, taxativa y previa, y así brindando seguridad jurídica al ciudadano”²². El tipo penal es tan amplio que se utilizó en Ecuador para procesar a cientos de personas en la última década, sobre todo a líderes indígenas en el marco de protestas sociales. Uno de los casos paradigmáticos de uso abusivo de esta norma penal se produjo cuando se aplicó para condenar a diez jóvenes conocidos como los 10 de Luluncoto, a quienes la Policía vigiló a raíz de publicaciones en redes sociales que incluían frases como “la violencia que generan los de arriba” o “los pueblos deben conquistar el poder”. Con base en esa evidencia, los jóvenes fueron detenidos en un departamento ubicado en Luluncoto, un barrio del sur

²⁰ Comisión IDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, 2010, ¶ 58; Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas...”, supra nota 6, ¶ 77.

²¹ Artículo innumerado agregado a continuación del artículo 160 mediante Decreto Supremo No. 1273, publicado en Registro Oficial 705 de 19 de diciembre de 1974, Código Penal 1971.

²² Corte IDH, “Caso Kimel Vs. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie CI No. 177. ¶ 63; Comisión IDH, “Criminalización de Defensoras y Defensores de DDHH”, Doc. No. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15, 31 de diciembre de 2015, ¶ 57.

de la capital. A las publicaciones en redes sociales se sumaron evidencias como celulares, cartucheras de cosméticos, billetes, monedas, una carpeta del Grupo de Combatientes Populares (GCP), camisetas rojas del “Che” Guevara, discos de música de protesta y botas de caucho. Esos fueron elementos de convicción para que, sin haber realizado acto alguno, se los procesara y condenara a prisión por el delito de tentativa de terrorismo²³.

Actualmente, el COIP corrige gran parte de la indeterminación del anterior tipo penal y redefine al terrorismo como la conducta que provoca o mantiene “... en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas...”. Aunque no existe una definición aceptada internacionalmente de terrorismo, el actual tipo penal mantiene todavía una estructura laxa y genérica que permite considerar como terrorismo ciertas actividades de difusión de información o de protesta social.

Al respecto, la Corte IDH estableció que *la tipificación [del delito de terrorismo] implica que la conducta inculpada esté delimitada de la manera más clara y precisa posible. En esa tipificación, la especial intención o finalidad de producir temor en la población en general es un elemento fundamental para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo es y sin el cual la conducta no sería típica*²⁴.

De lo contrario, se vulneraría el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana.

En el mismo sentido, el Consejo de Derechos Humanos estableció que los delitos tipificados como actos terroristas deben tener una definición con criterios transparentes y previsibles²⁵ para no obstaculizar el ejercicio pleno de la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica. Ecuador aún tiene pendiente adecuar su normativa penal interna en materia de terrorismo para cumplir estos estándares.

²³ Juzgado Décimo de Garantías Penales de Pichincha, Juicio No. 17260-2012-0570, Auto de llamamiento a juicio de fecha 25 de julio de 2012, disponible en: <http://bit.ly/2Er1mgn>

²⁴ Corte IDH, “Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile”, sentencia del 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 279, ¶ 171.

²⁵ ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Protección de los defensores de los derechos humanos, A/HRC/RES/22/6, p. 3.

3. Violencia en línea: discriminación, discurso de odio y pornografía infantil

En materia de regulación de internet y violencia *en línea*, Ecuador aún se encuentra en una etapa gestacional. Por esta razón, los tipos penales que sancionan la discriminación, el discurso de odio o la pornografía infantil se mantuvieron regulados en la misma normativa penal. Por ejemplo, tanto el anterior Código Penal (1971) como el actual COIP (2014) tipifican el delito de discriminación sin distinguir el medio a través del cual se comete²⁶. De la misma forma, la LOC (en sus artículos 61 y 62) prohíbe la difusión de contenidos discriminatorios a través de los medios de comunicación tradicionales.

Aunque la actual normativa amplió las categorías de discriminación sin limitarse a “raza u origen étnico” como lo hacía la anterior, el tipo penal del COIP así como la prohibición administrativa de la LOC mantienen una amplitud tal que podrían permitir la sanción de otro tipo de conductas o expresiones. Al respecto, la CIDH ha determinado que los tipos penales deben estar formulados “... sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos e inequívocos, que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos que no constituyen delitos”.²⁷ El mismo estándar debería aplicarse para las sanciones administrativas.

En el caso de los delitos de odio, el anterior Código Penal tipificaba tanto la incitación al odio como los actos de violencia moral o física de odio “... en razón del color de piel, raza, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad”.²⁸ El actual COIP unifica esos tipos y agrega además otras

²⁶ Art. 212-A, Código Penal 1971: Será sancionado con prisión de seis meses a tres años: 1) El que, por cualquier medio, difundir ideas basadas en la superioridad o en el odio racial [...]; Art. 176, COIP 2014: Discriminación.- La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

²⁷ CIDH, “Criminalización de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15, 31 de diciembre de 2015, ¶ 243.

²⁸ Arts. innumerados, Capítulo ... De los Delitos de Odio, Código Penal 1971.

categorías de discriminación.²⁹ En este sentido, el primer caso de delito de odio que ha sido llevado ante los tribunales nacionales fue el Caso Arce, en el cual un afroecuatoriano que ingresó a una academia militar fue discriminado y los actos de violencia de los que fue víctima, por su gravedad, se configuraron como un delito de odio.³⁰

Con relación a la regulación de ambos tipos penales en el entorno digital, un día antes de dejar la presidencia, el ex mandatario Rafael Correa envió a la Asamblea Nacional un proyecto de ley que Regula los Actos de Odio y Discriminación en Redes Sociales e Internet. El proyecto de ley no crea nuevos tipos o delitos, sino que se basa en aquellos tipificados en el COIP³¹, pero impone a las redes sociales y a los proveedores de internet una carga excesiva de obligaciones irracionales.

Uno de los aspectos preocupantes es que el proyecto incentiva a que las empresas remuevan o bloqueen el acceso al contenido manifiestamente ilegal en un plazo de 24 horas contadas desde la recepción del reclamo, sin permitir a los usuarios un control sobre estos mecanismos de retirada de contenido (artículo 5, numeral 2).

Es claro que quien redactó el proyecto desconoce la arquitectura original de internet, que se funda en varios principios rectores como: el libre acceso, el pluralismo, la no discriminación, la privacidad y, particularmente, la neutralidad en la red. Ésta reconoce a los usuarios la libertad de acceder, utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal por medio de internet, sin que se encuentren condicionados, direccionados o

²⁹ Art. 177, COIP 2014: Actos de odio.- La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH...

³⁰ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Juicio No. 17721-2014-1331, sentencia del 15 de julio de 2016; Corte Provincial de Pichincha del Ecuador, Sala Penal, Juicio No. 17124-2014-0585, sentencia del 09 de marzo de 2017, disponibles en: <http://bit.ly/2Er1mgn>

³¹ El artículo 2 del Proyecto señala que éste tiene por objeto regular acciones de los intermediarios que deben adoptar para el tratamiento de contenido o información que constituya actos de discriminación o de odio de conformidad con los artículos 176 y 177 del COIP.

restringidos por medidas de bloqueo, filtrado o interferencia.³²

Sobre las medidas de bloqueo, los Relatores para la Libertad de Expresión en su reciente Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas” (“Fake News”), Desinformación y Propaganda reiteraron que *[e]l bloqueo de sitios web enteros, direcciones IP, puertos o protocolos de red dispuesto por el Estado es una medida extrema que solo podrá estar justificada cuando se estipule por ley y resulte necesaria para proteger un derecho humano u otro interés público legítimo, lo que incluye que sea proporcionada, no haya medidas alternativas menos invasivas que podrían preservar ese interés y que respete garantías mínimas de debido proceso.*³³

Sobre este aspecto, la CIDH determinó que es indispensable evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en internet bajo una perspectiva sistémica digital. Esto significa que en toda medida se deberá ponderar el impacto (o costo) que ésta podría tener en el funcionamiento general de la red y en la libertad de expresión de todo el conjunto de usuarios, más allá de su resultado y el punto de vista de los particulares afectados.³⁴

De igual manera, es preocupante que la adopción de este tipo de medidas que propone el proyecto no se encuentre finalmente controlada por los usuarios a través de garantías mínimas de debido proceso como la transparencia de la medida y los mecanismos de contra-notificación. Los actores privados también tienen la obligación de ser transparentes con las medidas que adoptan y de establecer sistemas que permitan a los usuarios

³² Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 01 de junio de 2011, Punto 5 (a).

³³ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas” (“Fake News”), Desinformación y Propaganda, Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 07 de marzo de 2017, Punto 1.f; Declaración Conjunta sobre libertad de expresión e Internet, supra nota 32, Punto 3.a.

³⁴ CIDH. Relatora Especial para la Libertad de Expresión. *Libertad de Expresión e Internet*, 2013, ¶ 53.

aplicar mecanismos internos de defensa y acceder a reparaciones eficaces; de lo contrario, la medida constituirá una forma de censura previa y, como tal, no representaría una restricción justificada a la libertad de expresión.³⁵

Si el usuario directamente afectado por la medida o el conjunto de usuarios como interesados directos de la aplicación de este tipo de medidas no conocen [1] qué expresión fue suprimida; [2] cuál fue el mecanismo utilizado; [3] cuál es la justificación de la medida; y [4] qué medida de contra-notificación se encuentra disponible, no podrán ejercer el control final sobre las decisiones de los intermediarios y en consecuencia contrarrestar cualquier acción discriminatoria.³⁶ Además, el proyecto omite un principio esencial para contenidos en línea que pueden resultar chocantes o perturbadores para un sector en particular de la sociedad y como tales no merecen ser bloqueados o eliminados de la red. Mientras que el conjunto de expresiones y discursos *online* no se verifiquen como discursos abiertamente ilícitos tales como la apología del odio, la propaganda de guerra, la incitación directa al genocidio y la pornografía infantil, la autorregulación resulta una de las herramientas más efectivas para abordar cualquier expresión injuriosa.³⁷ Únicamente la autoridad competente podrá desvirtuar la cobertura *ab initio* de un discurso a través de la prueba actual, cierta, objetiva y contundente.³⁸

Finalmente, en relación con la pornografía infantil, ésta se encuentra prohibida por el Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante CNA) y tipificada en el COIP dentro del delito de trata de personas como una forma

³⁵ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, supra nota 32, Punto 3 (b); Declaración Conjunta Sobre Internet y sobre Medidas Anti-Terroristas, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión. 21 de diciembre de 2005; Declaración Conjunta sobre Wikileaks, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 21 de diciembre de 2010, Punto 5.

³⁶ Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27, 16 de mayo de 2011, ¶ 76; Nunziato, Dawn Carla. "Preservar la libertad en Internet en las Américas". CELE. *Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2012, p. 20.

³⁷ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, supra nota 32, Punto 1 (e).

³⁸ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27, supra nota 36, ¶ 70; Corte IDH, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas...", supra nota 6, ¶ 77.

de explotación³⁹. En el ámbito administrativo, la LOC establece una prohibición de cualquier tipo de publicidad o propaganda de pornografía infantil a los medios de comunicación.⁴⁰

El CNA determina que la pornografía infantil “... es toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña y adolescente en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas; o de sus órganos genitales, con la finalidad de promover, sugerir o evocar la actividad sexual”.⁴¹

Tomando en consideración que el Consejo de Derechos Humanos ha afirmado que “los mismos derechos que las personas tienen *offline* también deben ser protegidos en línea...”,⁴² en el caso que nos ocupa, los derechos a la integridad personal de niños, niñas y adolescentes, es posible afirmar que la amplia cobertura que establece el CNA a cualquier medio por el cual se cometa el delito, se traduce en que éste abarca asimismo los medios digitales.

4. Responsabilidad de intermediarios en internet

La legislación ecuatoriana no reguló expresamente los supuestos de responsabilidad de intermediarios por los contenidos en línea. Sin embargo, a través de la LOC y su Reglamento se generó un espacio para responsabilizar a los medios de comunicación por contenidos de terceros, incluyendo lo que éstos difunden a través de sus portales.

Entre los aspectos más cuestionados de la LOC se encuentra su regulación de la opinión. En sus artículos 3 y 17, la Ley de Comunicación otorga a una Superintendencia el control sobre opiniones producidas, recibidas, difundidas e intercambiadas a través de medios de comunicación. La legislación es tan incompatible con una sociedad democrática que se aplicó incluso para sancionar a caricaturistas.⁴³

A esto se suma la cuestionable definición de la censura previa contenida en la LOC, cuyo artículo 18 incluye como una forma de censura previa la omisión deliberada y recurrente de la difusión de información catalogada como de interés público e impone una sanción administrativa. La norma

³⁹ Art. 91, COIP, *supra* nota 14.

⁴⁰ Art. 94, LOC 2013, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>

⁴¹ Art. 69, Código de la Niñez y Adolescencia 2003, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>

⁴² Consejo de Derechos Humanos, *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, A/HRC/32/L.20, 27 de junio de 2016, punto 1.

⁴³ Superintendencia de la Información y Comunicación, Trámite No. 002-INPS-DNJPO-SUPERCOM-2014 en contra de Rodrigo Xavier Bonilla Zapata (Caso “Bonil”) Diario El Universo, 10 de enero de 2014.

fue ampliamente utilizada como fundamento para procesar a medios de comunicación que no cubrieron asuntos de interés del partido de gobierno o de uno de sus funcionarios, así como para obligar a los medios a difundir de forma exclusiva la “verdad” oficial.

Además, en su artículo 26, la LOC prohíbe la difusión de información que, de manera directa o a través de terceros, sea producida de forma concertada y publicada reiterativamente a través de uno o más medios de comunicación con el propósito de desprestigiar a una persona natural o jurídica o reducir su credibilidad pública, conducta que denomina “linchamiento mediático”.

La vigencia de la LOC concedió al ejecutivo amplias facultades para limitar las expresiones críticas de su gestión y generó enormes presiones en los medios de comunicación, en algunos casos comprometiendo su supervivencia.

Si bien la LOC expresamente señala que “... no regula la información u opiniones que de modo personal se emitan a través de [la red]” (artículo 4), sí advierte que los contenidos de los medios “pueden ser generados o replicados por el medio de comunicación a través de internet” (artículo 5). Esta disposición fue ampliada por su reglamento general que reconoció como medios de comunicación a las plataformas electrónicas en las que se difunda información del medio “... que distribuy[a] contenidos informativos y de opinión” (artículo 3).

Con relación a las obligaciones del medio y sus portales de internet, la Ley establece un régimen de responsabilidad condicionada respecto a los comentarios de los usuarios en dichas páginas⁴⁴, que finalmente se traduce en un régimen de responsabilidad objetiva. Establece que los comentarios de los usuarios del portal son directamente atribuibles al proveedor de contenido, aún cuando este último no haya participado en los mismos, cuando incumple con las obligaciones de: (i) informar de manera clara al usuario sobre su responsabilidad personal respecto de los comentarios emitidos, (ii) generar mecanismos de registro de los datos personales que permitan su identificación, o (iii) diseñar e implementar mecanismos de autorregulación que eviten la publicación y permitan la denuncia y eliminación de contenidos

⁴⁴ Art. 20, LOC, *supra* nota 40: [...] Los comentarios formulados al pie de las publicaciones electrónicas en las páginas web de los medios de comunicación legalmente constituidos serán responsabilidad personal de quienes los efectúen, salvo que los medios omitan cumplir con una de las siguientes acciones: 1. Informar de manera clara al usuario sobre su responsabilidad personal respecto de los comentarios emitidos; 2. Generar mecanismos de registro de los datos personales que permitan su identificación, como nombre, dirección electrónica, cédula de ciudadanía o identidad, o; 3. Diseñar e implementar mecanismos de autorregulación que eviten la publicación, y permitan la denuncia y eliminación de contenidos que lesionen los derechos consagrados en la Constitución y la ley. [...]

que lesionen los derechos consagrados en la Constitución y la ley.

A simple vista, la primera obligación no parece desproporcionada ya que este tipo de *disclaimers* y advertencias justamente permiten al medio explicar a los internautas que la responsabilidad por sus comentarios en el portal será individual. Sin embargo, respecto a la segunda obligación, resulta absurdo pensar que el medio pueda generar un mecanismo que le permita identificar y a su vez asegurarse que la persona detrás del comentario sea la misma que registra sus datos personales. Claramente esta disposición desconoce la arquitectura original de internet y además la posibilidad del uso del anonimato como protección de las personas para no ser molestadas a causa de sus opiniones y poder buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.⁴⁵ El actual Relator Especial para la Libertad de Expresión, David Kaye, se pronunció con preocupación sobre las disposiciones de la LOC afirmando que “... esta responsabilidad de los intermediarios resultará en políticas para el registro con nombres reales, lo que menoscaba el anonimato o en la supresión total de publicaciones en los sitios web que no pueden permitirse implementar procedimientos de control, lo que perjudicaría a los medios independientes y más pequeños”.⁴⁶

La tercera obligación resulta aún más alarmante puesto que exigir al medio de comunicación diseñar e implementar mecanismos de autorregulación que eviten la publicación y permitan la denuncia y eliminación de contenidos que lesionen derechos, demanda del intermediario una excesiva capacidad jurídica para ponderar derechos e interpretar la ley. Al respecto, el anterior Relator Frank La Rue determinó que aún en el supuesto de que los intermediarios cuenten con la capacidad operativa y técnica para revisar los contenidos publicados por los internautas, “... tampoco tienen, ni tienen que tener, el conocimiento jurídico necesario para identificar en qué casos un contenido puede efectivamente producir un daño antijurídico que debe ser evitado”.⁴⁷

Incluso en la criticada sentencia del TEDH en el caso del portal de noticias “Delfi” en Estonia se estableció que el actor privado estaría obligado a adoptar mecanismos para remover comentarios sin demora únicamente en

⁴⁵ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 22 de mayo de 2015, A/HRC/29/32 , ¶ 1.

⁴⁶ *Ibíd.*, ¶ 54.

⁴⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/HRC/17/27, *supra* nota 36, ¶ 42.

los casos donde el proveedor de contenido se considera un intermediario activo, es decir, que es el único que tiene los medios técnicos para modificar o eliminar los comentarios de los usuarios; y cuando la forma de los comentarios representan daño grave e inminente a través de discursos de odio o amenazas directas contra la integridad física de los individuos.⁴⁸

A esto se suma el mencionado proyecto de ley para regular contenidos en redes sociales a través del cual se pretende imponer responsabilidad a estas plataformas por no dar de baja inmediatamente contenidos supuestamente ilícitos. Como veremos, el Proyecto de Ley que Regula los Actos de Odio y Discriminación en Redes Sociales e Internet impone a las redes sociales una carga excesiva de obligaciones. En primer lugar, es claro que quien redactó y remitió el proyecto tiene un gran desconocimiento sobre la manera en la que operan los intermediarios en internet. No sólo impone un control excesivo a estos actores, sino que confunde en una sola categoría mal llamada “proveedores de servicios de redes sociales” (artículo 2) a los proveedores de servicio de internet (conocidos como ISP por sus siglas en inglés) y a las plataformas de redes sociales.

Si bien diferentes organismos han clasificado de manera distinta a los intermediarios en la red,⁴⁹ existen diferencias técnicas importantes entre quienes custodian la infraestructura física necesaria para acceder a la totalidad de los contenidos, servicios y aplicaciones en internet (ISP) y los actores privados, también llamados *web 2.0 applications* que tienen como característica principal animar a las personas a conectarse e interactuar con otros usuarios y compartir contenido en línea.⁵⁰

⁴⁸ El portal de noticias *Delfi* era considerado un ejemplo de intermediario activo porque, [1] creaba contenido para que sus usuarios respondan al mismo; [2] una vez que una respuesta al contenido era subida por algún usuario, los autores reales de los comentarios no podían modificar o eliminar sus comentarios; y [3] solo el portal era quien tenía los medios técnicos para modificar o eliminar los comentarios subidos al mismo. Vid. TEDH, “*Delfi AS v Estonia*”, sentencia de 16 de junio de 2015, ¶¶ 144, 145, 159; Véase. TEDH, “*Lehideux and Isorni v. France*”, sentencia de 23 de septiembre de 1998, ¶¶ 47 y 53; “*Pavel Ivanov v. Russia*”, sentencia de 20 de febrero de 2007, disponibles en: <http://cmiskp.echr.coe.int/>

⁴⁹ Article 19 distingue entre proveedores de servicio de internet, de alojamiento web, plataformas de medios sociales y motores de búsqueda; el Ex Relator Especial Frank La Rue identificó a los ISPs, motores de búsqueda, “*blogging services*”, comunidades en línea y plataformas de medios sociales; en contraste, la OCDE identificó a los procesadores de datos, intermediarios de comercio electrónico, sistemas de pago por internet y a las plataformas de redes participativas como intermediarios de Internet relevantes.

⁵⁰ Article 19, *Internet Intermediaries. Dilemma of Liability*, 2013, p.6; Mackinnon, Rebecca y otros, *Fostering Freedom Online. The Role of Internet Intermediaries*, UNESCO, 2013, p. 22.

Dentro del conjunto de obligaciones irracionales que el proyecto pretende imponer a los “proveedores de servicios de redes sociales” se encuentran: (i) el establecimiento de un procedimiento eficaz para solventar reclamos o reportes sobre contenido ilegal (artículo 5), (ii) la elaboración de un informe trimestral en relación a la gestión de estos reclamos o reportes (artículo 3), y (iii) la designación de un agente interno con residencia permanente en Ecuador para cumplir con estas obligaciones (artículo 7).

Además de pretender que estos “proveedores de servicio” se conviertan en guardianes de todo el contenido digital, el proyecto les asigna una responsabilidad excesiva al obligarlos a examinar la presunta ilegalidad de todos los contenidos denunciados en línea, cuando el intermediario no está -ni debería estar- en una posición jurídica como para tener que tomar decisiones sobre la licitud o no de los contenidos subidos a la red.⁵¹ Justamente, por esta falta de capacidad jurídica, la mayoría de los estados imponen responsabilidad cuando estos actores privados no retiran el contenido tras recibir una orden judicial. Al respecto, la CIDH citando el punto 2.b de la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet determinó que *[c]uando se trata de intermediarios de internet, es conceptual y prácticamente imposible, sin desvirtuar toda la arquitectura de la red, sostener que los intermediarios tengan el deber legal de revisar todos los contenidos que circulan por su conducto o presumir razonablemente que, en todos los casos, está bajo su control evitar el daño potencial que un tercero pueda generar utilizando sus servicios. A este respecto, resulta claro que los intermediarios no deben estar sujetos a obligaciones de supervisión de los contenidos generados por los usuarios con el fin de detener y filtrar expresiones ilícitas.*⁵²

En la práctica, una red social como Facebook, Instagram, o Twitter que recibe cientos o miles de comentarios y publicaciones en un solo día, debería contar con un elevado personal técnico especializado en la determinación de contenidos ilícitos para monitorear cada denuncia sobre un contenido en específico. “La decisión de eliminar contenidos expresados por terceras personas a través de internet requeriría de un conocimiento jurídico muy elevado que permita identificar con claridad los casos de contenidos real-

⁵¹ Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27, *supra* nota 36, ¶ 42.

⁵² CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Libertad de Expresión...* *supra* nota 34, ¶ 96.

mente antijurídicos o discriminatorios, capaces de producir daños o lesionar derechos que los medios están obligados a evitar”⁵³.

Frente a tan estrictos estándares, ante la incertidumbre sobre una eventual responsabilidad respecto de contenidos controversiales o chocantes, y ante el alto costo que implicaría tener la capacidad jurídica de analizar objetivamente la ilicitud o no de un contenido en línea en un tiempo irrazonable, es lógico que una plataforma de red social prefiera remover un contenido presuntamente ilícito antes que arriesgarse a una eventual responsabilidad, que en la práctica resulta calificándose como responsabilidad objetiva.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones anteriormente referidas puede representar sanciones administrativas que van entre los cien y quinientos salarios básicos unificados. Es claro que la intención y estrategia del estado ecuatoriano es la de utilizar a los intermediarios como puntos de control para finalmente minimizar progresivamente el espacio de debate en el entorno digital. Finalmente, a los estados les resulta más fácil identificar y coaccionar a los actores privados antes que a los responsables directos del contenido en línea, tanto por la dificultad de identificarlos como por la posibilidad de que se encuentren en distintas jurisdicciones, sea físicamente o porque actúan a través de un servidor con una dirección IP simulada. En este sentido, la CIDH resaltó ha resaltado que “existe un mayor incentivo económico en buscar la responsabilidad de un intermediario que en buscar la de un usuario individual”⁵⁴, lo que claramente se verifica con la cuantiosa sanción administrativa que puede imponer una dependencia del ejecutivo. En ese intento de regular a como dé lugar las expresiones que se difunden en la red, resultaría absurdo pensar que Ecuador pudiese llegar a aplicar en la práctica un régimen de sanciones administrativas extraterritorialmente y, además, imponer una serie de obligaciones a actores privados que se encuentran por fuera de su jurisdicción.

Sin duda, tanto la discriminación como los discursos de odio *online* merecen ser combatidos en la red y, en consecuencia, se debe exigir la actuación de las empresas con la debida diligencia frente a los derechos humanos. No obstante, este actor privado no debería ser responsabilizado a menos que la empresa intermediaria de internet intervenga específicamente en los contenidos ilícitos o se niegue a cumplir una orden judicial que exija

⁵³ Salazar, Daniela. “El Impacto de la Ley Orgánica de Comunicación en Internet”, *Regulación de Internet y Derechos Digitales en Ecuador*, Quito, 2016, p. 142.

⁵⁴ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Libertad de Expresión...* *supra* nota 34, ¶ 93.

su eliminación.⁵⁵ En los términos en los que está planteado, el proyecto de ley se traduce en un peligroso incentivo para la censura privada, como ya sucedió con las disposiciones de la LOC que imponen similares obligaciones a los medios de comunicación que tenían espacios para comentarios en línea.

Con base en estos antecedentes, tanto la responsabilidad que impone la LOC a los portales de los medios de comunicación social como la responsabilidad que pretende imponer el Proyecto de Ley a las plataformas de redes sociales vulneran el principio de mera transmisión, reconocido tanto en los Principios Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios (en adelante Principios Manila) como en la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet (en adelante Declaración Conjunta).

Los Principios Manila establecen que “[l]os intermediarios deberían ser inmunes a la responsabilidad por contenido de terceros en circunstancias en las que no han estado involucrados en la modificación de dicho contenido” (principio 1.b). Por su parte, la Declaración Conjunta determina que

[n]inguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (punto 2.a).

5. Protección de datos personales y “derecho al olvido”

La protección a la intimidad y datos personales empezó a debatirse formalmente en Ecuador a través de un proyecto de ley en 2010. Éste buscaba garantizar la protección de los derechos a la intimidad y privacidad a través de la regulación del manejo de los datos personales al alcance de terceros en virtud de la expansión tecnológica.⁵⁶ Aunque el proyecto de ley fue archivado en primer debate por carecer de la condición y alcance jerárquico de ley orgánica,⁵⁷ en julio de 2016 se presentó otro similar llamado Proyecto de Ley Orgánica de Protección de los Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre Datos Personales.

⁵⁵ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, supra nota 32, Punto 2.

⁵⁶ Proyecto de Ley de Protección a la Intimidad y a los Datos Personales 2010, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>.

⁵⁷ Asamblea Nacional. Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, Informe para segundo debate del Proyecto a la Ley de Protección a la Intimidad y a los Datos Personales, 07 de mayo de 2012.

Este proyecto presenta varios aspectos preocupantes que, aunque parezca contradictorio, eran parte del conjunto de observaciones por las cuales el primer proyecto fue archivado. Por ejemplo, establece la creación innecesaria de un organismo administrativo-burocrático de imposición de sanciones con presencia nacional.⁵⁸ Sobresale del proyecto de ley: [1] la posibilidad del ejecutivo de bloquear temporal o definitivamente a los sistemas informáticos, páginas web, blogs o similares en nombre de la protección de datos personales, y [2] la apertura al “derecho al olvido” a través de la suspensión de un contenido que resulta total o parcialmente inexacto.

Uno de los puntos de amplio debate durante el primer proyecto de ley fue la creación de un órgano administrativo para la protección de datos personales manejados por terceros, por sus amplias potestades tanto de control y supervisión como de imposición de sanciones civiles. No obstante, en el segundo proyecto se crea nuevamente la figura de una Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales como ente de la función ejecutiva (artículo 11), al que se le atribuyen facultades que deberían reservarse a una autoridad judicial. En el actual proyecto, además de determinar las responsabilidades de las infracciones a la ley, el ente administrativo tiene la facultad de imponer sanciones que podrían resultar desproporcionadas y excesivas. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ya se había pronunciado al respecto cuando analizó la LOC. Cuestionó al Ecuador argumentando que, “el establecimiento de instancias administrativas, con autoridad para establecer controles, límites y sanciones que puedan afectar sustancialmente el ejercicio de [1] (...) derecho a la libertad de expresión [...], resulta problemático desde la perspectiva de los artículos 13, 8 y 25 de la Convención Americana”,⁵⁹ más aún cuando es un organismo adjunto al Ejecutivo.

Además de la falta de autonomía del ente administrativo, resulta preocupante la facultad de la “Autoridad Nacional” de bloqueo temporal o definitivo dado que este poder no se limita exclusivamente a las bases de datos sino que afecta a la totalidad de los sistemas de información (artículo 12.3). A esto debe sumarse el hecho de que la referida potestad está planteada en términos amplios, sin que se determinen los casos habilitantes o las excepciones, como podrían ser los discursos de interés público y otros discursos protegidos. Tampoco se fija en la norma un procedimiento sancionatorio, sino que se lo deja en manos de la autoridad administrativa, lo que abre la puerta a posibles

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Carta a Ecuador del 28 de junio de 2013, p. 3, disponible en: <http://bit.ly/2BZrLnO>.

arbitrariedades (artículo 28). Dado que las medidas de bloqueo pueden afectar otros derechos como el acceso a la información de interés público, en su Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, los Relatores han establecido que esta restricción solo será excepcionalmente admisible bajo los estrictos términos del artículo 13 de la CADH.⁶⁰ En este sentido, la Relatoría Especial de la CIDH ha establecido que estas medidas deben contar con salvaguardas que eviten el abuso por parte de la autoridad, tales como “la transparencia respecto de los contenidos cuya remoción haya sido ordenada, así como información pormenorizada sobre su necesidad y justificación. A su vez, (...) debe ser adoptada solamente cuando sea la única medida disponible para alcanzar una finalidad imperativa y resultar estrictamente proporcionada al logro de [la misma]”⁶¹. Finalmente, aunque la condición del bloqueo se basa en la existencia de un “riesgo cierto de afectación a los derechos constitucionales” (artículo 12.3), esto resulta en una declaración ambigua que se puede prestar a una amplia interpretación por parte de la autoridad administrativa, vulnerando la dimensión colectiva de la libertad de expresión.

De igual manera, el marco normativo del proyecto abre la posibilidad de que un particular solicite directamente al responsable del almacenamiento de la información suprimir un determinado contenido que resulte total o parcialmente inexacto (artículo 8), es decir, permite la incorporación de la desindexación de datos o el “derecho al olvido”. Esta figura, que fue formalmente introducida a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJCE), establece la obligación del motor de búsqueda de eliminar vínculos a páginas web de la lista de resultados obtenida a partir del nombre de una persona, aún en el supuesto de que esta información no sea eliminada previa o simultáneamente de éstas y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.⁶² Bajo la creciente importancia de la ley de protección de datos personales y al intentar garantizar una protección eficaz y completa al derecho a la intimidad, se ha utilizado este mecanismo como un medio para restringir ilegítimamente el acceso a la información de dominio público.⁶³ Sobre esta discusión, el Relator para la Libertad de Expresión, David Kaye manifestó que

⁶⁰ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, *supra* nota 32, Punto 3 a)

⁶¹ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Libertad de Expresión...* *supra* nota 34, ¶ 87.

⁶² TJCE, “Google Spain S.L., Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014, ¶ 88, disponible en: <http://bit.ly/1fPvM8J>

⁶³ Article 19, *Freedom of expression and the private sector in the digital age*, 2016, p. 9.

*el alcance y la aplicación del [derecho al olvido] pone de relieve cuestiones relativas a cómo alcanzar el equilibrio adecuado entre el derecho a la vida privada y la protección de datos personales, por un lado, y el derecho a buscar, recibir y difundir información que incorpore ese tipo de datos, por otro.*⁶⁴

Adicionalmente, es importante considerar cómo varios países latinoamericanos han intentado replicar la decisión del TJCE, en donde la amenaza recae en la baja de información considerada como personal o de intimidad que resulta de interés público.⁶⁵ Por ejemplo, en 2015, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales de México (INAI) ordenó a Google retirar un enlace de una revista que vinculaba a un empresario con actos de corrupción. Asimismo, en junio de 2016, la Dirección General de Datos Personales de Perú ordenó a Google desindexar ciertos resultados relativos a una acusación penal y fijó una multa ante la negativa. De manera similar, la Corte Suprema de Chile ordenó eliminar de los motores de búsqueda de un medio de comunicación la noticia sobre un hecho delictivo publicado hace más de una década⁶⁶. Un denominador común de los casos referidos es la falta de comprensión sobre el concepto y los efectos de la aplicación del denominado “derecho al olvido”, que se utilizó como una herramienta comercial para retirar contenido “incómodo” de figuras públicas.⁶⁷

Por la manera en la que está redactada la norma en el proyecto de ley y considerando el contexto ecuatoriano, una figura pública que quiera eli-

⁶⁴ Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, A/HRC/32/38, 11 de mayo de 2016, ¶ 42.

⁶⁵ Simon, Farith y otros, “Observaciones al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de los Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los Datos Personales” en: *Regulación de Internet y Derechos Digitales en Ecuador*, Editorial USFQ – Colección Iuris Dictio, 2016, p. 261.

⁶⁶ R3D (Red en defensa de los Derechos Digitales), “Ganamos! Tribunal anula resolución del INAI sobre el falso «derecho al olvido»”, R3D México, 24 de agosto de 2016, disponible en: <https://r3d.mx/2016/08/24/amparo-inai-derecho-olvido/>; Díaz, Marianne, “Derecho al olvido” en Latinoamérica: un paso hacia delante, dos pasos hacia atrás”, *Derechos Digitales*, 25 de agosto de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2Cka9ig>; Poder Judicial República de Chile, “Corte Suprema aplica Derecho al Olvido y ordena a medio de comunicación eliminar registro de noticia”, *Noticias del Poder Judicial*, 22 de enero de 2016, disponible en: <http://bit.ly/1KQGVYa>

⁶⁷ Véase, CSJN, “María Belén Rodríguez c. Google Inc”, sentencia del 28 de octubre de 2014; CNCiv., “Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro”, sentencia del 10 de agosto de 2010.

minar o desindexar información en defensa de la protección del honor (un derecho consagrado en la Constitución), podría utilizar esta causal para solicitar la baja de columnas de opinión o noticias que podrían constituir contenidos de interés público. Finalmente, cabe preguntarse si es necesaria la incorporación de esta figura. El derecho a la intimidad o privacidad podría protegerse a través de medidas menos restrictivas, evitando una suspensión innecesaria en el entorno digital que terminaría vulnerando el principio de neutralidad en la red.

La protección de datos personales es una herramienta necesaria para la promoción del progreso tecnológico, el desarrollo de contenidos en línea y del comercio electrónico pero puede tornarse en un instrumento que desincentiva el desarrollo de la industria digital en razón de las restricciones, controles y requisitos que la normativa podría exigir.⁶⁸

6. La protección a los derechos de autor

Como último punto, Ecuador mantuvo una legislación silenciosa con respecto a la regulación de la propiedad intelectual: no ha tenido la necesidad de exigir su aplicabilidad para efectuar desmontajes por alegadas violaciones de derechos de autor. En su mayoría, los desmontajes han sido en aplicación de la Sección 512 del Digital Millenium Copyright Act⁶⁹ (DMCA), a partir de la cual el gobierno⁷⁰ ha exigido permanentemente la baja de contenidos en línea que le resultaban incómodos.

Las normas que se han encargado de regular lo relativo a la propiedad intelectual e industrial en el Ecuador han sido la derogada Ley de Propiedad Intelectual (1998) y el actual Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos (2016), conocido como Código de Ingenios.

En relación con el entorno digital, la Ley de Propiedad Intelectual regulaba el derecho de reproducción, en el cual se incluía la fijación o la réplica de la obra por cualquier medio o procedimiento "... conocido o por conocerse" (Artículo 21). La norma no sólo incluía la reproducción a través de medios digitales sino que además reconocía tecnología por desarrollarse. El artículo 83 de la Ley establecía 11 casos mediante los cuales se puede hacer uso de

⁶⁸ Simon, Farith y otros, "Observaciones al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de los Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los Datos Personales"... *supra* nota 65, p. 261.

⁶⁹ House of Representatives, 2281 The Digital Millennium Copyright Act, 1998, §512.

⁷⁰ Directamente (a través de la Secretaría de Comunicación) o contratando a la empresa "Ares Rights".

una obra protegida por derechos de autor sin la autorización del titular.⁷¹ Si bien estas excepciones podrían asimilarse a la doctrina del uso justo o *fair use*, esta última va más allá de una lista taxativa y establece, además, parámetros de valoración para determinar si el uso del material protegido es lícito o si se incurre en una infracción⁷². Por esta razón, la norma era insuficiente ya que no proveía criterios de evaluación que pudiesen extenderse a varios supuestos de la doctrina del uso justo sino que se limitaba a excepciones taxativas.

En este punto es importante resaltar que cualquier medida que esté dirigida a proteger los derechos de autor debe estar rigurosamente delimitada. Debe servir para poner fin a la vulneración cometida por un tercero, sin que se vean afectados los usuarios de internet que recurren a los servicios de un proveedor para acceder lícitamente a la información. De lo contrario, la injerencia no estaría justificada a la luz del objetivo perseguido⁷³. En este sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH reconoció que si bien en la protección de los derechos de autor existe un interés público, no se debe omitir la capacidad singular del entorno digital como un espacio libre y abierto para promover, en forma instantánea y a bajo costo, la libertad de expresión y el acceso al conocimiento y los bienes culturales.⁷⁴

Por su parte, el Código de Ingenios concibe al conocimiento, la creatividad y la innovación como un bien de interés público y determina, además, que el conocimiento será de libre acceso y no tendrá más restricciones que las establecidas en el Código, la Constitución, los tratados e instrumentos internacionales y la ley; y que su distribución se realizará de manera justa, equitativa y democrática (Artículo 4). Bajo estos antecedentes, el Código ya introduce una vulneración a la dimensión tanto moral como patrimonial reconocidas en la anterior Ley de Propiedad Intelectual, por ejemplo, la reivindicación de la paternidad de la obra y las limitaciones de su explota-

⁷¹ Art. 83, Ley de Propiedad Intelectual 1998: Siempre que respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de la obra, ni causen perjuicios al titular de los derechos, son lícitos, exclusivamente, los siguientes actos, los cuales no requieren la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna [...] (no existe documento en línea de fuente oficial).

⁷² 17 U.S. Code § 107 - Limitations on exclusive rights: Fair use.

⁷³ TJCE, "UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH", sentencia del 27 marzo de 2014, ¶¶ 56 y 63.

⁷⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Libertad de Expresión...* *supra* nota 34, ¶ 76.

ción.⁷⁵ De igual forma, el Código reconoce la posibilidad de los titulares de derechos de autor y conexos para establecer medidas de protección contra usos no autorizados por ellos, como por ejemplo el cifrado (Artículo 127). Aun cuando esta medida podría generar una proliferación de mecanismos de protección que restringirían el acceso a la información, incluso de contenidos de interés público, el Código posteriormente reconoce la obligación de los medios de dejar sin efecto o neutralizar las medidas tecnológicas adoptadas para usuarios que quieran hacer uso de información en el dominio público o que estén dentro de las limitaciones y excepciones de los derechos de autor (Artículo 129). Es decir, el mismo Código reconoce fallidamente las restricciones innecesarias que devendrían de la aplicación aislada y general del artículo 127, puesto que los mecanismos de filtrado ya fueron aplicados de una manera posiblemente discrecional, vulnerando, por ejemplo, el principio de neutralidad en la red y la dimensión colectiva del conjunto de usuarios en la red. Al respecto, la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales, Farida Shaheed manifestó que “las excepciones y limitaciones de los derechos de autor [que definen los usos leales al mismo] (...) constituyen una parte fundamental del equilibrio [que debe lograrse] entre los intereses de los titulares en relación con el control exclusivo y los intereses de terceros con respecto a la participación cultural”.⁷⁶

Aun cuando el actual Código incorpora una norma que reconoce el uso justo de una obra bajo los parámetros contemplados en la legislación estadounidense sobre *fair use*, establece una prohibición similar a la anterior Ley de Propiedad Intelectual en tanto “prohíbe realizar cualquier acto que tenga como finalidad inducir, permitir, facilitar u ocultar la infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente título...”.⁷⁷ De esta manera, la normativa genera un efecto inhibitor en los usuarios que pretenden ejercer el uso legítimo de contenido en línea. Si bien en Ecuador no ha existido una normativa exhaustiva en la materia, con la aprobación del Código de Ingenios se generan espacios potencialmente atentatorios contra un internet libre, abierto y democrático, puesto que no se garantiza el acceso para usos legítimos y se restringe desproporcionadamente la promoción y el

⁷⁵ Arts. 18 y 20, Ley de Propiedad Intelectual, 1998 (no existe documento en línea de fuente oficial).

⁷⁶ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed, Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura, A/HRC/28/57, 24 de diciembre de 2015, ¶ 61.

⁷⁷ Art. 128, Código Orgánico de Economía Social de Conocimiento e Innovación 2016, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>.

ejercicio de los derechos culturales y de la libertad de expresión en línea.

IV. Consideraciones finales

Lejos de adecuarse a los estándares interamericanos sobre libertad de expresión, la legislación en Ecuador se caracterizó por un aumento progresivo de las herramientas que permiten al Estado restringir, de manera directa o indirecta, el derecho a expresar libremente las opiniones e ideas, así como a buscar y difundir libremente la información. Esto distingue a Ecuador de otros países de la región, donde las tendencias o bien no están marcadas, o bien son favorables para el ejercicio de la libertad de expresión. Las restricciones indebidas inicialmente afectaban a quienes se expresaban a través de medios de comunicación tradicionales, así como a quienes hacían uso del derecho a la protesta social para cuestionar las políticas gubernamentales. Hoy en día esas restricciones también son palpables en las redes sociales, así como en otros espacios de expresión a través de internet. Las normas constitucionales consagran el derecho a la libertad de expresión e incorporan al bloque constitucional la protección que ofrecen los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, no han sido eficaces para la tutela de la libertad de expresión en su dimensión individual o social.

Un repaso por el desarrollo legislativo de las últimas décadas permite concluir que, aun siendo escasas en comparación con otros países de la región, las leyes que tienen un impacto en la libertad de expresión fueron eficaces para lograr su objetivo de restringir de manera ilegítima el ejercicio de este derecho fundamental. Resulta preocupante la vigencia de disposiciones de la LOC y del COIP que otorgan al gobierno un amplio margen de discreción para sancionar de manera desproporcionada a sus críticos y opositores.

La vigencia de estas normas que restringen de manera ilegítima la libertad de expresión tuvo un efecto doble respecto del debate público robusto: por un lado, el efecto inhibitorio y, por otro, el efecto de trasladar tal debate al entorno digital. En respuesta, el gobierno buscó adoptar normas que permitan sancionar a quienes hacen uso de blogs, redes sociales y otros espacios de internet para expresar su opinión sobre temas de interés público o para compartir información que los medios tradicionales se abstienen de publicar debido a las consecuencias que enfrentan a la luz de la LOC. Especialmente preocupantes resultan el proyecto de Ley Orgánica de Protección de Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los Datos Personales y el proyecto de Ley que Regula los Actos de Odio y Discriminación en Redes

Sociales e Internet, ambos propuestos por el oficialismo.

Desde mayo de 2017, un nuevo presidente gobierna Ecuador. Si bien es parte del mismo partido político que el ex mandatario Rafael Correa, Lenin Moreno ha buscado diferenciarse del gobierno anterior, al menos en términos de la tolerancia hacia la crítica. A pesar de que no es probable que se derogue la LOC, pues existe un mandato constitucional que ordena la existencia de tal norma, el gobierno actual abrió un espacio para discutir posibles reformas a este cuestionado cuerpo legal.

Si bien la mayoría de la Asamblea es todavía del oficialismo, la división entre los partidarios de Rafael Correa y los de Lenin Moreno fortaleció a la oposición y disminuyó las posibilidades de que sean aprobados proyectos de ley como el de protección de datos personales o el de regulación de redes sociales e internet, al menos en los términos en los que están planteados.

Si bien este trabajo se ha enfocado en el estudio del marco legislativo de Ecuador, es necesario señalar que la fuente de las restricciones no se encuentra únicamente en la legislación, por más defectuosa que sea, sino en su aplicación por parte de los jueces y órganos administrativos de adjudicación. En un Estado constitucional como Ecuador, los jueces y autoridades públicas tienen a su alcance suficientes herramientas para aplicar directamente la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, realizando siempre la interpretación más favorable a la protección de los derechos de la persona. La falta de independencia de los jueces frente al ejecutivo y las consecuencias desfavorables que enfrentan cuando deciden casos en contra del gobierno han generado que las decisiones judiciales apliquen la normativa vigente a través de interpretaciones incompatibles con los estándares internacionales y con la efectiva vigencia del derecho a la libertad de expresión. El clima de intolerancia y polarización, fomentado por las más altas autoridades del ejecutivo, tuvo un impacto nefasto en la efectiva vigencia del derecho a la libertad de expresión en Ecuador.

A lo anterior se suma el desconocimiento sobre el funcionamiento y la arquitectura de internet que tienen las autoridades de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Resulta imperativo que este espacio democratizador de la palabra sea protegido frente a la vigencia de políticas, leyes o decisiones judiciales que tiendan a restringir, de manera directa o indirecta, las posibilidades de un debate público libre y robusto a través de internet. Si no empezamos cuanto antes a defender un internet libre, habremos desaprovechado esta última trinchera desde la cual ha sido posible la defensa de la democracia en Ecuador.

Bibliografía

17 U.S. Code § 107 - Limitations on exclusive rights: Fair use.

Article 19, *Internet Intermediaries. Dilemma of Liability*, 2013.

Article 19, *Freedom of expression and the private sector in the digital age*, 2016.

Asamblea Nacional, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, Informe para segundo debate del Proyecto a la Ley de Protección a la Intimidad y a los Datos Personales, 07 de mayo de 2012.

CIDH, Criminalización de Defensoras y Defensores de DDHH, Doc. No. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15, 31 de diciembre 2015.

CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Carta a Ecuador del 28 de junio de 2013, p. 3, disponible en: <http://bit.ly/2BZrLnO>.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Libertad de Expresión e Internet*, 2013

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, 2010.

Código Orgánico de Economía Social de Conocimiento e Innovación 2016, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>.

Código Orgánico Integral Penal (COIP) 2014, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>.

Código de la Niñez y Adolescencia 2003, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>.

Código Penal 1971 (no existe documento en línea de fuente oficial).

Consejo de Derechos Humanos, *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, A/HRC/32/L.20, 27 de junio de 2016.

Constitución del Ecuador 1997 (no existe documento en línea de fuente oficial).

Constitución del Ecuador 1998 (no existe documento en línea de fuente oficial).

Constitución del Ecuador 2008, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>.

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.

Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 107.

Corte IDH, “Caso Kimel Vs. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 177.

Corte IDH, “Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile”, sentencia del 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 279.

Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia del 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 135.

Corte IDH, “Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela”, sentencia del 03 de septiembre de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 249.

Corte Nacional de Justicia, “Juicio No. 840-2011 MV”, sentencia del 27 de febrero de 2012, disponible en: <http://bit.ly/2szKa6U>.

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Juicio No. 17721-2014-1331, sentencia del 15 de julio de 2016; Corte Provincial de Pichincha del Ecuador, Sala Penal, Juicio No. 17124-2014-0585, sentencia del 09 de marzo de 2017, disponibles en: <http://bit.ly/2Er1mgn>

CNCiv., “Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro”, sentencia del 10 de agosto de 2010.

CSJN, “María Belén Rodríguez c. Google Inc”, sentencia del 28 de octubre de 2014.

Declaración Conjunta Sobre Internet y sobre Medidas Anti-Terroristas, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, 21 de diciembre de 2005.

Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 01 de junio de 2011.

Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas” (“Fake News”), Desinformación y Propaganda, Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 07 de marzo de 2017.

Declaración Conjunta sobre Wikileaks, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 21 de diciembre de 2010.

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, CIDH, 2000.

Díaz, Marianne, “Derecho al olvido” en Latinoamérica: un paso hacia delante, dos pasos hacia atrás”, *Derechos Digitales*, 25 de agosto de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2Cka9ig>

House of Representatives, 2281 The Digital Millennium Copyright Act, 1998, §512.

Juzgado Décimo de Garantías Penales de Pichincha, Juicio No. 17260-2012-0570, Auto de llamamiento a juicio de fecha 25 de julio de 2012, disponible en: <http://bit.ly/2Er1mgn>

Ley Orgánica de Comunicación (LOC) 2013, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>

Ley de Propiedad Intelectual 1998 (no existe documento en línea de fuente oficial).

Mackinnon, Rebecca y otros, *Fostering Freedom Online. The Role of Internet Intermediaries*, UNESCO.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 22 de mayo de 2015, A/HRC/29/32.

Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, A/HRC/32/38, 11 de mayo de 2016.

Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed, Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura, A/HRC/28/57, 24 de diciembre de 2015.

Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 16 de mayo de 2011.

Nunziato, Dawn Carla, “Preservar la libertad en Internet en las Américas”, CELE, *Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2012.

ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Protección de los defensores de los derechos humanos, A/HRC/RES/22/6.

Poder Judicial República de Chile, “Corte Suprema aplica Derecho al Olvido y ordena a medio de comunicación eliminar registro de noticia”, *Noticias del Poder Judicial*, 22 de enero de 2016, disponible en: <http://bit.ly/1KQGVYa>

Proyecto de Ley de Protección a la Intimidad y a los Datos Personales 2010, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>

R3D (Red en defensa de los Derechos Digitales), “Ganamos! Tribunal anula resolución del INAI sobre el falso «derecho al olvido», *R3D México*, 24 de agosto de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2ErziJR>

Salazar Marín, Daniela, “La acción por incumplimiento como mecanismo

de exigibilidad de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos en Ecuador”, en: Revista *Iuris Dictio*, 2013.

Salazar, Daniela, “El Impacto de la Ley Orgánica de Comunicación en Internet”, en: *Regulación de Internet y Derechos Digitales en Ecuador*, Editorial USFQ – Colección Iuris Dictio, 2016.

Simon, Farith y otros, “Observaciones al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de los Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los Datos Personales”, en: *Regulación de Internet y Derechos Digitales en Ecuador*, Editorial USFQ – Colección Iuris Dictio, 2016.

TEDH, “Delfi AS v Estonia”, sentencia del 16 de junio de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2F2tebC>

TEDH, “Handyside v. The United Kingdom”, sentencia del 07 de diciembre de 1976, disponible en: <http://bit.ly/2F2tebC>

TEDH, “Lehideux and Isorni v. France”, sentencia del 23 de septiembre de 1998, disponible en: <http://bit.ly/2F2tebC>

TEDH, “Pavel Ivanov v. Russia”, sentencia del 20 de febrero de 2007, disponible en: <http://bit.ly/2F2tebC>

TJCE, “Google Spain S.L., Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014, disponible en: <http://bit.ly/1fPvM8J>

TJCE, “UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH”, sentencia del 27 marzo de 2014.

Unidad Judicial de Contravenciones con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Juicio Contravenciones Penales No. 1751-2017-00262 seguido por Rafael Vicente Correa Delgado en contra de Juan Martín Pallares Carrión, sentencia de fecha 07 de marzo de 2017, disponible en: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/>

Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, Proceso No. 17294-2017-00080, desistimiento de fecha 17 de agosto de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2Er1mgn>

Libertad de expresión en México: entre paños y derivas¹

I. Introducción

El derecho a la libertad de expresión tuvo grandes transformaciones en los últimos veinte años en las Américas. En 1998, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión adscrita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comenzó la publicación de informes temáticos que han servido de guía para toda la región estableciendo estándares en esta materia. A partir de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió los primeros casos vinculados al derecho a la libertad de expresión y cuenta en la actualidad con 21 sentencias que analizan algún aspecto de este derecho, a las que se suman dos opiniones consultivas y diversas decisiones de medidas provisionales vinculadas a diez casos concretos. Además, en el seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos existe un número importante de informes de admisibilidad, acuerdos de solución amistosa, e informes de fondo, y se han elaborado, a través de la Relatoría, un número importante de informes temáticos que desarrollan el contenido del derecho a la libertad de expresión y sus diversas vertientes.

El trabajo desplegado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos con relación al derecho a la libertad de expresión permitió avances considerables en la consolidación de este derecho en diversos países de las Américas. Además, brindó una serie de herramientas para evaluar la situación de cada país en esta materia, permitiendo identificar los retos y los retrocesos que presentan.

Este artículo tiene como objetivo mostrar el desarrollo legislativo en

¹ Este documento fue elaborado por Juan Carlos Arjona Estévez, Especialista en Derechos Humanos y docente en la Universidad Iberoamericana (México), e investigador de México del Observatorio Legislativo del CELE. El autor agradece a Brisa Maya Solís y a Iván Báez su apoyo en la investigación para la elaboración de este artículo.

materia de criminalización o descriminalización de la libertad de expresión en México en los últimos 20 años. Adicionalmente, se propone revisar cómo se van gestando los diversos proyectos de ley que pueden ampliar o limitar el ejercicio de la libertad de expresión, en particular ante el surgimiento de las nuevas tecnologías y el uso más generalizado del Internet y de las redes sociales. En otras palabras, se analizará cómo se regula el derecho a la libertad de expresión en la era de Internet.

El trabajo se basa en una revisión legislativa amplia que incluye la legislación penal, electoral, civil, de telecomunicaciones, de radio y televisión, de protección a niños y niñas, de protección de mujeres para que vivan una vida libre de violencia y de imprenta, entre muchas otras. Sin embargo, por razones de espacios, se analizará fundamentalmente la regulación penal.

Es importante aclarar que parte de la regulación mexicana es exclusivamente federal, pero existen temas que son de competencia legislativa concurrente entre la federación y las 32 entidades federativas que componen el país. Este primer análisis se enfoca exclusivamente en la regulación federal. Por eso el diagnóstico que se presenta no refleja la realidad de México en su conjunto.

También debe señalarse que existen diversos órganos legislativos y que la integración de cada uno de estos es numerosa. Sólo a nivel federal, las dos cámaras que integran el Congreso de la Unión suman 628 representantes populares, 500 diputados/as y 128 senadores/as. Y existen, al menos, cinco partidos políticos en cada una de las legislaturas pero pueden llegar en algunos casos a ser diez fuerzas políticas. Esto implica que pueden existir diversas propuestas legislativas en materia de derecho a la libertad de expresión, sin que ello represente que exista una tendencia legislativa verificable en la materia.

El artículo está dividido en cuatro capítulos. El primero desglosa la regulación de este derecho en el marco constitucional mexicano. El segundo aclara cuál es la relación del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. En el tercero se explica brevemente la estructura federal y la regulación de competencia exclusiva federal y la que es concurrente con las autoridades estatales. El cuarto -y último capítulo- desarrolla la regulación y propuestas de regulación que pueden interferir con el ejercicio de la libertad de expresión y el uso de las nuevas tecnologías.

II. Marco constitucional en el que opera el derecho a la libertad de expresión en México

En 1917, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoció el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de imprenta

(artículos 6 y 7). En términos generales, el derecho a la libertad de expresión no prohíbe la censura previa, pero sí limita las inquisiciones judiciales o administrativas a cuatro supuestos: ataque a la moral, a los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público.² La libertad de imprenta, en cambio, prohíbe de manera explícita la censura previa directa o a través de medios indirectos dirigidos a este medio de comunicación. Sin embargo, reconoce la posibilidad de restringir el ejercicio de esta libertad si afecta la vida privada, la moral o la paz pública.³

Existió una regulación específica para el ejercicio de estos derechos cuando se tratase de ministros de culto y de personas extranjeras en territorio mexicano. El artículo 130 de la Constitución les prohibió a los ministros de culto criticar las leyes fundamentales de México, sea en manifestación pública, actos de culto o propaganda religiosa.⁴ Para el caso de personas extranjeras, el artículo 33 les prohibió inmiscuirse en asuntos políticos y otorgó una facultad extraordinaria al Ejecutivo Federal para poder expulsarlas de forma inmediata y sin juicio previo, lo cual puede afectar el ejercicio de su libertad de expresión.⁵

Los artículos que reconocen la libertad de expresión e imprenta han tenido reformas, seis y una respectivamente. En 1977, se reforma por primera vez el artículo 6, en un contexto más amplio de reformas políticas con las que se buscaba abrir espacios a la diversidad política en el país y concluir el periodo conocido como la *guerra sucia* en México. La reforma al artículo

² Art. 6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, disponible en: <http://bit.ly/1fNXIRC>

“La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público.”

³ *Ibid.*, Art. 7 “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito. Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delito de prensa, sean encarcelados los expendedores, “papeleros”, operarios y demás empleados del establecimiento donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos.”

⁴ *Ibid.*, Art. 130 “... Los ministros de los cultos nunca podrán, en reunión pública o privada constituida en junta, ni en actos del culto o de propaganda religiosa, hacer crítica de las leyes fundamentales del país, de las autoridades en particular, o en general del Gobierno; no tendrán voto activo ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos...”

⁵ *Ibid.*, Art. 33 “... Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.”

6 fue para incorporar el derecho a la información, pero en el artículo 70 se mencionó que el Congreso debería aprobar una ley para garantizar la libertad de expresión de las diversas corrientes ideológicas.⁶ El 20 de julio de 2007 se realizó la segunda reforma al artículo 6, que reguló los principios del derecho a la información.⁷

La tercera reforma al artículo 6 de la Constitución se hizo en noviembre de ese mismo año, en el marco de otra reforma política. Allí se incorporó el derecho de réplica y se estableció que los partidos políticos tienen derecho al uso de los medios de comunicación en radio y televisión en los tiempos oficiales del Estado, pero sujeto a los tiempos que determine el Instituto Electoral. Esta misma reforma prohibió a los partidos políticos contratar tiempos en radio o televisión de forma directa o a través de terceros, in-

⁶ Arts. 6 y 70 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de diciembre de 1977, disponible en: <http://bit.ly/2tkuosc>

Art. 6 “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público: el derecho a la información será garantizado por el Estado.”

Art. 70 “El Congreso expedirá la Ley que regulará su estructura y funcionamiento internos. La ley determinará, las formas y procedimientos para la agrupación de los diputados, según su afiliación de partido, a efecto de garantizar la libre expresión de las corrientes ideológicas representadas en la Cámara de Diputados. Esta ley no podrá ser vetada ni necesitará de promulgación del Ejecutivo Federal para tener vigencia.”

⁷ Art. 6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007, disponible en: <http://bit.ly/2EhsM84>

“Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos. IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión. V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos. VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales. VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes.”

dependientemente de que sean servicios contratados en México o en el extranjero. También limitó la posibilidad de que particulares contrataran propaganda para influir en las preferencias electorales. Sin embargo, algo que fue cuestionado entre diversos actores de la política fue la mención de que los Partidos Políticos tenían que “abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los partidos políticos, o que calumnien a las personas”. La autoridad responsable de hacer cumplir la ley es el Instituto Electoral, quien podrá solicitar la cancelación inmediata de las transmisiones de radio y televisión, hasta de concesionarios y permisionarios de estos servicios.⁸

El 11 de junio de 2013, en un paquete de reformas constitucionales, se realiza la cuarta reforma al artículo 6 y la única reforma al artículo 7. Con las modificaciones del artículo 6 se incorporan las nuevas tecnologías como medio para ejercer los derechos a la libertad de expresión y a la información y se establece la necesidad de pluralidad informativa. Además se dispone que el servicio de telecomunicaciones no tendrá injerencias arbitrarias, aunque más adelante se menciona que el Estado buscará preservar que la radiodifusión se conduzca con veracidad. Si bien esta reforma no está enmarcada en una reforma política más amplia, se aprovechó la oportunidad para prohibir el uso del ejercicio de la libertad de expresión para transmitir publicidad o propaganda en medios de radiocomunicación o telecomunicación a partir de *información periodística o noticiosa*.

La modificación en el artículo 7 actualiza su lenguaje y amplía la prohibición de la censura previa -de forma directa o indirecta- a cualquier otro medio, más allá de medios impresos.

⁸ Art. 6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada el 13 de noviembre de 2007, en el Diario Oficial de la Federación, disponible en: <http://bit.ly/2BP4eps>

Art 6 “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.”

Art. 41 “... Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión. ... Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero. ... Apartado C. En la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas. ... La violación a estas disposiciones por los partidos o cualquier otra persona física o moral será sancionada conforme a la ley.”

En esta reforma, finalmente se facultó al Congreso de la Unión para regular el tema de telecomunicaciones. En los transitorios de la reforma se estableció un periodo para regular el derecho de réplica, así como la prohibición de la publicidad engañosa. Y existen indicaciones para que los medios públicos cuenten con independencia editorial y “reglas para la expresión de diversidades ideológicas, étnicas y culturales”, entre otras cuestiones.⁹

La quinta reforma al artículo 6, realizada en 2014, no modificó asuntos vinculados al tema de este escrito, pero sí se incluyó, como parte del paquete de reformas, la facultad del Congreso de la Unión para regular en el tema de Protección de Datos Personales.¹⁰ La última reforma que se hizo al artículo

⁹ Arts. 6 y 7 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, disponible en: <http://bit.ly/1oS5hHz>

Art 6. “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado. Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión. El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se observará lo siguiente: A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: I. a VII. ...B. En materia de radiodifusión y telecomunicaciones: I. El Estado garantizará a la población su integración a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante una política de inclusión digital universal con metas anuales y sexenales. ... IV. Se prohíbe la transmisión de publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa; se establecerán las condiciones que deben regir los contenidos y la contratación de los servicios para su transmisión al público, incluidas aquellas relativas a la responsabilidad de los concesionarios respecto de la información transmitida por cuenta de terceros, sin afectar la libertad de expresión y de difusión.

Art 7 Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones. ... Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.”

¹⁰ Art. 6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 2014, disponible en: <http://bit.ly/1nh31EU>

6 de la Constitución, en 2016, otorga facultades a un órgano autónomo para proteger los datos personales.¹¹

En los procesos de reforma constitucional de febrero de 2014 se modificó el artículo 41 -apartado C con el propósito de indicar que los discursos de propaganda de los partidos políticos y candidatos sólo deben evitar calumniar a las personas, eliminando cualquier referencia a las instituciones u otros partidos políticos. También se fue más cauto en el apartado D, estableciendo que el Instituto Electoral puede imponer medidas cautelares para suspender o cancelar transmisiones de radio y televisión en espera de la resolución del Tribunal Electoral.¹²

Por último, con relación a ministros de culto, la reforma de 1992 estableció que no pueden realizar proselitismo a favor o en contra de algún candidato, ya sea en reuniones públicas o publicaciones religiosas.¹³

Art 6 “A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijan las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.”

¹¹ Art. 6 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016, disponible en: <http://bit.ly/1WSokXa>

¹² Art. 41 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 2014, disponible en: <http://bit.ly/1bEADYa>

Art 41. ... “Apartado C. En la propaganda política o electoral que difundan los partidos y candidatos deberán abstenerse de expresiones que calumnién a las personas.”

¹³ Art. 130 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1992, disponible en: <http://bit.ly/2aTRAsY>

Art 130 “... e) Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios. ... Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.”

III. Relación del derecho constitucional y el derecho internacional en materia de derechos humanos en México

El 10 de junio de 2011 se aprobó en México la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos que incorporó en el derecho mexicano la figura conocida como *Bloque de Constitucionalidad*.¹⁴ Las diversas formas en las que la doctrina identificó la creación de un bloque de constitucionalidad están incluidas en la reforma. En primer lugar, porque busca resolver un problema de jerarquías entre disposiciones de derechos humanos consagradas en la Constitución y las que están establecidas en los tratados internacionales de los que México es parte, según se desprende del párrafo primero del artículo primero de la Constitución mexicana.¹⁵ De ese mismo párrafo se desprende que existe una cláusula abierta que permite incluir en la Constitución mexicana derechos humanos reconocidos en tratados internacionales.¹⁶ En tercer lugar, porque el segundo párrafo del artículo primero establece un mandato de interpretación conforme a los derechos humanos que están en los tratados internacionales, del cual se desprende debe hacerse también de la cosa interpretada.¹⁷ Finalmente, se establecen mecanismos o procedimientos especiales que contemplan los derechos humanos de los tratados internacionales, como los artículos 15 y 89 para el

¹⁴ La Suprema Corte de Justicia de la Nación optó por denominar a esta figura como Parámetro de Control de Regularidad Constitucional. Tesis: P./J. 20/2014 (10a.). Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época, Pleno, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Pág. 202. P./J. 20/2014 (10a.). Registro No. 2 006 224

¹⁵ Art. 1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, disponible en: <http://bit.ly/1q84GFF>

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. ... Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011, de la cual emanó la tesis 20/2014 estableció que las restricciones constitucionales prevalecen en todos los casos por encima de las disposiciones de derechos humanos reconocidas en los tratados internacionales. Tesis: P./J. 20/2014 (10a.)..., *supra* nota 14.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

proceso de ratificación de nuevos tratados internacionales, y los artículos 103 y 105, que incluyen a los derechos humanos de los tratados internacionales como normas de derechos humanos a ser protegidas vía herramientas constitucionales.¹⁸

Para el propósito de este documento es importante reconocer las modalidades en las México reconoce el bloque de constitucionalidad porque esto permite la interacción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. Por ejemplo, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce de forma amplia cualquier medio en el que el pensamiento o expresión pueden expresarse; establece claramente que la restricción/responsabilidades ulteriores del ejercicio de la libertad de expresión sólo puede ser establecida por la ley; incorpora la posibilidad de una censura previa con el propósito de regular el acceso a espectáculos

¹⁸ Art. 103 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, disponible en: <http://bit.ly/2H37uNI>

Arts. 15, 89, y 105 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, disponible en: <http://bit.ly/1q84GFF>

Art 15 “No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.”

Art 89. “(...) I a IX. (...)X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;”

Art 103 “Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite... I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;”

Art 105 ... “II. a) ... g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal ray del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.”

públicos; y prohíbe la propaganda a favor de la guerra y el odio racial o religioso;¹⁹ a lo que tiene que agregarse la obligación de castigar “la instigación directa y pública a cometer genocidio”, establecida en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.²⁰

IV. Estructura federal de México y facultades de regulación de la libertad de expresión

México es un Estado federado desde la publicación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la fecha²¹ y regula la jurisdicción en materia legislativa en los artículos 73 (facultades del Congreso de

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13, adoptado el 22 de noviembre de 1969, Serie sobre tratados, OEA No. 36, registro ONU el 27 de agosto de 1979, No. 17955, disponible en: <http://bit.ly/1g6YYsT>

²⁰ Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. 3, adoptada el 9 de diciembre de 1948, disponible en: <http://bit.ly/2ETn7pZ>. Art 3. “Serán castigados los actos siguientes: c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;”

²¹ Art. 40 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: <http://bit.ly/2fJtrol>

Art 40 “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

la Unión) y 124 (cláusula abierta a favor de los estados).²² En virtud de estas disposiciones, hay temas que pueden ser regulados exclusivamente por la federación y otros en los que existen facultades concurrentes entre el legislativo federal y los estatales.

El artículo 73 de la Constitución mexicana establece las facultades regulatorias del Congreso de la Unión (Cámara de Diputados/as y de Senadores/as). A efectos de los temas de este documento, alcanza con señalar que el Congreso tiene facultad exclusiva para regular en materia de industria cinematográfica (fracción X), tecnologías de la información y comunicación (fracción XVII), radiodifusión (fracción XVII), telecomunicaciones (fracción XVII), protección de datos personales en posesión de particulares (XXIX-O), acceso a la información pública gubernamental y de datos personales en posesión de las autoridades (XXIX-S) y regulación política-electoral. Asimismo, existe una cláusula residual que le permite al Congreso de la Unión legislar sobre las facultades regulatorias explícitas en este artículo, así como las concedidas en otras secciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²³

Los temas que se regulan en materia federal y a nivel entidades federativas aplicables al tema de este documento son en materia penal y civil y algunos aspectos en materia electoral. Es importante considerar esto cuando se analizan las políticas públicas en esta materia porque no hay una correspondencia unívoca entre el nivel federal y el nivel de entidades federativas. Por ejemplo, que a nivel federal o en un número considerable de entidades federativas se produzca la despenalización de delitos contra la libertad de expresión no implica que en todo el país se haya derogado la legislación existente en esa materia.

V. Avances y retos en materia de (des)criminalización de la libertad de expresión

1. Difamación, calumnias, injurias

Uno de los grandes avances en materia de descriminalización del derecho a la libertad de expresión se produjo en 2007, cuando el Congreso de

²² *Ibid.*, Arts. 73 y 124.

Art 73. El Congreso tiene facultad: ...

Art 124. "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias."

²³ *Ibid.*

la Unión decidió derogar los delitos de injurias, difamación y calumnias. Estos delitos se tipificaban en los artículos 348 al 363 del Código Penal Federal. Los delitos se derogaron en dos momentos, el 23 de diciembre de 1985 (artículos 348 y 349) y el 13 de abril de 2007 (artículos 350 a 363).²⁴ Con las reformas de 2007, también se modificó el artículo 1916 para incluir supuestos de responsabilidad ulterior de carácter civil para la reparación del daño y para incorporar el derecho de rectificación. Esta reforma integral es un avance porque descriminaliza el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y sólo impone sanciones pecuniarias, ligadas al daño causado. Si bien el impacto de esta derogación es limitado en la mayoría de las entidades federativas, que mantienen vigente estos delitos, las reformas a nivel federal transforman la regulación a nivel estatal.²⁵

²⁴ Arts. 348-363 Código Penal Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, y reformado el 23 de diciembre de 1985 y 13 de abril de 2007, disponible en: <http://bit.ly/2nWw2Px> y <http://bit.ly/2EwvRF6>. Código Penal Federal, Publicado en el Diario Oficial el 14 de agosto de 1931, En vigor a partir del 17 de septiembre de 1931. Capítulo II Injurias y Difamación Artículo 348. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1985); Artículo 349. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre de 1985); Artículo 350. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Artículo 351. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Artículo 352. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Artículo 353. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Artículo 354. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Artículo 355. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Capítulo III Calumnia Artículo 356. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Artículo 357. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Artículo 358. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Artículo 359. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Capítulo IV Disposiciones Comunes para los Capítulos Precedentes Artículo 360. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Artículo 361. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Artículo 362. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007); Artículo 363. Derogado. (Derogado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de abril de 2007) (Reformada la denominación mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 1970).

²⁵ Arts. 1916 y 1916bis Código Civil Federal, disponible en: <http://bit.ly/2EwvRF6>

2. Delitos contra la Seguridad

Los avances señalados contrastan con las modificaciones que se hicieron en la sección Delitos contra la Seguridad de la Nación.

El 28 de junio de 2007, en el capítulo Delito de Terrorismo, se incluyó el artículo 139ter que impone una pena a quien “amenace con cometer el delito de terrorismo a que se refiere el párrafo primero del artículo 139”.

Si bien el delito de terrorismo cumple con algunos elementos del principio de legalidad penal, el lenguaje del artículo 139ter dista de cumplir con la previsibilidad que se requiere para que las personas conozcan en qué momento pueden estar cometiendo un delito. En este apartado no existe una definición de qué se entiende por amenazas y -revisando el delito de amenazas- tampoco se encuentra una definición típica antijurídica, sino sólo la descripción de los elementos de comisión.²⁶ Esta reforma en materia de terrorismo tiene una extensión realizada el 14 de marzo de 2014, cuando se incluye el delito de financiamiento al terrorismo que se define como:

... cualquier medio que fuere ya sea directa o indirectamente, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán destinados para financiar o apoyar actividades de individuos u organizaciones terroristas, o para ser utilizados, o

“Art 1916. ... Estarán sujetos a la reparación del daño moral de acuerdo a lo establecido por este ordenamiento y, por lo tanto, las conductas descritas se considerarán como hechos ilícitos: I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien; II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa; III. El que presente denuncias o querellas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona. La reparación del daño moral con relación al párrafo e incisos anteriores deberá contener la obligación de la rectificación o respuesta de la información difundida en el mismo medio donde fue publicada y con el mismo espacio y la misma circulación o audiencia a que fue dirigida la información original, esto sin menoscabo de lo establecido en el párrafo quinto del presente artículo. La reproducción fiel de información no da lugar al daño moral, aun en los casos en que la información reproducida no sea correcta y pueda dañar el honor de alguna persona, pues no constituye una responsabilidad para el que difunde dicha información, siempre y cuando se cite la fuente de donde se obtuvo.”

²⁶ Art. 139ter Código Penal Federal reformado el 28 de junio de 2007, disponible en: <http://bit.ly/2BOJDSq> (la negrita me pertenece)

Art 139 Ter “Se aplicará pena de cinco a quince años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa al que amenace con cometer el delito de terrorismo a que se refiere el párrafo primero del artículo 139”.

pretendan ser utilizados, directa o indirectamente, total o parcialmente, para la comisión, en territorio nacional o en el extranjero, de cualquiera de los delitos previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal Federal, los siguientes:

*1) Terrorismo, previstos en los artículos 139, 139 Bis y **139 Ter**²⁷*

La referencia a la conducta delictiva regulada en el artículo 139ter abre la puerta a interpretaciones que pudieran afectar incluso a medios de comunicación. Por ejemplo, la autoridad persecutoria de los delitos podría encuadrar a un medio de comunicación como sujeto activo del delito de financiamiento del delito de terrorismo si allí trabajara un conductor/a que es imputado/a con el delito del artículo 139ter.

El mismo 28 de junio de 2007 se reformó el artículo 142 del Código Penal Federal para agregar un agravante para el delito de incitación de los delitos contra la seguridad (conspiración, sabotaje, terrorismo, rebelión, motín, espionaje, traición a la patria). La reforma incrementa la pena si la persona o personas a las que se invita a cometer estos delitos son militares.

Esta reforma implica un retroceso porque no existe una definición o encuadramiento de lo que se considera instigar, incitar o invitar a la comisión de delitos contra la seguridad, vulnerando el principio de legalidad y dejando a quien usa la libertad de expresión en indefensión frente a los alcances de sus discursos.²⁸ Muchos de los delitos en este título (Delitos contra la Seguridad) se aproximan con esta misma dificultad a los delitos

²⁷ Art. 139quater Código Penal Federal reformado el 14 de marzo de 2014, disponible en: <http://bit.ly/1m3DqTN>

Art 139 Quáter.- “Se impondrá la misma pena señalada en el artículo 139 de este Código, sin perjuicio de las penas que corresponden por los demás delitos que resulten, al que por cualquier medio que fuere ya sea directa o indirectamente, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán destinados para financiar o apoyar actividades de individuos u organizaciones terroristas, o para ser utilizados, o pretendan ser utilizados, directa o indirectamente, total o parcialmente, para la comisión, en territorio nacional o en el extranjero, de cualquiera de los delitos previstos en los ordenamientos legales siguientes: I. Del Código Penal Federal, los siguientes: 1) Terrorismo, previstos en los artículos 139, 139 Bis y 139 Ter; 2) Sabotaje, previsto en el artículo 140; 3) Terrorismo Internacional, previsto en los artículos 148 Bis, 148 Ter y 148 Quáter; 4) Ataques a las vías de comunicación, previstos en los artículos 167, fracción IX, y 170, párrafos primero, segundo y tercero, y 5) Robo, previsto en el artículo 368 Quinquies. II. De la Ley que Declara Reservas Mineras los Yacimientos de Uranio, Torio y las demás Substancias de las cuales se obtengan Isótopos Hendibles que puedan producir Energía Nuclear, los previstos en los artículos 10 y 13.”

²⁸ Art. 142 Código Penal Federal reformado el 28 de junio de 2007, disponible en: <http://bit.ly/2BOJDSq>

de conspiración, sabotaje, terrorismo, rebelión, motín, espionaje, traición a la patria. Es decir, se penaliza la “invitación, incitación, o instigar” sin encuadrar lo que se entiende por estas acciones.²⁹

Para concluir esta sección es pertinente comentar una propuesta de reforma al Código Penal Federal, presentada el 5 de octubre de 2010, para modificar el artículo 139 que regula el delito de terrorismo. La propuesta puede considerarse un retroceso en la protección del derecho a la libertad de expresión porque incorpora como dolo específico de este delito difundir sus actividades o sus posturas ideológicas. Esto permitiría vincular las acciones simbólicas de libertad de expresión en ejercicio del derecho a la protesta

Art 142.- “... Al que instigue, incite o invite a militares en ejercicio, a la ejecución de los delitos a que se refiere este Título, se le aplicará pena de cinco a cuarenta años de prisión, con excepción del delito de terrorismo, cuya pena será de ocho a cuarenta años de prisión y de quinientos a mil ciento cincuenta días multa.”

²⁹ Cfr. Arts. 123-141 Código Penal Federal, disponible en: <http://bit.ly/2vcaOQd>

Capítulo I. Traición a la Patria. “Art 123.- Se impondrá la pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos al mexicano que cometa traición a la patria en alguna de las formas siguientes: I.- Realice actos contra la independencia, soberanía o integridad de la Nación Mexicana con la finalidad de someterla a persona, grupo o gobierno extranjero; II.- Tome parte en actos de hostilidad en contra de la Nación, mediante acciones bélicas a las órdenes de un Estado extranjero o coopere con éste en alguna forma que pueda perjudicar a México. Cuando los nacionales sirvan como tropa, se impondrá pena de prisión de uno a nueve años y multa hasta de diez mil pesos; Se considerará en el supuesto previsto en el primer párrafo de esta fracción, al que prive ilegalmente de su libertad a una persona en el territorio nacional para entregarla a las autoridades de otro país o trasladarla fuera de México con tal propósito. III.- Forme parte de grupos armados dirigidos o asesorados por extranjeros; organizados dentro o fuera del país, cuando tengan por finalidad atentar contra la independencia de la República, su soberanía, su libertad o su integridad territorial o invadir el territorio nacional, aun cuando no exista declaración de guerra; IV.- Destruya o quite dolosamente las señales que marcan los límites del territorio nacional, o haga que se confundan, siempre que ello origine conflicto a la República, o ésta se halle en estado de guerra; V.- Reclute gente para hacer la guerra a México, con la ayuda o bajo la protección de un gobierno extranjero; VI.- Tenga, en tiempos de paz o de guerra, relación o inteligencia con persona, grupo o gobierno extranjeros o le dé instrucciones, información o consejos, con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior; VII.- Proporcione dolosamente y sin autorización, en tiempos de paz o de guerra, a persona, grupo o gobierno extranjeros, documentos, instrucciones o datos de establecimientos o de posibles actividades militares; VIII.- Oculte o auxilie a quien cometa actos de espionaje, sabiendo que los realiza; IX.- Proporcione a un Estado extranjero o a grupos armados dirigidos por extranjeros, los elementos humanos o materiales para invadir el territorio nacional, o facilite su entrada a puestos militares o le entregue o haga entregar unidades de combate o almacenes de boca o guerra o impida que las

tropas mexicanas reciban estos auxilios; X.- Solicite la intervención o el establecimiento de un protectorado de un Estado extranjero o solicite que aquel haga la guerra a México; si no se realiza lo solicitado, la prisión será de cuatro a ocho años y multa hasta de diez mil pesos; XI.- Invite a individuos de otro Estado para que hagan armas contra México o invadan el territorio nacional, sea cual fuere el motivo que se tome; si no se realiza cualquiera de estos hechos, se aplicará la pena de cuatro a ocho años de prisión y multa hasta de diez mil pesos; XII.- Trate de enajenar o gravar el territorio nacional o contribuya a su desmembración; XIII.- Reciba cualquier beneficio, o acepte promesa de recibirlo, con el fin de realizar alguno de los actos señalados en este artículo; XIV.- Acepte del invasor un empleo, cargo o comisión y dicte, acuerde o vote providencias encaminadas a afirmar al gobierno intruso y debilitar al nacional; y XV.- Cometa, declarada la guerra o rotas las hostilidades, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje o conspiración.”

Art 124.- “Se aplicará la pena de prisión de cinco a veinte años y multa hasta de veinticinco mil pesos, al mexicano que: I.- Sin cumplir las disposiciones constitucionales, celebre o ejecute tratados o pactos de alianza ofensiva con algún Estado, que produzcan o puedan producir la guerra de México con otro, o admita tropas o unidades de guerra extranjeras en el país; II.- En caso de una invasión extranjera, contribuya a que en los lugares ocupados por el enemigo se establezca un gobierno de hecho, ya sea dando su voto, concurriendo a juntas, firmando actas o representaciones o por cualquier otro medio; III.- Acepte del invasor un empleo, cargo o comisión, o al que, en el lugar ocupado, habiéndolo obtenido de manera legítima lo desempeñe en favor del invasor; y IV.- Con actos no autorizados ni aprobados por el gobierno, provoque una guerra extranjera con México, o exponga a los mexicanos a sufrir por esto, vejaciones o represalias.”

Art 125.- “Se aplicará la pena de dos a doce años de prisión y multa de mil a veinte mil pesos al que incite al pueblo a que reconozca al gobierno impuesto por el invasor o a que acepte una invasión o protectorado extranjero.”

Art 126.- “Se aplicarán las mismas penas a los extranjeros que intervengan en la comisión de los delitos a que se refiere este Capítulo, con excepción de los previstos en las fracciones VI y VII del artículo 123.”

Capítulo II Espionaje Art 127.- Se aplicará la pena de prisión de cinco a veinte años y multa hasta de cincuenta mil pesos al extranjero que en tiempo de paz, con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior, tenga relación o inteligencia con persona, grupo o gobierno extranjeros o le dé instrucciones, información o consejos. La misma pena se impondrá al extranjero que en tiempo de paz proporcione, sin autorización a persona, grupo o gobierno extranjero, documentos, instrucciones, o cualquier dato de establecimientos o de posibles actividades militares. Se aplicará la pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos al extranjero que, declarada la guerra o rotas las hostilidades contra México, tenga relación o inteligencia con el enemigo o le proporcione información, instrucciones o documentos o cualquier ayuda que en alguna forma perjudique o pueda perjudicar a la Nación Mexicana.”

Art 128.- “Se aplicará la pena de prisión de cinco a veinte años y multa hasta de cincuenta mil pesos, al mexicano que, teniendo en su poder documentos o informaciones confidenciales de un gobierno extranjero, los revele a otro gobierno, si con ello perjudica a la Nación Mexicana.”

Art 129.- “Se impondrá la pena de seis meses a cinco años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos al que teniendo conocimiento de las actividades de un espía y de su identidad, no lo haga saber a las autoridades.”

Capítulo III Sedición. Art 130.- “Se aplicará la pena de seis meses a ocho años de

prisión y multa hasta de diez mil pesos, a los que en forma tumultuaria sin uso de armas, resistan o ataquen a la autoridad para impedir el libre ejercicio de sus funciones con alguna de las finalidades a que se refiere el artículo 132. A quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de sedición, se les aplicará la pena de cinco a quince años de prisión y multa hasta de veinte mil pesos.”

Capítulo IV Motín. Art 131.- “Se aplicará la pena de seis meses a siete años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos, a quienes para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio o para evitar el cumplimiento de una ley, se reúnan tumultuariamente y perturben el orden público con empleo de violencia en las personas o sobre las cosas, o amenacen a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación. A quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de motín, se les aplicará la pena de dos a diez años de prisión y multa hasta de quince mil pesos.”

Capítulo V Rebelión. Art 132.- “Se aplicará la pena de dos a veinte años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos a los que, no siendo militares en ejercicio, con violencia y uso de armas traten de: I.- Abolir o reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; II.- Reformar, destruir o impedir la integración de las instituciones constitucionales de la Federación, o su libre ejercicio; y III.- Separar o impedir el desempeño de su cargo a alguno de los altos funcionarios de la Federación mencionados en el artículo 2o. de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados.”

Art 133.- “Las penas señaladas en el artículo anterior se aplicarán al que residiendo en territorio ocupado por el Gobierno Federal, y sin mediar coacción física o moral, proporcione a los rebeldes, armas, municiones, dinero, víveres, medios de transporte o de comunicación o impida que las tropas del Gobierno reciban estos auxilios. Si residiere en territorio ocupado por los rebeldes, la prisión será de seis meses a cinco años. Al funcionario o empleado público de los Gobiernos Federal o Estatales, o de los Municipios, de organismos públicos descentralizados, de empresas de participación estatal, o de servicios públicos, federales o locales, que teniendo por razón de su cargo documentos o informes de interés estratégico, los proporcione a los rebeldes, se le aplicará pena de cinco a cuarenta años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos.”

Art 134.- “Se aplicará la pena de dos a veinte años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos a los que, no siendo militares en ejercicio, con violencia y uso de armas, atenten contra el Gobierno de alguno de los Estados de la Federación, contra sus instituciones constitucionales o para lograr la separación de su cargo de alguno de los altos funcionarios del Estado, cuando interviniendo los Poderes de la Unión en la forma prescrita por el artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los rebeldes no depongan las armas.”

Art 135.- “Se aplicará la pena de uno a veinte años de prisión y multa hasta de cincuenta mil pesos al que: I.- En cualquier forma o por cualquier medio invite a una rebelión; II.- Residiendo en territorio ocupado por el Gobierno: a) Oculte o auxilie a los espías o exploradores de los rebeldes, sabiendo que lo son; b) Mantenga relaciones con los rebeldes, para proporcionarles noticias concernientes a las operaciones militares u otras que les sean útiles. III.- Voluntariamente sirva un empleo, cargo o comisión en lugar ocupado por los rebeldes, salvo que actúe coaccionado o por razones humanitarias.”

Art 136.- “A los funcionarios o agentes del Gobierno y a los rebeldes que después del combate causen directamente o por medio de órdenes, la muerte a los prisioneros, se les aplicará pena de prisión de quince a treinta años y multa de diez mil a veinte mil pesos.”

Art 137.- “Cuando durante una rebelión se cometan los delitos de homicidio, robo,

secuestro, despojo, incendio, saqueo u otros delitos, se aplicarán las reglas del concurso. Los rebeldes no serán responsables de los homicidios ni de las lesiones inferidas en el acto de un combate, pero de los que se causen fuera del mismo, serán responsables tanto el que los manda como el que los permita y los que inmediatamente los ejecuten.”

Art 138.- “No se aplicará pena a los que depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, si no hubiesen cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo anterior. Capítulo VI Terrorismo. Art. 139.- Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por otros delitos que resulten: I. A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo, material nuclear, combustible nuclear, mineral radiactivo, fuente de radiación o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos, o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, intencionalmente realice actos en contra de bienes o servicios, ya sea públicos o privados, o bien, en contra de la integridad física, emocional, o la vida de personas, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional o presionar a la autoridad o a un particular, u obligar a éste para que tome una determinación. II. Al que acuerde o prepare un acto terrorista que se pretenda cometer, se esté cometiendo o se haya cometido en territorio nacional. Las sanciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo se aumentarán en una mitad, cuando además: I. El delito sea cometido en contra de un bien inmueble de acceso público; II. Se genere un daño o perjuicio a la economía nacional, o III. En la comisión del delito se detenga en calidad de rehén a una persona.”

Art 139 Bis.- “Se aplicará pena de uno a nueve años de prisión y de cien a trescientos días multa, a quien encubra a un terrorista, teniendo conocimiento de sus actividades o de su identidad.”

Art 139 Ter.- “Se aplicará pena de cinco a quince años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa al que amenace con cometer el delito de terrorismo a que se refiere el párrafo primero del artículo 139.”

Capítulo VI BIS Del Financiamiento al Terrorismo Art 139 Quáter.- “Se impondrá la misma pena señalada en el artículo 139 de este Código, sin perjuicio de las penas que corresponden por los demás delitos que resulten, al que por cualquier medio que fuere ya sea directa o indirectamente, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán destinados para financiar o apoyar actividades de individuos u organizaciones terroristas, o para ser utilizados, o pretendan ser utilizados, directa o indirectamente, total o parcialmente, para la comisión, en territorio nacional o en el extranjero, de cualquiera de los delitos previstos en los ordenamientos legales siguientes: I. Del Código Penal Federal, los siguientes: 1) Terrorismo, previstos en los artículos 139, 139 Bis y 139 Ter; 2) Sabotaje, previsto en el artículo 140; 3) Terrorismo Internacional, previsto en los artículos 148 Bis, 148 Ter y 148 Quáter; 4) Ataques a las vías de comunicación, previstos en los artículos 167, fracción IX, y 170, párrafos primero, segundo y tercero, y 5) Robo, previsto en el artículo 368 Quinquies. II. De la Ley que Declara Reservas Mineras los Yacimientos de Uranio, Torio y las demás Substancias de las cuales se obtengan Isótopos Hendibles que puedan producir Energía Nuclear, los previstos en los artículos 10 y 13.”

Art 139 Quinquies.- Se aplicará de uno a nueve años de prisión y de cien a trescientos días multa, a quien encubra a una persona que haya participado en los delitos previstos en el artículo 139 Quáter de este Código.”

Capítulo VII. Sabotaje Art 140.- “Se impondrá pena de dos a veinte años de prisión y multa de mil a cincuenta mil pesos, al que dañe, destruya, perjudique o ilícitamente entorpezca vías de comunicación, servicios públicos, funciones de las dependencias

con un acto terrorista.³⁰

Los delitos y propuestas de reforma sustantiva en materia penal no aclaran los medios comisorios en los que se llevan a cabo estas conductas delictivas, pero podría interpretarse que si se hacen por Internet podrían sancionarse las conductas con base en los tipos penales que regulan estos temas.

3. Dignidad de las Personas

El 14 de agosto de 2001 se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para incorporar la cláusula de no discriminación en el capítulo de derechos humanos.³¹ Derivado de ello, el 11 de junio de 2003 se aprobó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y se creó

del Estado, organismos públicos descentralizados, empresas de participación estatal, órganos constitucionales autónomos o sus instalaciones; plantas siderúrgicas, eléctricas o de las industrias básicas; centros de producción o distribución de artículos de consumo necesarios de armas, municiones o implementos bélicos, con el fin de trastornar la vida económica del país o afectar su capacidad de defensa. Se aplicará pena de seis meses a cinco años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos, al que teniendo conocimiento de las actividades de un saboteador y de su identidad, no lo haga saber a las autoridades. Las sanciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo se aumentarán hasta en una mitad, cuando los actos de sabotaje se realicen en los ductos, equipos, instalaciones o activos, de asignatarios, contratistas, permisionarios o distribuidores a que se refiere la Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos Cometidos en Materia de Hidrocarburos.”

Capítulo VIII. Conspiración Art 141.- “Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos a quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente Título y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación.”

³⁰ Propuesta de reforma al art 139 del Código Penal Federal a cargo del diputado Arturo Zamora Jiménez, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, disponible en: <http://bit.ly/2BTalJw>

Art 139. “Se impondrá pena de prisión de **diez a cincuenta años y hasta dos mil días multa**, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios públicos, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para atentar contra la seguridad nacional, **intimidar a la sociedad, así como difundir sus actividades o posturas ideológicas**, o presionar a la autoridad para que tome una determinación.” (la negrita me pertenece)

³¹ Art. 1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado el 14 de agosto de 2001, disponible en: <http://bit.ly/2EtjvNM>

Art 1 “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, que incorporó entre sus funciones promover modificaciones legislativas, incluidas en materia penal, para proteger a las personas de actos de discriminación.³²

Es así que el 20 de marzo de 2007, el 19 de abril de 2009 y el 9 de febrero de 2010 se presentaron propuestas para incluir el tipo penal de discriminación. La definición típica antijurídica incluida en el Código Penal Federal en su artículo 149ter no atenta contra el ejercicio del derecho a la libertad de expresión,³³ pero las propuestas de reforma legislativa sí podrían tener ciertos cuestionamientos sobre el cumplimiento del principio de legalidad. Un ejemplo de lo anterior es la propuesta de 2007 que establecía como conductas delictivas “incitar al odio o la violencia...”; “veje (...) a alguna persona o grupo de personas”; “realice públicamente opiniones o comentarios en el que se denigre a las personas”.

En los tres supuestos mencionados, las palabras utilizadas sin contexto y precisión podrían permitir que la autoridad criminalice la libertad de expresión. En el primer caso, por ejemplo, aun cuando no sea un discurso protegido por el derecho internacional de los derechos humanos, se debe adecuar a lo que establecen los estándares internacionales. Es decir, el discurso de odio debe constituir una incitación a la violencia y en la conducta

³² Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, disponible en: <http://bit.ly/2nWmDr2>

³³ Art. 149 ter Código Penal Federal, disponible en: <http://bit.ly/2vWxaFK>

Art 149 Ter. Se aplicará sanción de uno a tres años de prisión o de ciento cincuenta a trescientos días de trabajo a favor de la comunidad y hasta doscientos días multa al que por razones de origen o pertenencia étnica o nacional, raza, color de piel, lengua, género, sexo, preferencia sexual, edad, estado civil, origen nacional o social, condición social o económica, condición de salud, embarazo, opiniones políticas o de cualquier otra índole atente contra la dignidad humana o anule o menoscabe los derechos y libertades de las personas mediante la realización de cualquiera de las siguientes conductas: I. Niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho; II. Niegue o restrinja derechos laborales, principalmente por razón de género o embarazo; o límite un servicio de salud, principalmente a la mujer en relación con el embarazo; o III. Niegue o restrinja derechos educativos. Al servidor público que, por las razones previstas en el primer párrafo de este artículo, niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación a que tenga derecho se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo del presente artículo, y además se le impondrá destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta. No serán consideradas discriminatorias todas aquellas medidas tendentes a la protección de los grupos socialmente desfavorecidos. Cuando las conductas a que se refiere este artículo sean cometidas por persona con la que la víctima tenga una relación de subordinación laboral, la pena se incrementará en una mitad. Asimismo, se incrementará la pena cuando los actos discriminatorios limiten el acceso a las garantías jurídicas indispensables para la protección de todos los derechos humanos. Este delito se perseguirá por querrela.

descripta en la propuesta criminaliza el hecho de incitar al odio.³⁴

La propuesta de 2009 enfrenta la misma problemática que la de 2007 porque establece como conducta prohibida “provocar o incitar al odio o la violencia”. Además, repite como conducta prohibida vejar a una persona, que entre otros tantos significados consiste en ofender, lo cual tiene elementos exógenos y endógenos. Los segundos son los que dejarían en estado de indefensión a quien ejerza su libertad de expresión y “veje” a una persona.³⁵

Otra propuesta, presentada el 9 de febrero de 2010, también incluyó una

³⁴ Propuesta de reforma al art 149 ter del Código Penal Federal a cargo del Diputado Faustino Javier Estrada González, del grupo parlamentario del Partido Verde, disponible en: <http://bit.ly/2Eh5Gms>

Art 149 Ter. “Comete el delito de discriminación aquel que por razones de raza o procedencia étnica, nacionalidad, religión, sexo, condiciones físicas o psicológicas, edad, embarazo, estado civil, origen o posición social, color de la piel, ideología, orientación sexual, trabajo o profesión, características físicas, discapacidad o estado de salud realice cualquiera de las siguientes conductas: I. Incite al odio o a la violencia de una o varias personas por alguna de las características señaladas en el párrafo anterior; **II. Veye o excluya a alguna persona o grupo de personas;** **III. Realice públicamente opiniones o comentarios en el que se denigre a las personas;** IV. Impida el acceso a centros culturales, deportivos, recreativos o de entretenimiento; así como a centros educativos, ya sean públicos o privados; V. Restrinja o modifique derechos adquiridos por razones contractuales derivados de las conductas previstas en el presente artículo;

VI. Niegue, restrinja o violente los derechos laborales. Se aplicarán de 4 a 12 años de prisión y de mil a 3 mil 500 días multa a quien cometa una o varias de las conductas descritas en el presente artículo. Provedrá, además, la reparación del daño causado al sujeto pasivo del delito en los términos señalados en el presente código.” (la negrita me pertenece)

³⁵ Propuesta de reforma al art 366 Quinter del Código Penal Federal a cargo del Diputado Neftalí Garzón Contreras, del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, disponible en: <http://bit.ly/2C99no7>

Art 366 Quinter. “Se impondrá pena de uno a cinco años de prisión y de doscientos a seiscientos días multa al que, por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, precedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas: I. Provoque o incite al odio o a la violencia; II. Niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho. Para los efectos de esta fracción, se considera que toda persona tiene derecho a los servicios o prestaciones que se ofrecen al público en general; III. Veye o excluya a alguna persona o grupo de personas; o IV. Niegue o restrinja derechos laborales. Al servidor público que niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo del presente artículo y además se le impondrá destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta. No serán consideradas discriminaciones todas aquellas medidas tendentes a la protección de los grupos socialmente desfavorecidos. Este delito se perseguirá por querrela.”

punición para quien “provoque o incite al odio o a la violencia” y estableció como conducta prohibida “vejar (...) a una persona o grupo de personas cuando dichas conductas tengan por resultado un daño material o moral”. En el caso del primer supuesto, el cuestionamiento es el mismo que en las propuestas de reforma de 2007 y 2009. En el segundo supuesto, aun cuando se ligue la vejación con un resultado material o moral, es el resultado moral el que pone en un estado de indefensión a quien quiera ejercer su derecho a la libertad de expresión porque el daño moral está vinculado con un análisis endógeno.³⁶

Existen propuestas posteriores a la entrada en vigor del tipo penal, pero están más enfocadas al aumento de penas. Adicionalmente, hay otras propuestas de ley o leyes vigentes que establecen procedimientos administrativos para casos en los que se generen estereotipos o promuevan actos de discriminación a través del discurso. Una de las leyes es la Ley Federal para Prevenir la Discriminación, que establece procedimientos sancionadores de carácter administrativo a quienes discriminen, incluyendo como conductas prohibidas las de “establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan

³⁶ Propuesta de reforma a los artículos 149 Ter y 149 Quáter del Código Penal Federal a cargo de la Diputada Adriana De Lourdes Hinojosa Céspedes del Partido Acción Nacional, disponible en: <http://bit.ly/2ERsHJp>

Art 149 Ter. “Se impondrán de uno a tres años de prisión y multa de cien a doscientos cincuenta días multa al que cometa por motivos de origen étnico o nacional, de género, de edad, de discapacidades, de condición social, de condiciones de salud, de religión, de opiniones, de preferencias, de estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y que tengan el objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas cualquiera de las siguientes conductas: **I. Provoque o incite al odio o a la violencia;** **II.** En ejercicio de sus actividades profesionales, mercantiles o empresariales, deniegue a una persona un servicio o una prestación a que tenga derecho. Para los efectos de esta fracción, se considera que toda persona tiene derecho a los servicios o prestaciones que se ofrecen al público en general; **III.** Niegue o restrinja derechos laborales; **IV. Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas cuando dichas conductas tengan por resultado un daño material o moral;** o **V.** Niegue el acceso a la educación básica obligatoria. Las sanciones establecidas en este artículo se aplicarán en caso de concurso ideal o real de delitos, con independencia de las penas que correspondan por la comisión de delitos de homicidio o lesiones, según el caso.”

Art 149 Quáter. “Se impondrán de dos a cinco años de prisión y multa de doscientos a trescientos días multa al servidor público que, por alguna de las hipótesis previstas en el primer párrafo de artículo anterior, deniegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación a que tenga derecho. Además de las penas previstas, el servidor público será destituido e inhabilitado por tiempo igual a la pena de prisión impuesta para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. No serán consideradas discriminatorias las medidas tendentes a la protección de los grupos socialmente desfavorecidos. Los delitos previstos en este capítulo se perseguirán por querrela.” (la negrita me pertenece)

una condición de subordinación”, la de “incitar al odio, violencia, rechazo, burla, injuria, persecución o la exclusión”, la de “realizar o promover violencia (...) psicológica, por la edad, género, discapacidad, apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir su preferencia sexual, o por cualquier otro motivo de discriminación”, la estigmatización “a personas con adicciones; que han estado o se encuentren en centros de reclusión, o en instituciones de atención a personas con discapacidad mental o psicosocial”, o la estigmatización de personas con VIH/SIDA.³⁷ Si bien el proceso sancionatorio es administrativo, el lenguaje violenta el principio de legalidad.

En ese mismo sentido, otra ley que establece facultades de vigilancia a la autoridad y de sanción administrativa es la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. El 28 de enero de 2011 esta norma fue reformada en su artículo 42, fracción X, generando en la Secretaría de Gobernación la obligación de “Vigilar y promover directrices para que los medios de comunicación favorezcan la erradicación de todos los tipos de violencia y se fortalezca la dignidad y el respeto hacia las mujeres”.³⁸

³⁷ Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, disponible en: <http://bit.ly/2l5igZ0>

Art 9.- “Con base en lo establecido en el artículo primero constitucional y el artículo 1, párrafo segundo, fracción III de esta Ley se consideran como discriminación, entre otras:

... II. Establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación; ... XIII. Aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la igualdad, dignidad e integridad humana; XV. Promover el odio y la violencia a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación; XVI. Limitar la libre expresión de las ideas, impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que éstas no atenten contra el orden público; ... XIX. Obstaculizar las condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo integral, especialmente de las niñas y los niños, con base al interés superior de la niñez; XXIII. Explotar o dar un trato abusivo o degradante; XXVII. Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, injuria, persecución o la exclusión; XXVIII. Realizar o promover violencia física, sexual, o psicológica, patrimonial o económica por la edad, género, discapacidad, apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual, o por cualquier otro motivo de discriminación; XXIX. Estigmatizar o negar derechos a personas con adicciones; que han estado o se encuentren en centros de reclusión, o en instituciones de atención a personas con discapacidad mental o psicosocial; ... XXXII. Estigmatizar y negar derechos a personas con VIH/SIDA; ... XXXIV. En general cualquier otro acto u omisión discriminatorio en términos del artículo 1, párrafo segundo, fracción III de esta Ley.

³⁸ Art. 42, fracción X Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, disponible en: <http://bit.ly/2BOb5zJ>

Art 42. “Corresponde a la Secretaría de Gobernación: I. a IX. ... **X. Vigilar y promover directrices para que los medios de comunicación** favorezcan la erradicación de todos los tipos de violencia y se fortalezca la dignidad y el respeto hacia las mujeres;” (la negrita me pertenece)

El 8 de septiembre de 2011 se presentó otro proyecto para reformar diversos artículos de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Entre otros propósitos, la reforma buscaba establecer una definición de hostigamiento sexual que incluya como medio las herramientas virtuales o cibernéticas.³⁹ Se incluye esta propuesta de reforma en el artículo porque las autoridades responsables de su cumplimiento pueden establecer sanciones administrativas y esto podría llegar hasta el caso de los medios de comunicación.

4. Prohibición de la esclavitud o formas análogas

El 27 de noviembre de 2007 se publicó la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas. Con relación al derecho a la libertad de expresión, el artículo 5, que establece la conducta típica antijurídica, define que este delito se puede cometer si se promueve, ofrece o facilita que una persona sea sometida a explotación sexual por medio de violencia moral. Esta definición utiliza dos conceptos que pueden ser abiertos bajo un análisis del principio de legalidad. La ley generó un debate en México sobre los anuncios de trabajo sexual en periódicos, cuando se acusó por el delito de trata de personas a quienes aceptaban pagos para promocionar estos servicios.⁴⁰⁴¹

El 14 de junio de 2012 se publicó la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos. En su artículo 15,

³⁹ Propuesta de reforma al art. 13 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia a cargo de la Diputada Augusta Valentina Díaz Rivera Hernández, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, disponible en: <http://bit.ly/2Exdks6>

Art 13. “El hostigamiento sexual es el ejercicio del poder, en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en los ámbitos laboral o escolar. Se expresa en conductas verbales, físicas o ambas, cometidas por cualquier medio, **incluyendo los medios virtuales o cibernéticos** relacionadas con la sexualidad de connotación lasciva.” (la negrita me pertenece)

⁴⁰ Art. 5 Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, disponible en: <http://bit.ly/2Bk538O>

Art 5.- “Comete el delito de trata de personas quien **promueva, solicite, ofrezca, facilite**, consiga, traslade, entregue o reciba, para sí o para un tercero, a una persona, por medio de la violencia física o moral, engaño o el abuso de poder para someterla a explotación sexual, trabajos o servicios forzados, esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud, servidumbre, o a la extirpación de un órgano, tejido o sus componentes. ... Cuando este delito sea cometido en contra de personas menores de dieciocho años de edad, o en contra de quien no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad para resistirlo no se requerirá acreditación de los medios comisivos.” (la negrita me pertenece)

⁴¹ <http://www.aztecanoticias.com.mx/notas/seguridad/102104/anuncios-sexuales-y-trata-de-personas>

sanciona a quien se “beneficie económicamente de la explotación de una persona mediante el comercio...”, definición que alcanza a los anuncios de trabajo sexual publicados principalmente en medios impresos. El debate de este tipo penal está relacionado a si los medios sean impresos o de cualquier otra índole deben de evitar los anuncios de trabajos sexual.⁴²

5. Apología o incitación a cometer otros delitos

En el análisis de la sección Delitos contra la Seguridad señalé el uso de términos que buscan sancionar la invitación/incitación/instigación a cometer delitos y los retos que enfrentan para cumplir con el principio de legalidad. En este apartado se mencionarán todos aquellos delitos y proyectos de ley que buscan sancionar la apología a cometer otros delitos.

El 14 de febrero de 2008, poco después de que se despenalizara el aborto en las primeras doce semanas de gestación del feto en la Ciudad de México, se promovió la inclusión de un delito autónomo en el apartado del delito de aborto para perseguir penalmente a quien promoviera, anunciara o incitara a esa práctica. Esto tenía por objetivo evitar que se anuncien las instancias privadas que se habían autorizado para poder prestar servicios de atención a la salud reproductiva de las mujeres.⁴³

El 8 de enero de 2009 se buscó crear un delito para sancionar la violencia en los espectáculos deportivos. La definición típica antijurídica señala

⁴² Art. 15 Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, disponible en: <http://bit.ly/2BkcCw5>

Art 15 “Será sancionado con pena de 5 a 15 años de prisión y de un mil a 30 mil días multa, **al que se beneficie económicamente de la explotación** de una persona mediante el comercio, distribución, exposición, circulación u oferta de libros, revistas, escritos, grabaciones, filmes, fotografías, anuncios impresos, imágenes u objetos, de carácter lascivo o sexual, reales o simulados, sea de manera física, o a través de cualquier medio. No se sancionará a quien incurra en estas conductas con material que signifique o tenga como fin la divulgación científica, artística o técnica, o en su caso, la educación sexual o reproductiva. En caso de duda sobre la naturaleza de este material, el juez solicitará dictamen de peritos para evaluar la conducta en cuestión.” (la negrita me pertenece)

⁴³ Propuesta que reforma al art 330bis del Código Penal Federal a cargo del Diputado Enrique Serrano Escobar, del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Institucional, disponible en: <http://bit.ly/2BPiz5c>

Art 330 Bis. “Se aplicará de uno a tres años de prisión a la persona, dirigente, gerente o representante legal de empresa, asociación o sociedad que **promueva, anuncie o incite al aborto**, así como cuando se obtenga una remuneración en dinero o en especie por efectuar un aborto en casos que no sean los que prevén los artículos 333 y 334 de este código.” (la negrita me pertenece)

que comete este delito quien lo cometa por sí o “incite a otros” a cometer violencia. Aun cuando pueda considerarse razonable e incluso proporcional la medida, el lenguaje puede generar un estado de indefensión al no definir con precisión qué es lo que interpreta la autoridad por la acción de incitar.⁴⁴

El 20 de enero de 2010, en el título de delitos que atentan contra el libre desarrollo de la personalidad, se buscó aumentar las penas de un delito ya existente que fue modificado el 27 de marzo de 2007 en un paquete de reformas en delitos contra la salud.⁴⁵ Este delito busca sancionar a quien

⁴⁴ Propuesta de reforma a los arts. 322bis y 322ter del Código Penal Federal, a cargo del Diputado José Luis Aguilera Rico del grupo parlamentario de Convergencia, disponible en: <http://bit.ly/2nU1LDe>

Art 322 Bis. “Comete el delito de violencia en espectáculos deportivos y se castigará con prisión de uno a cuatro años y multa de diez a ochenta cuotas, sin perjuicio de las sanciones a que se haya hecho acreedor por la comisión de diverso delito, a quien en un encuentro deportivo, encontrándose en el interior de un estadio o recinto utilizado para ese fin o en los espacios de estacionamiento o calles circundantes inmediatas al mismo, cometa por sí o **incite a otros a cometer** actos que produzcan lesiones a terceros o daños a bienes muebles o inmuebles.” (la negrita me pertenece)

Art 322 Ter. “Además de las sanciones previstas en este capítulo, a juicio del juez se podrá prohibir al inculcado asistir a estadios o recintos de espectáculos deportivos por un término de seis meses a cuatro años, en cuyo caso se ordenará la publicación especial de sentencia.”

⁴⁵ Art. 202 Código Penal Federal, disponible en: <http://bit.ly/2ExXjC0>

Art 202.- “Comete el delito de pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, **quien** procure, obligue, facilite o **induzca**, por cualquier medio, a una o varias de estas personas a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, reales o simulados, con el objeto de video grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, transmisión de archivos de datos en red pública o privada de telecomunicaciones, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos. Al autor de este delito se le impondrá pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa. ... A quien fije, imprima, video grabe, fotografíe, filme o describa actos de exhibicionismo corporal o lascivos o sexuales, reales o simulados, en que participen una o varias personas menores de dieciocho años de edad o una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo, se le impondrá la pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito. La misma pena se impondrá a quien reproduzca, almacene, distribuya, venda, compre, arriende, exponga, publicite, transmita, importe o exporte el material a que se refieren los párrafos anteriores.” (la negrita me pertenece)

“provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología a éste”.⁴⁶ Además de la incertidumbre en que deja a las personas titulares de derechos, este tipo penal podría ser utilizado desde la visión más autoritaria para limitar los debates que se han dado en las Américas, incluido México, para una despenalización del consumo y venta de drogas -al menos algunas-.

El 13 de octubre de 2011 se promovió una reforma al artículo 3 de la Ley sobre los Delitos de la Imprenta, una norma que está desactualizada con relación a los debates del derecho a la libertad de expresión contemporáneos y que establece delitos que no cumplen con el principio de legalidad. La reforma incluyó entre los actos a perseguir la “apología de la violencia y del crimen”. En un intento por definir de manera más precisa esta conducta, se indicó que las acciones comisorias serían “enunciar, describir y presentar imágenes con un contenido explícito de admiración a la delincuencia; a víctimas asesinadas, mutiladas o ensangrentadas y riqueza en materia generada por acciones

⁴⁶ Propuesta de reforma al art. 208 del Código Penal Federal a cargo del Diputado Óscar Martín Arce Paniagua, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, disponible en: <http://bit.ly/2nO9GAq>

Art 208. “Al que **provoque públicamente** a cometer un delito, **o haga la apología de éste** o de algún vicio, se le aplicarán de uno a tres años de prisión y hasta cincuenta días de multa, si el delito no se ejecutare; en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido. La provocación pública de un delito, o la apología de este o algún vicio, si no se ejecutare, se agravara en una mitad tratándose de los delitos previstos en la Ley Federal de Delincuencia Organizada. No se procederá cuando se expongan las consecuencias legales adversas derivadas de dicho delito, o cuando el servidor público que en ejercicio de sus funciones y con autorización fundada y motivada de la autoridad competente, simule conductas delictivas con el fin de aportar elementos de prueba en una averiguación previa.” (la negrita me pertenece)

delincuenciales”.⁴⁷ El contexto de esta propuesta es el pico de violencia registrado en 2011 en México derivado de una política fallida en materia de seguridad, en el marco de la persecución de delitos contra la salud (drogas). En ese contexto, la prensa reportaba la aparición de cuerpos mutilados en la vía pública a través de los cuales la delincuencia organizada buscó intimidar a particulares y autoridades de la región, mostrando su fortaleza e impunidad.

Este artículo ya sancionaba términos que se utilizan para prohibir la apología; en este caso, enfocada a que no se invite a las fuerzas armadas a cometer actos de desobediencia, rebelión, motín o sedición, entre otras conductas. Adicionalmente, y aunque corresponda a la sección de regulación en materia administrativa, el 30 de septiembre de 2011, se presentó una reforma a la Ley de Radio y Televisión, con el objeto de sancionar cualquier tipo de apología al crimen y la violencia en el mismo sentido en el que se promovió en la Ley sobre Delitos de la Imprenta.⁴⁸

El 4 de octubre de 2012 se presenta una propuesta para incluir dos nuevos delitos en el Código Penal Federal. El primero de ellos con el objetivo de sancionar a quien violente derechos humanos, que atenten contra la vida, la integridad, la libertad y la propiedad. Y, el segundo, sanciona una serie de conductas que promueven la comisión de estos delitos de violación de

⁴⁷ Propuesta de reforma al art. 3 de la Ley sobre los Delitos de Imprenta a cargo del Diputado Armando Corona Rivera, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, disponible en: <http://bit.ly/2nXb5nA>

Art 3o.- Constituye un ataque al orden o a la paz pública: “II. Toda manifestación o expresión hecha públicamente por cualquiera de los medios de que habla la fracción anterior, **con la que se aconseje, excite o provoque directa o indirectamente al ejército** a la desobediencia, a la rebelión, a la dispersión de sus miembros, o a la falta de otro u otros de sus deberes; se aconseje, provoque o excite directamente al público en general a la anarquía, al motín, sedición o rebelión, o a la desobediencia de las leyes o de los mandatos legítimos de la autoridad; se injurie a las autoridades del país con el objeto de atraer sobre ellas el odio, desprecio o ridículo; o con el mismo objeto se ataque a los cuerpos públicos colegiados, al ejército o guardia nacional o a los miembros de aquellos y estas, con motivo de sus funciones; se injurie a las naciones amigas, a los soberanos o jefes de ellas o a sus legítimos representantes en el país; o se aconseje, excite o provoque a la comisión de un delito determinado. Así como realizar apología de la violencia y del crimen, debiéndose entender que queda prohibido: enunciar, describir y presentar imágenes con un contenido explícito de admiración a la delincuencia; a víctimas asesinadas, mutiladas o ensangrentadas y riqueza en materia generada por acciones delictivas.”

⁴⁸ Propuesta de reforma al art. 63 de la Ley Federal de Radio y Televisión a cargo del Diputado Armando Corona Rivera, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, disponible en: <http://bit.ly/2Eh60la>

derechos humanos, siendo una de estas conductas “incitar”.⁴⁹

El 11 de diciembre de 2014, a poco más de dos meses de los hechos violatorios de derechos humanos cometidos en diversos municipios de Guerrero, conocidos mundialmente como la desaparición de los 43 estudiantes de Ayotzinapa, un diputado federal propone diversas modificaciones al Código Penal Federal para regular de manera más amplia el delito de desaparición forzada. Una de las conductas prohibidas que propuso fue la de “inducir o incitar” a la comisión de las formas de responsabilidad del delito de desaparición forzada de personas. Si bien sería razonable y proporcional sancionar estas acciones, en este como en otros casos el lenguaje puede ser

Art 63. “Quedan prohibidas todas las **transmisiones que causen la corrupción del lenguaje y las contrarias a las buenas costumbres**, ya sea mediante expresiones maliciosas, palabras o imágenes procaces, frases y escenas de doble sentido, **apología de la violencia o del crimen ; se prohíbe, también, todo aquello que sea denigrante u ofensivo para el culto cívico de los héroes y para las creencias religiosas**, o discriminatorio de las razas; queda asimismo prohibido el empleo de recursos de baja comicidad y sonidos ofensivos. **Por apología del crimen y la violencia deberá de entenderse: Enunciar, describir y presentar imágenes con un contenido explícito de admiración a la delincuencia; a víctimas asesinadas, mutiladas o ensangrentadas y riqueza materia generada por acciones delincuenciales.** Es nuestra convicción que al aprobarse esta modificación ayudaremos a evitar la realización en forma involuntaria la apología de la violencia o del crimen en los medios redundando en beneficio de la prevención del delito ante la juventud mexicana.” (la negrita me pertenece)

⁴⁹ Propuesta de reforma al Código Penal Federal a cargo de la Diputada María del Carmen Martínez Santillán, del grupo parlamentario del Partido al Trabajo, disponible en: <http://bit.ly/2EVjSi0>

Art 224 Bis. “Al servidor público que en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, viole los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales y Leyes Federales, y que atente contra la vida, libertad, integridad física o patrimonial de las personas, se le impondrá de seis a diez años de prisión, de trescientos hasta seiscientos días multa y destitución e inhabilitación de seis a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión público.

Artículo 224 Ter. Al servidor público que organice, dirija, patrocine o **incite a otros servidores** para cometer el delito de violación de Derechos Humanos o encubra a quienes lo cometieron, se les aplicará la pena de tres a cinco años de prisión, de ciento cincuenta hasta trescientos días multa y destitución e inhabilitación de tres a cinco años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.” (la negrita me pertenece)

utilizado por las autoridades para inhibir la expresión.⁵⁰

6. Delitos a través del uso de nuevas tecnologías

Con el uso más amplio de las nuevas tecnologías, en particular de Internet, se generaron debates sobre la regulación de contenidos en diferentes frentes: administrativo, civil y, por supuesto, en materia penal. El 8 de febrero de 2007 se propuso una reforma al artículo 366 del Código Penal Federal sobre el delito de privación de la libertad. Esta reforma buscaba equiparar el uso de medios cibernéticos, electromagnéticos o telefónicos, con el objeto de obtener un beneficio indebido señalado que se tiene a un ser humano cercano privado de su libertad. En este caso, la definición típica antijurídica que prevalece es la del delito principal y sólo se aclara que uno de los medios comisorios es la del uso de estas tecnologías.⁵¹

Se incluye en este artículo porque las nuevas tecnologías y medios cibernéticos son tan diferentes y sus usos tan diversos, que la forma en que está regulado el derecho penal podría permitir la persecución de quienes no tengan responsabilidad por los delitos.

El 22 de septiembre de 2011 se propuso añadir como medio comisorio del delito de pornografía de personas menores de 18 años, el uso de “sistemas de cómputo, electrónicos o por cualquier otro medio de comunicación”.⁵² Esta adición está íntimamente ligada a un delito cuya definición debería precisarse, ya que usa conceptos como facilite o induzca.

El 24 de abril de 2014 se buscó incluir en el Código Penal Federal un delito autónomo que busca sancionar a quienes publiciten, oferten, comercialicen a niños y niñas con fines de explotación sexual, utilizando las redes

⁵⁰ Propuesta de reforma al Código Penal Federal a cargo del Diputado José Luis Esquivel Zalpa, del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, disponible en: <http://bit.ly/1Bx8Fj>

Art 149 Bis G. “Al que induzca o incite a otro u otros a la comisión de los delitos contemplados en este capítulo. Se le impondrá una pena de quince a veinticinco años de prisión, y multa de 15 mil a 20 mil días de salario mínimo vigente en el Distrito Federal, además de la destitución e inhabilitación definitiva para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión en la administración pública federal, de los estados, del Distrito Federal, los municipios o demarcaciones territoriales administrativas del Distrito Federal.

⁵¹ Propuesta de reforma al art. 366 del Código Penal Federal a cargo del Diputado Juan Francisco Rivera Bedoya, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, disponible en: <http://bit.ly/2Bj5qR8>

⁵² Propuesta de reforma al art. 202 del Código Penal Federal a cargo del Diputado José Luis Ovando Patrón, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, disponible en: <http://bit.ly/2CacQ5Y>

sociales o Internet. El problema con este tipo penal es que no aclara quien o quienes serían las personas responsables ni los alcances de persecución con relación a los intermediarios.⁵³

El 24 de marzo de 2015 se planteó incluir como delito en el Código Penal Federal el Engaño por Internet o *Grooming* (artículo 209 Quáter). En este caso, el delito está ligado a otro ya existente: sólo agrega el medio comisario y modalidades al indicar que este delito se comete a través de dispositivos digitales, redes sociales, Internet, teléfonos o cualquier tecnología que permita contactar a un niño o niña de menos de quince años.

Debería mejorarse la descripción de la conducta antijurídica para aclarar que el sujeto activo es quien utiliza estos medios para el acercamiento físico porque bien podría interpretarse que serían co-partícipes del delito quienes son intermediarios o quienes son dueños/as de las plataformas de las redes sociales.

En esta misma propuesta de reforma se incorpora el delito de *sexting*, que tiene las mismas complejidades que el tipo penal anteriormente descrito: no se especifica quién o quiénes serían las personas responsables del delito,

⁵³ Art 202. "... Las mismas penas se aplicarán al que establezca comunicación a través de sistemas de cómputo, electrónicos o por cualquier otro medio de comunicación, con el propósito de cometer alguna de las conductas previstas en los párrafos anteriores" con relación al primer párrafo que dice: "- Comete el delito de pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, quien procure, obligue, facilite o induzca, por cualquier medio, a una o varias de estas personas a realizar actos sexuales o de exhibicionismo corporal con fines lascivos o sexuales, reales o simulados, con el objeto de video grabarlos, fotografiarlos, filmarlos, exhibirlos o describirlos a través de anuncios impresos, transmisión de archivos de datos en red pública o privada de telecomunicaciones, sistemas de cómputo, electrónicos o sucedáneos. Al autor de este delito se le impondrá pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa."

Propuesta de reforma al art. 209 Quáter del Código Penal Federal a cargo del Diputado Jorge Antonio Kahwagi Macari, del grupo parlamentario de Nueva Alianza, disponible en: <http://bit.ly/2EgAaRc>

Art 209 Quáter. "**Al que utilizando las redes sociales o el Internet oferte, comercio o permita publicitar** menores de dieciocho años de edad, con fines de explotación infantil se le impondrá prisión de cuatro a nueve años y de cuatrocientos a novecientos días multa." (la negrita me pertenece)

pudiendo incluir a intermediarios como partícipes del ilícito.⁵⁴ El 14 de julio de 2015 se propone, desde otro partido político, el delito de *grooming*, que tiene idénticas complicaciones.⁵⁵

El 9 de diciembre de 2015 se promovió reformar el delito de pornografía infantil para convertirlo en el delito de ciberacoso y pornografía infantil, prohibiendo el uso de Internet o medios electrónicos para obtener imágenes o contenido sexual de los niños o niñas de quince años o menos, o personas con alguna discapacidad intelectual o psicosocial, que afecte su integridad física o psicológica. Como hemos indicado, falta precisar claramente quién o quiénes serían las personas responsables para evitar la persecución, por

⁵⁴ Propuesta de reforma al Código Penal Federal a cargo de la Diputada Karen Quiroga Anguiano, del grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, disponible en: <http://bit.ly/2ERC2B0>

Capítulo II “Sexting” Art 149 Quáter. **“Al que a través de algún dispositivo digital, red social, Internet, teléfono, computadora, dispositivo electrónico o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, comercie, distribuya, exponga, haga circular, oferte, manipule, regale o publique documentos, escritos, grabaciones, filmes, fotografías, imágenes, objetos o contenidos de índole sexual sin el consentimiento de su autor quien los origina o de la persona cuya imagen se reproduzca y con la finalidad de difamar, ridiculizar, someter, subyugar, humillar, excluir, extorsionar o agredir, se le impondrá prisión de tres a cinco años de prisión, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos que en su caso sean cometidos.”** (la negrita me pertenece)

Capítulo IX Engaño por Internet o “Grooming” Art 209 Quáter. **“Al que a través de algún dispositivo digital, red social, Internet, teléfono, computadora, dispositivo electrónico o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, contacte con un menor de quince años y proponga concertar un encuentro con el mismo, a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 259-Bis a 266-Bis de éste Código, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento físico, se le impondrá prisión de tres a cinco años de prisión, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso sean cometidos. Cuando el acercamiento se obtenga mediante la coacción, la intimidación o el engaño, la pena se aumentará hasta en una mitad.”** (la negrita me pertenece)

⁵⁵ Propuesta de reforma al art. 261 Bis del Código Penal Federal a cargo del Diputado Juan Pablo Adame Alemán, disponible en: <http://bit.ly/2sgVnJg>

Art 261 Bis.- “A quien cometa el delito de ciberacoso sexual en una persona menor de quince años de edad o en persona que no tenga la capacidad de comprender el significado del hecho, aun con su consentimiento, o que por cualquier causa no pueda resistirlo o la obligue a ejecutarlo en sí o en otra persona, se le impondrá una pena de seis a trece años de prisión y hasta quinientos días multa. Se entiende por ciberacoso sexual al **acto de establecer comunicación a través de teléfono, Internet, o cualquier otra tecnología de la información y comunicación, con el propósito de obtener contenido sexual o pornográfico del menor, difundirlo, amenazar con hacerlo, y/o concertar un encuentro sexual con el mismo.**”

ejemplo, de intermediarios.⁵⁶

Los días 8 y 13 de septiembre de 2016 se presentaron dos propuestas para regular el delito de ciber acoso sexual, ambas con los problemas ya identificados en los anteriores tipos penales.⁵⁷ El 14 de diciembre de 2016 se presentó una propuesta para incluir el delito de acoso sexual en el Código Penal Federal y se incluyó, como parte del paquete, el delito de ciber acoso

⁵⁶ Propuesta de reforma al Código Penal Federal, a cargo del Diputado Felipe Cervera Hernández, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionarios Institucional, disponible en: <http://bit.ly/2ETfYpA>

Art 202 “Comete el delito de ciberacoso sexual de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad de comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, aun con su consentimiento, mediante coacción, intimidación o engaño, establezca comunicación a través de internet, teléfono móvil, cualquier otra tecnología de la información y comunicación así como la transmisión de datos, con el objeto de solicitarle imágenes y/o videos con contenido sexual del mismo y que en ocasiones deriva en un encuentro o acercamiento, a fin de cometer cualquier acto que vaya en contra de la integridad física y sexual del menor. Al autor de este delito se le impondrá pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil días multa.”

⁵⁷ Propuesta de reforma al artículo 209 Quáter del Código Penal Federal a cargo de los/as diputados/as Mariana Arámbula Meléndez, Marko Antonio Cortés Mendoza, Federico Doring Casar, Juan Pablo Piña Kurczyn y José Antonio Salas Valencia, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, disponible en: <http://bit.ly/2EeGt86>

Art 209 Quáter. “Se impondrán de cinco a diez años de prisión y multa de 200 a 400 UMA a quien haciendo **uso de las tecnologías de la información, Internet, teléfono móvil, comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos**, le requiera de cualquier modo a una persona menor de edad o a quien no tenga capacidad de comprender el significado del hecho o a personas que no tienen capacidad para resistirlo a que realice actividades sexuales explícitas, actos con connotación sexual, le solicite imágenes de sí misma con contenido sexual o le solicite un encuentro sexual.” (la negrita me pertenece)

Propuesta de reforma al Código Penal Federal a cargo de los Diputados César Camacho Quiroz y Felipe Cervera Hernández, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, disponible en: <http://bit.ly/2Eehgyl>

Art 202. -“Comete el delito de ciberacoso sexual de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho aun con su consentimiento, quien mediante coacción, **intimidación, inducción o engaño, establezca cualquier clase de comunicación a través de internet, teléfono móvil o cualquier otra tecnología de la información y comunicación así como la transmisión de datos**, con el objeto de solicitarle imágenes y/o videos con contenido sexual del mismo, y al que envíe algún tipo de mensaje y/o texto o establezca diálogos con contenido sexual. Al autor de este delito se le impondrá pena de 4 a 6 años de prisión y de quinientos a mil días de multa. Cuando la conducta derive en un encuentro o acercamiento, a fin de cometer cualquier acto que vaya en contra de la integridad física y sexual del menor, se le impondrá pena de siete a doce años de prisión y de ochocientos a dos mil quinientos días multa.” (la negrita me pertenece)

sexual. En ambos casos, se debería especificar qué se entiende por asediar solicitando favores sexuales. En el caso de ciberacoso sexual es necesario, además, precisar quién o quiénes pueden ser responsables del delito; es decir, circunscribir el sujeto activo a quien hace el asedio y no a quienes son intermediarios, o incluso dueños del equipo desde donde salen los mensajes.⁵⁸

VI. Conclusiones

El presente artículo buscó dar cuenta de los avances, retos y retrocesos en libertad de expresión, enfocando principalmente en la (des)criminalización. Se hizo una revisión exhaustiva de normativas de un periodo de tiempo y las herramientas de análisis fueron los criterios emanados de la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Por cuestiones de espacio, no se incluyó esta información en el artículo.

A nivel federal, se observa que fueron eliminados los delitos comúnmente identificados como aquellos que limitan la libertad de expresión. No obstante, hubo una expansión de propuestas y medidas que restringen la libertad de expresión a través de términos ambiguos penalmente hablando, como la incitación, invitación e instigación a la comisión de una diversidad de delitos o a alguna forma de apología del delito, incluidos los que atacan contra la salud y el terrorismo.

En gran medida, las propuestas de reforma legislativa que pueden afectar la libertad de expresión se concentran en la regulación en materia de trata de personas y de pornografía infantil, incluido el *grooming* y el *sexting*. De manera más limitada, se identificaron propuestas para criminalizar el discurso de odio y de generación de estereotipos.

En el texto se incluyen dos menciones de regulación no penal. Una, refiere al complemento que tuvo la derogación de los delitos de difamación, calumnias e injurias, que requirió un fortalecimiento de las medidas de carácter civil para proteger la honra y dignidad, como la indemnización por daño moral o el reconocimiento del derecho de réplica. La otra tiene que ver con regulación administrativa sancionatoria en temas de lenguaje y estereotipos para erradicar la violencia contra las mujeres, así como para eliminar la discriminación.

Uno de los hallazgos más relevantes fue identificar cómo diversas agendas afectan -directa o indirectamente- la regulación en materia de libertad de

⁵⁸ Propuesta de reforma a diversos artículos del Código Penal Federal a cargo de la Diputada María Eugenia Ocampo Bedolla, disponible en: <http://bit.ly/2Bj5Yqa>

expresión. Después de la derogación a nivel federal de los delitos de injuria, calumnia y difamación, aparecieron propuestas de reforma penal en el marco de la “lucha contra el narcotráfico”. Esto llevó a que los delitos contra la seguridad, en particular el delito de terrorismo, tuvieran modificaciones. En esta época aparecieron los narco-mensajes, a través de mantas acompañadas de cuerpos de personas asesinadas y mutiladas. También comenzaron a narrarse historias de “narcos” a través de expresiones artísticas. Todo esto fue visto por un sector de la sociedad como apología a esas conductas. Si bien estos debates aún existen, la época de más intensidad fue de 2006 a 2012.

Otra tendencia que se registró entre 2007 y 2012 fue la propuesta de penalizar la discriminación. En muchos ámbitos, se quiso extender la penalización al lenguaje discriminatorio, generando muchas ambigüedades en la interacción con el derecho a la libertad de expresión. Se decía, en ese entonces, el derecho penal pretendía obligar a las personas a tener un lenguaje políticamente correcto.

La persecución del uso del lenguaje fue también de carácter administrativo, a través del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. En este mismo debate se enmarcan las propuestas de regulación para erradicar la violencia contra las mujeres, propuestas que no han parado de crecer y que, en tiempos recientes, promueven sanciones por violencia política contra las mujeres, que incluyen el uso de expresiones ofensivas contra las mujeres.

Además de las anteriores, existe una tendencia enmarcada en las políticas contra la trata de personas que se intensificaron mundialmente en 2006. Si bien en México hubo debates ese año, se intensificaron entre 2010 y 2014, con impacto en la libertad de expresión por diversos medios comisarios que ahora se regulan en este delito.

Con la derogación de los delitos de difamación, injurias y calumnias, parecían eliminados aquellos delitos con tipificación ambigua y contraria al principio de legalidad. Sin embargo, desde entonces y hasta la fecha, se establecieron varios tipos penales para evitar la apología de ciertas conductas como el aborto, la pornografía infantil, la violencia en espectáculos públicos, la comisión de desaparición forzada y la violación de derechos humanos, entre otros.

Por último, si bien existieron algunas propuestas tempranas de regulación penal que incluyeron a las nuevas tecnologías como medio comisario del delito, desde 2011 a la fecha proliferaron propuestas en las que las y los legisladores buscan limitar desde el derecho penal el uso de Internet, telefonía celular y otros métodos, sin entender la lógica con la que éstos operan.

En el artículo quedaron en el tintero debates legislativos, mas no constitucionales, sobre la prohibición de difamación a las instituciones del Estado y

de otros partidos políticos, un tema que fue sensible en las elecciones de 2006 y que difícilmente superan el tamiz de un Estado democrático de derecho.

Otro componente importante de regulación, que no se incluye en el artículo pero si está en la información base, son las propuestas de reformas que buscan proteger a niños y niñas y que establecen varias obligaciones a concesionarios de radio, televisión, cinematografía y se expande a intermediarios en el uso de nuevas tecnologías.

Observatorio Legislativo sobre libertad de expresión en el Perú¹

Resumen ejecutivo

El presente artículo repasa los últimos veinte años de producción legislativa y los últimos cinco de iniciativas legislativas vinculadas con el ejercicio de la libertad de expresión, incluyendo los siguientes tópicos: delitos de expresión (injuria, calumnia y difamación), difusión de información falsa o *fake news*, desacato, prohibiciones a la difusión de cierto tipo de información pública o privada, la violencia en la expresión (en especial, por internet), el delito de terrorismo y el delito de apología, y la responsabilidad de los intermediarios o plataformas de Internet por los contenidos difundidos por sus usuarios.

El autor analiza críticamente las principales leyes y proyectos de leyes presentados durante dicho período y, aunque descarta que se pueda extraer una tendencia clara y reflexionada por parte de los legisladores peruanos, cuestiona la facilidad con la que han proliferado las normas que criminalizan o agravan las penas aplicables a distintas formas de expresión. En especial aquellas que otorgan un trato menos favorable a la expresión en internet.

I. Introducción

¿Se puede encontrar un patrón en movimientos tan vacilantes –si no erráticos– como el giro de un trompo, el baile de un ebrio o el vuelo de una hoja suelta al viento?

Tratar de escribir sobre alguna tendencia legislativa reflexionada y decidida en materia de libertad de expresión en el Perú en los últimos 20 años presenta

¹ Este documento fue elaborado por Andrés Calderón, abogado (Pontificia Universidad Católica del Perú), periodista, Master en Derecho por la Universidad de Yale, e investigador de Perú del Observatorio Legislativo del CELE.

la misma dificultad que identificar alguna inclinación legislativa en cualquier materia. Sencillamente, no existe. Esto es así porque el Congreso peruano, en los últimos 25 años, careció tanto de consistencia como de una visión de largo plazo. Sin esos dos componentes, difícilmente se puede hablar de tendencias legislativas. Esto no impide, por supuesto, señalar que el Poder Legislativo ha acompañado el devenir del tiempo con iniciativas de normativas y leyes de coyuntura. Pero las anécdotas también son coyunturales.

La ausencia de una dirección legislativa clara en materia de libertad de expresión y, más importante aún, la falta de una apreciación holística de este derecho fundamental y el impacto que pueden tener las normas sobre él, no es óbice para emprender la importante tarea de sintetizar en un observatorio legislativo las normas que afectan (para bien o para mal) la libertad de expresión en el Perú.

El presente artículo recoge los resultados de una revisión de los últimos 20 años (1997-2017) de labor legislativa, entendida ésta como las normas con rango de ley bajo el ordenamiento jurídico peruano. Esto incluye las leyes y resoluciones legislativas emitidas por el Congreso de la República (en cámara única desde la emisión de la Constitución Política del Perú en 1993). También incluyen las normas con rango de ley emitidas por el Poder Ejecutivo al amparo de la Constitución (decretos legislativos y decretos de urgencia). De igual modo, se suman las iniciativas legislativas (proyectos de ley) presentados ante el Congreso de la República durante los últimos cinco años (2012-2017).

En la mayoría de casos, los esfuerzos legislativos estuvieron ligados a eventos coyunturales o mediáticos, tales como una manifestación pública, un reportaje televisivo o una publicación periodística.

En Perú no existe un camino legislativo coherente y conexo. Por esa razón, pretender una exposición exclusivamente cronológica de los hallazgos normativos probablemente perjudicaría al lector que intenta formarse una idea de la regulación sobre la libertad de expresión en el país. Por tal razón, hemos optado por una distinción temática en siete capítulos, en cada uno de los cuales se hace una exposición de las leyes y proyectos legislativos sobre la materia. No obstante, cada capítulo sigue prioritariamente un orden cronológico que permite ilustrar los principales cambios que el ordenamiento nacional ha experimentado.

En el primer capítulo se abordan los típicos delitos de expresión previstos en la legislación penal: injuria, calumnia y difamación y las normas sobre el derecho de rectificación aprobadas durante el intervalo objeto de estudio.

El segundo capítulo trata sobre la regulación respecto de noticias falsas

o *fake news*, un tema de mayor relevancia a nivel internacional y que, sin embargo, recibió poca atención a nivel legislativo local. El tercer capítulo revisa la breve legislación sobre desacato.

La difusión de cierto tipo de información pública y privada y, más específicamente, la existencia de prohibiciones sobre la divulgación de esta información es desarrollada en el capítulo cuarto. La violencia en el discurso es abordada en el capítulo quinto, con énfasis en las normas sobre discriminación en sentido general, el *bullying* y las que buscan proteger a los menores de edad en el entorno de internet y la difusión de pornografía.

El sexto capítulo está dedicado al terrorismo y, en particular, a la apología, entendida como un delito autónomo por la legislación peruana.

Finalmente, el último capítulo aborda un asunto que mereció más atención de algunas autoridades administrativas (en protección al consumidor y protección de datos personales, por ejemplo) que de los legisladores locales: la responsabilidad de los intermediarios por la difusión de contenidos que realizan los usuarios de sus servicios o plataformas.

II. Los delitos clásicos: injuria, calumnia y difamación

Cuando se habla de la regulación del discurso y libertad de expresión a nivel legislativo, las normas que rápidamente vienen a la mente son aquellas que sancionan el daño, el honor o la reputación. Nos referimos a las leyes que versan sobre la injuria, la calumnia y la difamación, que en el Perú tienen naturaleza penal (Código Penal de 1991).

La injuria en el Perú está prevista como el delito de menor gravedad y se considera que se produce esencialmente mediante la ofensa a través de palabras y gestos a otra persona.² La calumnia, en cambio, supone la atribución falsa de un delito a otra persona.³ Así, mientras la injuria implica la imputación de cualquier ofensa, la calumnia requiere una atribución calificada: la de un delito. Para que haya delito de calumnia es necesario que el delito imputado sea falso, no así en el caso de la injuria. Una paradoja se produce aquí, pues mientras que la ley penal peruana no condona la atribución ofensiva aun cuando ésta tenga sustento real (injuria), sí lo hace cuando esta imputación es la de un delito (calumnia).

El tercer delito es el de la difamación. En este caso, el contenido del

² Art. 130 Código Penal.- El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa.

³ Art. 131 Código Penal.- El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con noventa a ciento veinte días-multa.

discurso ofensivo está previsto en términos más amplios: “el que (...) atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación”.⁴ La doctrina mayoritaria penal entendió esta generalidad para admitir que tanto una atribución injuriosa (una ofensa cualquiera, que no califique como un delito) como una atribución calumniosa (la imputación falsa de un delito) puedan ser objeto de difamación.⁵ Lo que distinguirá entonces a este tipo penal de los dos anteriores es el canal de expresión. La difamación –a diferencia de la injuria y de la calumnia– exige que la atribución se realice “ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia”.⁶

Como en muchas otras legislaciones en la materia, existe también en la normativa peruana la prueba de la veracidad o *exceptio veritatis*. Llamativamente, el Código Peruano ha dispuesto esta excepción en un artículo (134) que hace referencia cruzada al artículo que tipifica el delito de difamación (132) y no a los de injuria y calumnia. Aunque este último, ciertamente, no lo requeriría ya que el delito de calumnia exige necesariamente como un elemento del tipo que la atribución de un delito sea falsa. Es decir, opera en la práctica una excepción de veracidad.

La regulación penal de estos delitos no fue del todo pacífica en el Perú y han existido iniciativas tanto para endurecer estas penas como para des-criminalizar los delitos de expresión. Durante el período investigado, se

⁴ Art. 132 Código Penal.- El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días-multa.

Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa.

Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa.

⁵ Según Bramont-Arias y García Cantizano: “De la definición de la difamación se deduce que, en realidad, es una injuria que tiene una característica especial: la difusión de la noticia”. Bramont-Arias, Luis y García Cantizano, Carmen. *Manual de Derecho Penal*, Lima, Editorial San Marcos, 4ta ed. 1998, p. 141. Asimismo, Chirinos Soto señala que: “Como en la calumnia y especialmente en la injuria, debe haber en la difamación un propósito específico de dañar el honor y la reputación del agraviado”. Chirinos Soto, Enrique. *Código Penal*, Lima, Editorial Rodhas, 2da ed., 2005, p. 283.

⁶ Existen ciertas conductas atípicas expresamente previstas en el Código Penal (artículos 133 y 137) que tienen que ver con ofensas en circunstancias de un juicio legal, críticas literarias, artísticas o científicas, y apreciaciones o informaciones realizadas por funcionarios públicos en cumplimiento de sus labores, o las ofensas orales que se profieren en medio de un altercado.

han presentado dos proyectos legislativos para quitar la pena privativa de libertad a este tipo de delitos, aunque manteniéndolos como figuras típicas dentro del Código Penal;⁷ y uno que, en cambio, endurecía la pena cuando la difamación se producía a través del “Internet o medios virtuales vía blog y/o páginas sociales”. Aunque, en realidad, la legislación vigente ya contempla esa agravante de manera más amplia con la referencia genérica a “otro medio de comunicación social”.⁸

No obstante, las únicas reformas normativas que prosperaron en esta materia en los últimos 20 años estuvieron relacionadas con aspectos procesales de estos delitos, que no afectan la regulación sobre el contenido del discurso.

Si bien la regulación de la ofensa (en sentido lato) no mereció mayores cambios legislativos desde el Código Penal de 1991, el mecanismo de satisfacción privada, más conocido como el derecho de rectificación (contemplado en el numeral 7 del artículo 2 de la Constitución de 1993), sí fue desarrollado a nivel legislativo en 1997.

En líneas generales, la Ley N° 26.775 de abril de 1997, modificada a los tres meses por la Ley N° 26.847, establece el mecanismo por el cual una persona agraviada o afectada por informaciones inexactas podía solicitar

⁷ Uno de ellos fue el Proyecto de Ley N° 1.599 de 2012, presentado por el congresista Mauricio Mulder del APRA, que planteaba cambiar todas las sanciones de penas privativas de la libertad al delito de difamación por servicios comunitarios de hasta ciento cincuenta y seis jornadas o trescientos sesenta y cinco días-multa. El otro fue el Proyecto de Ley N° 1.622 (2012) del congresista nacionalista Santiago Gastañaduí, que también planteaba eliminar toda referencia a penas privativas de la libertad en el delito de difamación.

⁸ Proyecto de Ley N° 4.833 de 2015, presentado por el parlamentario Wilder Ruiz Loayza de Dignidad y Democracia.

su rectificación al director de un medio de comunicación⁹.

III. Noticias falsas o *fake news*

El Perú no ha sido ajeno al fenómeno de la propagación de noticias falsas o *fake news*. El concepto subyacente a este término es la propagación deliberada a través de plataformas noticiosas de información falsa –o, en el mejor de los casos, sin corroborar– con la finalidad de ocasionar un perjuicio a la imagen o reputación de un político o una institución. Con esa conducta, se busca que el efecto multiplicador de la difusión, en especial en tiempos de internet, genere un impacto negativo que no pueda ser contrarrestado por la difusión de información correcta o la rectificación de la información.

A nivel local, la discusión sobre la falsedad de las noticias se centró principalmente en las reacciones y críticas a la cobertura periodística por parte de políticos y organizaciones partidarias. Sin embargo, la única previsión legislativa que se encuentra específicamente relacionada con la difusión de noticias falsas dentro del período legislativo considerado para la presente investigación la podemos encontrar en la Ley N° 30.076 de 2013.

Esta norma se emitió en el contexto de una serie de acciones para combatir la inseguridad ciudadana. Entre varias modificaciones que esta norma trajo al Código Penal –la mayoría de ellas ligadas a la delincuencia común–, se creó un nuevo delito denominado de “grave perturbación de la

⁹ Con buen criterio, en el artículo 5 de la ley se contemplaron algunas situaciones en las que no procede la rectificación, como, por ejemplo, cuando la solicitud de rectificación no esté relacionada con los hechos difundidos (es decir, una solicitud inconducente), o cuando lo que se pretenda rectificar sean opiniones o juicios de valor y no hechos. Esto último es así porque solamente los datos objetivos (y no las apreciaciones subjetivas) están sujetas a un juicio de veracidad y por lo tanto pueden ser rectificables. Para Palma Fernández “Constituye el objeto de rectificación los hechos que se consideren contrarios a la verdad, pero no las opiniones, juicios o valoraciones subjetivas, debiendo limitarse la rectificación a los hechos de la información que se desea corregir”. Palma Fernández, José Luis. “Derecho de rectificación: opinión vertida en un blog por su autor”, *Lexology*, 13 de diciembre de 2013, <http://bit.ly/2scylDt>.

Otras previsiones en las que no procede la rectificación no son tan claras o parecen partir de una premisa incorrecta. El artículo 5 de la ley de rectificación establece por ejemplo la posibilidad de rechazar la solicitud cuando “sea injuriosa o contraria a las leyes o a las buenas costumbres” o “cuando se refiera a tercera persona sin causa justificada”. Una solución errada, a nuestro parecer, pues la ofensa a un tercero (que podría ser omitida por el medio de comunicación) no elimina la necesidad de rectificación original. En otras palabras, el medio de comunicación puede cumplir con su deber de rectificación corrigiendo los hechos informados incluso cuando no siga los términos exactos planteados por el solicitante.

tranquilidad pública” en el artículo 315-A del referido cuerpo normativo.¹⁰

En realidad, se trata de una variante del delito de “disturbios” previsto en el artículo 315 del Código Penal¹¹, enfocado en los atentados contra la integridad física de las personas o un acto de violencia que cause “grave daño a la propiedad pública o privada”, en el contexto de un tumulto, como el caso del vandalismo.

En cambio, el artículo 315-A supone otro tipo de afectación a la paz pública. La conducta típica descrita en el primer párrafo de este artículo no queda clara, ya que estipula que la perturbación grave de la paz pública se puede producir “usando cualquier medio razonable capaz de producir alarma”.

La imprecisión de la conducta punible refleja el primer problema que presenta la redacción de este artículo, que es contradictoria a los cánones

¹⁰ Ley No. 30.076, “Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y Crea Registros y Protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana” B.O. del 19/09/2013.

Artículo 2. Incorporación de artículos al Código Penal

Incorpóranse los artículos 45-A, 196-A, 207-D y 315-A al Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo 315-A. Delito de grave perturbación de la tranquilidad pública

El que perturbe gravemente la paz pública usando cualquier medio razonable capaz de producir alarma, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Se considera perturbación grave a todo acto por el cual se difunda o ponga en conocimiento de la autoridad pública, medios de comunicación social o de cualquier otro por el cual pueda difundirse masivamente la noticia, la inminente realización de un hecho o situación falsa o inexistente, relacionado con un daño o potencial daño a la vida e integridad de las personas o de bienes públicos o privados.

Si el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio la amenaza de la comisión del delito de terrorismo, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años”.

¹¹ Art. 315, Código Penal, modificado por las leyes 27686 (2002), 28820 (2006), 30037 (2013) y el Decreto Legislativo 1237 (2015), Artículo 315.- Disturbios

El que en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

Será sancionado con la misma pena cuando los actos descritos en el primer párrafo se produzcan con ocasión de un espectáculo deportivo, o en el área de influencia deportiva.

Constituyen circunstancias agravantes los siguientes supuestos:

1. Si en estos actos el agente utiliza indebidamente prendas o símbolos distintivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, la pena privativa de la libertad será no menor de ocho ni mayor de diez años.

2. Si el atentado contra la integridad física de las personas causa lesiones graves, será reprimido con la pena privativa de la libertad no menor de ocho años a doce años.

3. Si el atentado contra la integridad física de las personas causa la muerte, será reprimido con la pena privativa de la libertad no menor de quince años.

de tipicidad que se exige en materia penal. Eso intenta ser corregido en el segundo párrafo del artículo en mención, cuando se desarrolla el concepto de perturbación grave como

todo acto por el cual se difunda o ponga en conocimiento de la autoridad pública, medios de comunicación social o de cualquier otro por el cual pueda difundirse masivamente la noticia, la inminente realización de un hecho o situación falsa o inexistente, relacionado con un daño o potencial daño a la vida e integridad de las personas o de bienes públicos o privados.

Se trata pues de otra especie del género de delitos de expresión. En este caso, para que la expresión sea penada se requiere que sea sobre un hecho o situación falso o inexistente y que tenga una conexión con un daño potencial o real. Ejemplos típicos podrían ser la propagación de información sobre un desastre natural, un gran accidente o un peligro público (por ejemplo, un acto de vandalismo, saqueo o terrorismo). Se entiende que esta difusión podría poner en peligro a un número importante de personas de forma injustificada.

Si bien es posible extraer una conexión entre la difusión de información de “peligro” y el riesgo que se quiere evitar (la alteración de la tranquilidad pública), la tipificación de esta conducta también es objeto de críticas.¹²

En primer lugar, al requerirse únicamente que la información sea falsa, no se distingue entre la difusión inocente de la información que resulta incorrecta respecto de la difusión malintencionada a sabiendas de su falsedad. Se podría argumentar en contra que, bajo la legislación penal peruana, todo delito –en ausencia de previsión contraria– requiere el elemento subjetivo del dolo. Sin embargo, el dolo, en este caso, únicamente requeriría consciencia y voluntad en la difusión de la información y no en la condición de falsedad de la información a ser difundida. En todo caso, la falta de claridad en este aspecto constituye uno de los aspectos cuestionables de la técnica legislativa utilizada.

Otro problema con la configuración de este tipo penal es la causalidad adecuada entre la difusión de información falsa y el daño (potencial o real) que esta acción puede ocasionar. En efecto, dependiendo del contenido de la información falsa o el contexto en el que ésta es difundida, puede resultar inidónea para alterar la tranquilidad pública. Diversos factores pueden entrar en juego: la credibilidad de la persona que difunde la información, la verosimilitud de los hechos o situaciones que se informan y su grave-

¹² Calderón, Andrés, “De Twitter a la cárcel”, *El Comercio*, 27 de marzo de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2Eqx9RA>.

dad. Por ejemplo, anunciar un apocalipsis zombie o difundir un audio por mensajería instantánea con datos incorrectos o poco creíbles difícilmente podrían asemejar el clásico ejemplo de gritar falsamente “fuego” en una sala de cine llena.¹³

En los últimos meses, se hizo alusión a este tipo penal para desincentivar la propagación de información falsa y alarmista a través de redes sociales y sistemas de mensajería instantánea.¹⁴

IV. Desacato

El delito de desacato se encontraba previsto en el Código Penal peruano de 1991, como parte de la sección de delitos contra la administración pública.

Hasta antes de su derogación, el artículo 347 sancionaba con no más de tres años de pena privativa de libertad a quien amenazaba, injuriaba u ofendía a un funcionario público en relación a la materia de sus funciones o mientras éste las ejercía¹⁵. Añadía además que “si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

La derogación del desacato en el Perú se dio como parte de un camino de reformas legales regionales emprendido a partir de un informe publicado en 1995 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). El documento sostuvo que las leyes de desacato son incompatibles con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que “les otorga injustificadamente [a los funcionarios públicos] un derecho a

¹³ Corte Suprema de Estados Unidos, “Schenck v. United States”, 249 U.S. 47 (1919).

¹⁴ El gobierno peruano inició una campaña mediática para evitar la difusión de falsas alarmas en un contexto de emergencias naturales ocasionadas por el fenómeno denominado El Niño costero. Campañas del Gobierno del Perú: “Sanciones- Una sola fuerza”, disponible en: <http://bit.ly/2BYM4xr>, y portal electrónico: <http://bit.ly/2GUfHn6>. El Ministerio del Interior, encargado de la seguridad ciudadana, advirtió que había presentado denuncias penales contra algunas personas que difundían e invocaban a la realización de actos de violencia como saqueos en estas circunstancias. “Sujetos que incitaron al saqueo en redes sociales serán denunciados ante la Fiscal”, *Perú21*, 19 de marzo de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2C2NZkA>.

¹⁵ **Art. 347, Código Penal.**- El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si el ofendido es Presidente de uno de los Poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad”.¹⁶ En 2001, la Defensoría del Pueblo presentó un proyecto de ley que proponía suprimir el artículo 347 del ordenamiento penal peruano. Del mismo modo, fueron presentadas por parlamentarios de distintas bancadas otras seis iniciativas legislativas que promovían el mismo fin. Finalmente, mediante artículo único de la Ley N° 27.975, fue derogado el delito de desacato en 2003, sin perjuicio de que se entiende que los funcionarios públicos también pueden ser víctimas de los delitos de injuria, calumnia y difamación.

V. Difusión de información pública y privada

Siguiendo la tendencia de otros países de la región, Perú cuenta desde hace varios años con legislación en materia de transparencia y acceso a la información pública, así como diversas normas que regulan la publicidad o la confidencialidad de determinada información en posesión de entidades estatales y empresas privadas.

La interacción entre acceso a la información pública y libertad de expresión es muy estrecha. Las libertades informativas se nutren y sostienen gracias a la recolección y difusión de información pública. Y mientras más transparente es una sociedad, ésta progresa más en la discusión y aprendizaje de los temas de relevancia nacional. No obstante, para efectos del presente trabajo nos limitaremos al estudio de aquellas normas que, pudiendo tener o no alguna previsión sobre el acceso y recolección de información, regulan específicamente la difusión de la información. Es decir, aquellas leyes que limitan o favorecen el discurso por la naturaleza de la información que contiene.

En 2002 se promulgó la Ley N° 27.806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Esta norma experimentó varias modificaciones pero a la fecha aún constituye el marco general que guía la actuación de las entidades de la Administración Pública.¹⁷ Allí se determina a qué información tienen derecho a acceder los ciudadanos como regla general,¹⁸ cuál es el procedimiento para acceder a esa información, qué información puede ser declara como reservada y cuál es el proceso para su declaración como tal.

El artículo 15 de la Ley N° 27.806, modificado por la Ley N° 27.927

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual, OEA/Ser.L/V/II.88. Doc.9.rev. 17 de febrero de 1995, p.218.

¹⁷ Incluyendo también a las personas jurídicas privadas “que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público”, en virtud del artículo 9 de la ley.

¹⁸ De acuerdo al artículo 3 de la Ley, “toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por el Artículo 15” de la misma ley.

de febrero de 2003, establece las excepciones al derecho de acceso a la información pública, distinguiendo entre información secreta,¹⁹ información reservada²⁰ e información confidencial²¹; e impone a los funcionarios públicos la obligación de no divulgar esta información. Sin embargo, no establece ninguna limitación o responsabilidad para cualquier ciudadano o medio de comunicación que, habiendo tenido acceso a dicha información, proceda a divulgarla. Sin embargo, eso no impidió que algunas entidades públicas denuncien ilegalmente a aquellas personas que, sin tener obligación de resguardo, han difundido información reservada, secreta o confidencial.²²

Algo similar sucede con las normas que otorgan protección a los denunciantes o a quienes colaboran con la detección de delitos e infracciones administrativas, cuya identidad se encuentra protegida por ley a través de sanciones por su revelación o difusión a quienes tienen deber de custodiársela, mas no –y de forma acertada– para terceros o medios de comunicación social que puedan tener acceso a dicha información.²³

Sin embargo, en 2011 se emitió una ley que reguló el tipo de información que podía ser utilizada y que representó una peligrosa limitación para las libertades informativas. Nos referimos a la Ley N° 29.733, Ley de Protección de Datos Personales. Siguiendo el modelo europeo, esta norma incluyó una de

¹⁹ Contenida en el artículo 15 de la Ley: Información referida a planes de defensa militar, operaciones de inteligencia, información militar, material bélico, entre otros.

²⁰ Contenida en el artículo 15-A de la Ley: Información referida a seguridad nacional, planes de defensa militar, sobre investigaciones penales, sobre negociaciones internacionales, entre otros.

²¹ Contenida en el artículo 15-B de la Ley: Información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil, información sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, datos personales cuya publicidad vulnere la intimidad personal y familiar, entre otros.

²² “Ministerio de Defensa justificó así denuncia contra Panorama”, *El Comercio*, 30 de junio de 2016 disponible en: <http://bit.ly/2nK7cD9>.

²³ Ver: Ley N° 27.378 (artículo 22) que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada que establece la reserva de la identidad y datos personales del colaborador, Ley N° 29.452 (artículo 9) que protege al denunciante en el ámbito administrativo y al colaborador eficaz en el ámbito penal, estableciendo la confidencialidad de su identidad y la información proporcionada, así como atribuyendo responsabilidad a los funcionarios que manejan la información aportada por el denunciante, Ley N° 30.077 (artículo 15) contra el crimen organizado, que precisa que el deber de confidencialidad resultaba aplicable también a las personas naturales y jurídicas del sector privado que estén colaborando con la entrega de información, cuando esta les sea requerida. El Decreto Legislativo 957, nuevo Código Procesal Penal, aprobado en el 2007, establece similares obligaciones de confidencialidad para las autoridades, testigos y colaboradores que intervienen en acciones de investigación, mas no –y de forma acertada– para terceros o medios de comunicación social.

las provisiones más problemáticas por su falta de practicidad y por sus efectos nocivos para la adquisición y compartición de información: la obligatoriedad general del consentimiento previo para cualquier uso y difusión de todo tipo de datos personales. El artículo 5 de la ley establece de modo genérico que “para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular”, sin distinguir entre el tipo de tratamiento, su finalidad ni el tipo de datos.

En base a esta norma, duramente criticada por periodistas y abogados,²⁴ se plantearon algunas denuncias contra medios periodísticos y portales de difusión de información pública con el objetivo de limitar el derecho de difundir información y el derecho ciudadano a acceder a ella.²⁵

Otras normas que establecieron limitaciones a la divulgación de información por parte de entidades públicas son: la Ley N° 30.076 (artículo 1) que dispone la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales de quienes han cumplido la pena impuesta y prohíbe que cualquier registro o anotación sean comunicados, salvo por solicitud del Ministerio Público o de un juez, el Decreto Legislativo 1.182 (artículo 7) que establece la obligación de reserva a las operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y a las entidades públicas que participen en la obtención y suministro de los datos de localización y geolocalización de teléfonos móviles y aparatos electrónicos para fines de investigación policial, y el Decreto Legislativo 1.218 (artículos 13 y 17) que establece la obligación de reserva y confidencialidad a cualquier persona que labore en una entidad pública o privada y tenga acceso a las grabaciones de cámaras de videovigilancia en bienes de dominio público, vehículos de servicio de transporte público de pasajeros y establecimientos comerciales abiertos al público.

²⁴Zegarra, Gonzalo, “Ley de datos personales: entre lo público y lo privado”, *Semana Económica*, 31 de marzo de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2FOLEfh>.

“Editorial: Lo que la ley esconde”, *El Comercio*, 13 de mayo de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2nJ0ltu>.

“Consejo de la Prensa preocupado por Ley de Datos Personales”, *El Comercio*, 24 de agosto de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2GUg9Sk>.

²⁵ Las primeras sanciones efectivas en virtud de la Ley de Protección de Datos Personales fueron las que recayeron sobre el sitio de internet “datosperu.org”. En 2014 la Dirección General de Protección de Datos Personales (DGPDP) atendió la queja de dos ciudadanos y multó al portal electrónico con 60 UIT (S/ 228 mil/US\$ 78,6 mil aproximadamente) por haber difundido datos personales que se habían publicado previamente en el diario oficial El Peruano y por no atender el pedido de cancelación de los solicitantes. Resolución 074-2014-JUS/DGPDP del 24 de octubre de 2014 y Resolución 075-2014-JUS/DGPDP del 24 de octubre de 2014.

Se han tramitado otros procedimientos contra medios periodísticos, como, por ejemplo:

- DGPDP, “No identificado c/ El Comercio”, Resolución 061-2014-JUS/DGPDP del 1 de agosto de 2014 y Resolución 070-2014-JUS/DGPDP del 3 de octubre de 2014.

- DGPDP, “No identificado c/ Grupo La República”, Resolución 062-2014-JUS/DGPDP del 1 de agosto de 2014 y Resolución 069-2014-JUS/DGPDP del 3 de octubre de 2014.

- DGPDP, “No identificado c/ Diario El Trome, Compañía Peruana de Radiodifusión y Compañía Americana de Radiodifusión”, Resolución 015-2016-JUS/DGPDP del 10 de febrero de 2016 y Resolución 033-2016-JUS/DGPDP del 12 de abril de 2016.

De forma aún más grave, a través de una resolución administrativa en 2016, la dirección administrativa a cargo de la aplicación de la ley de protección de datos personales derivó de ella la existencia del controversial “derecho al olvido”, al obligar al motor de búsqueda Google que bloqueara los resultados que aparecieran con el nombre y apellido de un ciudadano que reclamaba tal derecho y que quería que se eliminaran todas las notas periodísticas que se hicieron respecto de un proceso penal seguido en su contra. Este fallo fue también largamente criticado, aunque hasta la fecha no se un nuevo caso en el que se reclame el “derecho al olvido”.²⁶

Como reacción frente al gran número de cuestionamientos que ha recibido esta norma y su aplicación por la autoridad administrativa de protección de datos personales, en 2017 se añadió una excepción a la obligación de obtener el consentimiento. Así, se dispuso que éste no resultaba necesario “cuando el tratamiento se realiza en ejercicio constitucionalmente válido del derecho fundamental a la libertad de información”.²⁷ La redacción tan genérica y la inclusión del calificativo de “válido”, sin embargo, no eliminó del todo los peligros que esta ley acarrea.

En un ámbito distinto, el de la protección de menores de edad, existe una limitación a la difusión de cierto tipo de información aplicable específicamente a los medios de comunicación social. Ellos no pueden difundir la identidad de los niños y adolescentes que se encuentran dentro del alcance del Decreto Legislativo N° 1.297 (de diciembre de 2016), que regula la protección a menores que están en situación de desprotección familiar o en riesgo de perder los cuidados parentales.²⁸ Del mismo modo, el Decreto Legislativo N° 1.348 de enero de 2017, que aprueba el Código de Responsabilidad Penal de los

²⁶ Calderón, Andrés, “Para el olvido”, *El Comercio*, 23 de junio de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2BJSLLr>.

Sifuentes, Marco, “Traición y olvido”, *El Comercio*, 1 de julio de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2FSt7Pe>.

Morachimo, Miguel, “¿Por qué se ha sancionado a Google en Perú?”, *Blog Hiperderecho*, 21 de junio de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2FSyJTI>.

Borgioli, Martín, “Google es sancionado por primera vez en Perú por desconocer el Derecho al Olvido”, *Blog Hiperderecho*, 21 de junio de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2BZd2EZ>.

²⁷ Artículo 14 de la Ley N° 29.733, modificado por el Decreto Legislativo N° 1.353, “Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses”, B.O del 07/01/2017, Art. 37.

²⁸ Decreto Legislativo N°1.297, “Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos”, B.O. del 30/12/2016, Duodécima Disposición Complementaria Final.

Adolescentes, dispone que son reservadas las actuaciones judiciales y fiscales que versan sobre la determinación de la responsabilidad de dichos menores así como los datos que permitan la identificación del adolescente, su familia o circunstancias particulares.²⁹ El artículo 18 de la norma extiende la obligación de reserva al señalar que “en ningún caso el adolescente puede ser identificado o expuesto en los medios de comunicación u otras personas ajenas al proceso”, y que esta reserva también “se debe guardar respecto a los menores de edad que fueren testigos o víctimas del hecho investigado”.

En los últimos cinco años, se han presentado hasta tres iniciativas legislativas relacionadas con la difusión de la identidad de los menores de edad en las ediciones y difusiones de los medios de comunicación social, ninguna de las cuales prosperó.³⁰

Ningún otro proyecto de ley sobre difusión de información en el periodo investigado, sin embargo, generó tanta polémica como el proyecto N° 4.871 del 7 de octubre de 2015, del congresista del grupo parlamentario Concertación Parlamentaria/Apra Javier Velásquez-Quesquén. El parlamentario proponía añadir un nuevo delito en el Código Penal, el artículo 162-B, por el cual se tipificaba la difusión de una “grabación de una conversación personal, telefónica, audiovisual u otra análoga, sin el consentimiento de su interlocutor (...) siempre que tal difusión afecte el honor, la seguridad personal o el derecho a la intimidad de este último o su familia, o a su patrimonio”.³¹ Se exceptuaba la sanción penal si la grabación difundida tenía un contenido de un hecho punible. Es decir, si la conversación revelaba la comisión de un delito.

²⁹ Decreto Legislativo N° 1.348 “Decreto Legislativo que aprueba el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes”, B.O del 07/01/2017, Art. X del Título Preliminar.

³⁰ El Proyecto de Ley N° 1.870, presentado en 2013 por el entonces congresista de Fuerza Popular Renzo Reggiardo, establecía que, por excepción, se permita la difusión de la imagen e identidad de menores de edad, cuando fueran autores o partícipes de un delito de homicidio calificado-asesinato. Algo similar fue planteado por el Proyecto de Ley N° 1.887 presentado en 2013 por el congresista Alejandro Yovera (entonces parlamentario del bloque Acción Popular-Frente Amplio), para permitir la difusión de imágenes e identidad del menor de edad que haya cometido delito flagrante e infracción a la ley penal. Las iniciativas se sustentaron en el combate a la inseguridad ciudadana y en el creciente número de menores de edad que eran noticia por integrar bandas criminales o dedicarse al sicariato. En sentido opuesto, en octubre de 2014, el congresista Tomás Zamudio propuso establecer sanciones administrativas a los medios de comunicación que incumplieran la prohibición de difundir la identidad o imagen de un menor de edad cuando se haya visto involucrado con un delito.

³¹ La pena prevista para este pretendido delito era de entre uno y seis años de prisión, y se agravaba a de cuatro a ocho años si el autor del delito era servidor público, si difundía o publicaba la conversación en un medio de comunicación social, o si cometía el delito como integrante de una organización criminal.

El proyecto generó un amplio debate y severas críticas por parte de políticos, líderes de opinión y los propios medios de comunicación,³² al punto que el proyecto fue perdiendo adherentes (algunos congresistas incluso retiraron su firma a la iniciativa) y al cabo de unas semanas el propio autor retiró su propuesta.

Las críticas apuntaban a que la norma propuesta representaba una grave restricción a la libertad de información y libertad de prensa. En el Perú, siguiendo la práctica jurisprudencial de otros países, incluyendo Estados Unidos,³³ se entendió que se sanciona el acceso o interceptación ilegal de comunicaciones privadas, más no la difusión por parte de terceros que no han participado en el acceso ilegítimo. Ello en función del interés público superior en la difusión y conocimiento de esta información por parte de la ciudadanía. Así, en tanto la persona o medio de comunicación que divulga la información no tuvo responsabilidad en el acceso ilegítimo, no debería ser responsabilizada por la difusión de esta información.³⁴

Finalmente, en octubre de 2017, el legislador fujimorista Héctor Becerril presentó una polémica iniciativa que modifica el Código Penal a efectos de incluir como un delito la difusión de correos electrónicos o contenidos de mensajería instantánea, incluso cuando estos le hayan sido dirigidos al difusor.³⁵ Además, propone una pena de dos años de prisión privativa de la libertad a quien publique una comunicación telefónica o una grabación de la misma.

Este proyecto legislativo fue criticado por el efecto amenazante que presenta sobre la prensa, dado que en los últimos años muchos destapes de

³² Palacios, Rosa María. “¿Qué es lo que no quiere que escuchemos Alan García?”, *Blog de Rosa María Palacios*, 29 de octubre de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2nG3Cd1>.

“‘Ley Velásquez’ pone en serio riesgo la libertad de expresión en el Perú”, *La República*, 27 de octubre de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2BboJE>.

“Mauricio Mulder pidió a Javier Velásquez retirar proyecto sobre difusión de videos”, *Perú21*, 28 de octubre de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2E5QxEf>.

³³ Corte Suprema de Estados Unidos, “*Bartnicki v. Vopper*”, 532 U.S. 514 (2001).

³⁴ Unos años antes al proyecto comentado de Velásquez-Quesquén, el Congreso había aprobado una ley similar que penalizaba la difusión de información obtenida de conversaciones privada, la cual fue catalogada como “ley mordaza”. Ver: “Bedoya dijo que denominada ‘Ley mordaza’ no es una amenaza a la prensa”, *RPP*, 16 de diciembre de 2011, disponible en: <http://bit.ly/2GT92JT>. Godoy, José Alejandro, “Ley Bedoya: El debate legal y la ética periodística”, *Desde el Tercer Piso*, 16 de diciembre de 2011, disponible en: <http://bit.ly/2GTqcHj>. En aquella oportunidad, sin embargo, el entonces presidente de la República, Ollanta Humala, observó la ley precisamente porque penalizaba la difusión de información que, sin revelar algún ilícito, podía tener un alto interés público. Ver: “Presidente Ollanta Humala observó anoche polémica ‘ley mordaza’”, *El Comercio*, 13 de enero de 2012, disponible en: <http://bit.ly/2E78HBm>.

³⁵ Proyecto de Ley N° 1.950 del 3 de octubre de 2017, del congresista Héctor Becerril.

delitos y asuntos de interés público se realizaron gracias a la difusión de conversaciones electrónicas y telefónicas³⁶. Así, si bien la legislación penal ya sancionaba la difusión de correspondencia epistolar, esta tipificación no tenía consecuencias negativas en la práctica, dado que judicialmente se entendía que la divulgación de conversaciones privadas no era punible si era efectuada por quien formaba parte de la conversación, y puesto que la correspondencia física es cada vez más infrecuente. En cambio, la difusión de conversaciones telefónicas y mensajería electrónica es una práctica común de la prensa en el país, cuando ese contenido tiene interés público.

VI. Expresiones de violencia

La violencia en el discurso fue objeto de distintos tipos de iniciativas legislativas y normas legales desde perspectivas que abarcan la discriminación sexual y de género, el hostigamiento sexual, la discriminación racial, el hostigamiento a menores de edad, los contenidos sexuales en Internet y la violencia online, con cierta recurrencia a la herramienta penal como forma de castigar ciertos tipos de discursos ofensivos o agresivos. Por razones de claridad expositiva, analizaremos los tres tópicos de mayor interés legislativo: la discriminación, la protección de menores de edad y la pornografía.

1. Discriminación

La discriminación como acción está proscrita en la Constitución Política del Perú (1993) y es considerada un delito desde que en 2000 se incorporara en el Código Penal a través de la Ley N° 27.270. Sin embargo, el discurso discriminatorio es recién objeto de atención a partir de 2006 cuando, de forma muy acostumbrada para el legislador peruano, se decidió darle un tratamiento penal al tema, a través de la Ley N° 28.867, que modificó el artículo 323 del Código Penal.³⁷

En 2013, a través de la Ley N° 30.096, Ley de Delitos Informáticos, se añadió un nuevo agravante al tipo penal de la discriminación: cuando ésta “se realiza a través de las tecnologías de la información o de la comunicación”. Evidentemente, el objeto de preocupación es el de los ataques discrimina-

³⁶ “Editorial: Whatsapp malogrado”, *El Comercio*, 8 de octubre de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2ELL6au>.

³⁷ Ley No. 28.867, “Ley que modifica el Artículo 323 del Código Penal”, B.O del 09/08/2006.

Artículo Único.- Objeto de la Ley

torios online. Y en 2014, a través de la Ley N° 30.171, se precisó que se producirá el agravante si “la discriminación, la incitación o promoción de actos discriminatorios se ha materializado mediante actos de violencia física o mental o a través de internet u otro medio análogo”.

La evolución legislativa en el tema del discurso discriminatorio parece ser consistente tanto en la represión penal de esta forma de expresión como en el endurecimiento de las consecuencias contra el discurso online. Sin embargo, esta posición no ha venido acompañada de evidencia que soporte la eficacia de la opción legislativa escogida. Y más bien, la preocupación por el efecto censor que podría tener esta legislación sobre la libertad de expresión se ha puesto de manifiesto en 2017 con la emisión de una nueva norma modificatoria.

El Decreto Legislativo N° 1.323 promulgado en enero de 2017 por el Poder Ejecutivo introdujo algunos cambios al delito de discriminación. En primer lugar, se hizo más precisa la descripción de la conducta típica al señalar que la discriminación consiste en “actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia”. También se añadieron nuevos factores de discriminación: nacionalidad, orientación sexual, identidad de género, condición migratoria y condición de salud como causales de discriminación. Y se dejó abierta la posibilidad de otras razones al incorporarse la expresión “o cualquier otro motivo”.

El tipo agravado también fue modificado en los siguientes términos:
Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de Internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36.

Modifícase el artículo 323 del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:
“DISCRIMINACIÓN

Artículo 323.- El que, por sí o mediante terceros, discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole, o condición económica, con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años, ni mayor de tres o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas.

Si el agente es funcionario o servidor público la pena será no menor de dos, ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 2) del artículo 36.

La misma pena privativa de libertad se impondrá si la discriminación se ha materializado mediante actos de violencia física o mental.”

Esta norma fue objeto de una fuerte controversia a nivel legislativo y a nivel de la opinión pública, a raíz de dos razones. La primera fue la incorporación de la orientación sexual y la identidad de género como factores de discriminación. El reconocimiento de estas categorías generó el rechazo mayoritario de la sociedad conservadora peruana, que encontró eco en la agrupación parlamentaria mayoritaria, Fuerza Popular. Así, bajo el argumento de que el Congreso no había otorgado facultades al Ejecutivo para legislar en materia de identidad de género (un factor que los críticos conservadores llamaron “ideología de género”), el Congreso aprobó en mayo de 2017³⁸ la derogación parcial del Decreto Legislativo N° 1.323, restituyendo la vigencia de la redacción del artículo 323 del Código Penal previa a la última modificación, aunque esta derogación ha sido observada por el Ejecutivo y no ha sido promulgada aún.

El segundo aspecto de polémica fue el agravante de discriminación incorporado por el Decreto Legislativo N° 1.323 en la parte en que se señala: “o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de Internet u otro medio análogo”.

Hay dos formas de leer esta previsión normativa. Una copulativa en la que los actos de violencia física o mental (entendiéndolos como sinónimos de discriminación) se producen a través de Internet u otro medio análogo, y sólo en ese caso se consideraría que se produce el supuesto de hecho agravante. Y la otra disyuntiva, en la que el agravante aplica tanto cuando en el acto de discriminación hay violencia física o mental de por medio, como cuando se utiliza la internet o medios análogos para ejecutarla.

Si bien nos hemos pronunciado de forma crítica por la ambigüedad de esta norma que permitiría considerar a la expresión online discriminatoria como un delito agravado en sí mismo,³⁹ la primera (lectura copulativa) es también una interpretación viable en la que se considera que la discriminación puede tener un componente violento (como el acoso o abuso psicológico). Entonces, el acto violento sólo será considerado como un delito agravado cuando se ejecute a través de Internet o medios análogos. Cabe anotar, no obstante, que la redacción del mismo agravante en la Ley N° 30.171 de 2014 (ya comentada) se inclina más hacia la segunda lectura, en la que se distingue entre actos violentos y actos de discriminación online.

En cualquier caso, subsiste la preocupación de que cualquier expresión discriminatoria sea considerada un acto de violencia punible. Esa situación

³⁸ La derogación parcial del Decreto Legislativo N° 1.323 fue aprobada por el pleno del Congreso de la República el 4 de mayo de 2017 con 66 votos a favor y 29 en contra.

³⁹ Calderón, Andrés, “Gracias, Tamar Arimburgo”, El Comercio, 12 de junio de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2GRk5Dc>.

dejaría poco espacio a la discrepancia en torno a los factores permitidos o prohibidos de diferenciación social. Bajo este enfoque, la sola expresión discrepante, que no venga acompañada de un acto material, podría ser considerada discriminatoria y delictiva *per se*.

Como se señaló previamente, el Congreso peruano aprobó la derogación de esta modificación al artículo 323 del Código Penal, aunque en la actualidad existen cuatro proyectos de ley en trámite en el Parlamento que proponen modificaciones a este delito.⁴⁰

Fuera del tipo penal genérico de discriminación, se aprobaron otras normas que abordan el tema e incluyen artículos que resultan aplicables a la expresión discriminatoria, como la Ley N° 27.942 (2003) de prevención y sanción del hostigamiento sexual, originalmente dirigida a sancionar el hostigamiento sexual producido en el marco de relaciones de autoridad o dependencia,⁴¹ aunque luego se amplió a los actos de hostigamiento con prescindencia de jerarquía, cargo o función.⁴² También la Ley N° 30.314 (2015) para prevenir

⁴⁰ Se tratan de las siguientes iniciativas:

- Proyecto N° 1.199 de abril de 2017, presentado por la congresista de Fuerza Popular Nelly Cuadros, excluye del delito de discriminación las categorías de identidad de género y orientación sexual.

- Proyecto N° 1.209 de abril de 2017, presentado por los congresistas Miguel Castro y Leyla Chihuán de Fuerza Popular –con el notorio y mediático respaldo del congresista Kenji Fujimori de la misma bancada–, que propone un texto legislativo de similar contenido al del Decreto Legislativo N° 1323.

- Proyecto N° 1.378 de mayo de 2017, presentado por los congresistas oficialistas Alberto De Belaunde y Carlos Bruce, y las integrantes del Frente Amplio Indira Huilca y Marisa Glave, que propone restituir los supuestos de hecho derogados (discriminación por género, orientación sexual, entre otros) del Decreto Legislativo N° 1.323 sobre el delito de discriminación. También establece sanciones civiles y administrativas para este tipo de discriminación en los ámbitos de la contratación de consumo y contratación de trabajadores.

- Proyecto N° 1.598 de junio del 2017, presentado por el congresista César Segura de Fuera Popular, que incluye más supuestos de hecho al artículo 323 del Código Penal sobre el delito de discriminación (nacionalidad, condición migratoria, apellido, actividad laboral, opinión, nivel socio económico, filiación política, indumentaria, etc.), mas no las categorías de identidad de género y orientación sexual.

Cabe añadir, por su relevancia, aunque fue archivado durante el periodo legislativo pasado, el proyecto N° 1.687, presentado por Rosa Mavila del grupo parlamentario Acción Popular-Frente Amplio (ex miembro de Gana Perú), que proponía sancionar con una pena de cárcel de entre tres y seis años a quien incitara a la discriminación, en concreto, a quien “públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas”.

⁴¹ Ley N° 27.942 “Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual”, B.O del 27/02/2003, Art. 1.

⁴² Ley N° 29.430, “Ley que modifica la Ley N° 27.942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual”, B.O. del 08/11/2009, Art. 1.

y sancionar el acoso sexual en espacios públicos, que incluye la expresión verbal de connotación sexual (gestos obscenos, comentarios e insinuaciones sexuales) cuando la víctima no desea o rechaza estas conductas.

2. Protección a menores

Durante el período investigado, se emitieron dos tipos de normas vinculadas con el discurso y la protección a menores de edad: las normas sobre *bullying* y las leyes sobre el acceso a Internet y pornografía infantil.

Respecto de las primeras, en 2011, se aprobó la Ley N° 29.719, “que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas” y prohíbe expresamente el acoso escolar “cometido por los alumnos entre sí, que provoca violencia y saldo de víctimas”.⁴³ Se trata de una norma que, esencialmente, busca que instituciones educativas y padres adopten medidas de prevención y corrección frente a los actos de “intimidación, hostigamiento, discriminación, difamación” entre alumnos, a través de “medios telefónicos, electrónicos o informáticos”.

Con relación a las segundas, se han emitido normas penales que castigan la exhibición o difusión de información pornográfica o de contenido “obsceno” a menores de edad (artículo 183 del Código Penal) y que utilizan a menores de edad en contenidos pornográficos (artículo 183-A del Código Penal),^{44, 45} con el agravante de que el material pornográfico sea difundido a través de las tecnologías de la información o de la comunicación.⁴⁶ En relación con este último delito, también se han incorporado tipos especiales (Ley N° 28.251 de 2004) que castigan la promoción y favorecimiento del turismo sexual infantil “a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de internet”, y a los gerentes o responsables de publicaciones y medios de comunicación masiva “que publiciten la prostitución infantil, el turismo sexual infantil o la trata

⁴³ Ley N° 29.719, “Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas”, B.O del 25/06/2011, Art. 2.

⁴⁴ En 2004, a través de la Ley N° 28.251, se precisa expresamente que la promoción o difusión de pornografía infantil penada puede manifestarse “por cualquier medio incluido la internet”.

⁴⁵ En 2014, la Ley N° 30.171 crea un nuevo tipo especial en el artículo 183-B del Código Penal, consistente en hacer proposiciones a menores de edad para realizar actividades sexuales con él (se entiende que la sola oferta es penada) o para obtener de él material pornográfico.

⁴⁶ Ley N° 30.096, “Ley de Delitos Informáticos”, B.O del 22/10/2013, Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria.

de menores de edad”.⁴⁷

Fuera del ámbito penal, el legislador peruano también adoptó normas para limitar el acceso de menores de edad a ciertos contenidos considerados “nocivos” en internet. Así, se prohibió el acceso de menores a páginas web de contenido pornográfico (Ley N° 28.119 de 2003)⁴⁸ y a “canales de conversación o cualquier otra forma de comunicación en red de contenido y/o información pornográfica”. También determinó los establecimientos abiertos al público que brindan servicios de cabinas de Internet deben instalar software de filtros y bloqueo de estos contenidos (Ley N° 29.139 de 2007).⁴⁹ Esta última norma, además, prohibió que los menores puedan ingresar a las cabinas públicas de Internet durante el horario escolar⁵⁰. Pero durante el período legislativo revisado hubo otras iniciativas que buscaban limitar aun más el horario de acceso de menores de edad a una cabina de internet y extender los filtros de contenidos en internet también a aquellos que “promuevan o inciten a la violencia extrema, a la comisión de hechos punibles, al uso y consumo de cigarrillos y derivados del tabaco, de bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes y psicotrópicas”.⁵¹

3. Pornografía en internet

Más allá de las prohibiciones vinculadas con el acceso de menores de edad, la pornografía *online* no fue materia de regulación legal hasta la fecha.

Sin embargo, durante el presente período legislativo se presentaron dos iniciativas en la materia. La primera vinculada con la difusión y acceso a cualquier contenido pornográfico *online*. La segunda está relacionada con la divulgación de un contenido sexual por parte de quien accedió a él en el marco de una relación íntima o de confianza, un fenómeno conocido como “pornografía de venganza”.

En el primer caso, el congresista Yonhy Lescano de Acción Popular presentó el Proyecto de Ley N° 825 de diciembre de 2016, que tiene por objeto

⁴⁷ Ley N° 28.251, “Ley que modifica los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 179, 180, 181, 182, 183, 183-A (...)”, B.O del 08/06/2004, Art. 2.

⁴⁸ Ley N° 28.119, “Ley que prohíbe el acceso de menores de edad a páginas web de contenido pornográfico y a cualquier otra forma de comunicación en red de igual contenido, en las cabinas públicas de internet”, B.O del 13/12/2003, Art. 1.

⁴⁹ Ley N° 29.139 “Ley que modifica la Ley N° 28.119, Ley que prohíbe el acceso de menores de edad a páginas web de contenido pornográfico”, B.O. 01/12/2007, Art. 1.

⁵⁰ Artículo 6 de la Ley N° 28.119, incorporado mediante el artículo 2 de la Ley N° 29.139 “Ley que modifica la Ley N° 28.119, Ley que prohíbe el acceso de menores de edad a páginas web de contenido pornográfico”, B.O. 01/12/2007.

⁵¹ Proyecto de Ley N° 919 del 21 de marzo de 2012, del congresista Jaime Delgado.

establecer una prohibición general y absoluta de la difusión de pornografía en internet, bajo el argumento de que todo tipo de información pornográfica representa “una afectación a la salud mental y a la educación sexual de las personas” y “representa un factor que incentiva los delitos sexuales”.

En virtud de esta iniciativa, las empresas proveedoras del servicio de Internet estarían obligadas a instalar bloqueadores que impidan la visualización de páginas de contenido pornográfico. Esta propuesta ha sido duramente criticada en los medios de comunicación y la opinión pública por carecer de un mínimo de sustento en relación con su afirmación sobre los efectos nocivos de la pornografía en el público adulto. Además, representa una intromisión paternalista en las libertades de los adultos. Hasta el momento, este proyecto no fue dictaminado por ninguna de las comisiones parlamentarias a las que fue derivado (transportes y comunicaciones, y mujer y familia).

La segunda propuesta legislativa a la que hacíamos referencia es la N° 1.669 de julio de este año, presentada por el congresista de Fuerza Popular José Marvin Palma y firmada por parlamentarios de otras tres agrupaciones. El proyecto incorpora un nuevo delito al Código Penal en los siguientes términos:

Artículo 154 – B.- Difusión de material íntimo de manera no consentida

El que, sin consentimiento y de forma deliberada, difunde, amenaza o pone en disposición imágenes, material audiovisual o audios, con contenido sexual de un individuo con el que este hubiera mantenido o mantiene una relación íntima o de confianza será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La exposición de motivos de este proyecto hace alusión expresa a esta forma de difusión de pornografía como “pornografía de venganza” y señala que se trata de una manifestación de “violencia psicológica, doméstica e incluso como una forma de abuso sexual”.

Hay dos aspectos interesantes a destacar de esta iniciativa. El primero es que entiende a este tipo de difusión como una forma de violencia; es decir, una forma agravada de expresión que, en tal concepto, sería merecedora de menor protección. El segundo es que el castigo es aplicable no a cualquier persona que, sin consentimiento, difunda imágenes, audios o videos de contenido erótico de una persona, sino únicamente a quien hubiera mantenido o mantiene una relación íntima o de confianza con tal persona; es decir, una pareja o ex pareja sexual o sentimental. Esta acotación es importante pues excluye de responsabilidad a terceros que, sin tener ningún contacto con la persona afectada, hubieran accedido y difundido dicho material. No obstante, hubiera resultado pertinente precisar que el autor calificado del delito tenía que acceder al contenido íntimo con ocasión

de la relación sexual o sentimental. En tal caso, este último no podría alegar encontrarse en el lugar del tercero que accede y difunde el material sin conocer que éste se obtuvo sin consentimiento. El proyecto de ley recién se encuentra en estudio en la comisión parlamentaria de Justicia y Derechos Humanos.

VII. Terrorismo y Apología

1. La legislación antiterrorista

La legislación sobre terrorismo en el Perú existe desde los años 80. Sin embargo, las normas vigentes datan de 1992 con la aprobación de las normas que derogarían y suplirían el capítulo II del Título XIV (Delitos contra la Tranquilidad Pública) del Código Penal (Decreto Legislativo N° 635).

El tipo básico del delito de terrorismo es el que se describe en el artículo 2 de dicho Decreto Ley N° 25.475:

Artículo 2.- Descripción típica del delito.

El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.

A diferencia de lo que sucede en otros países, el delito de terrorismo en el Perú es esencialmente uno de acción. Aunque luego fuera modificado para incluir algunas formas expresivas (como la incitación o la colaboración), en el Perú se consideró un delito autónomo las expresiones que favorecen o reivindicar los actos delictivos, y en particular los de terrorismo: el delito de apología.

En otros artículos del Decreto Ley N° 25.475 se contemplaban otros tipos penales como la colaboración con el terrorismo, la instigación al terrorismo y la afiliación a organizaciones terroristas.⁵²

⁵² Decreto Ley N° 25.475 “Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio”, B.O del 06/05/1992, Arts. 4 al 8.

Sin embargo, la legislación antiterrorista –que fue complementada por los Decretos Leyes N° 25.659, 258.806 y 257.087– fue objeto de una declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional peruano en 2003 (Caso *Tineo Silva*), por varias restricciones al derecho de defensa y debido proceso que se contemplaban.⁵³

En lo que respecta al delito de expresión propiamente dicho, la apología fue incorporada dentro de los delitos contra la tranquilidad pública del Código Penal, el mismo título en el que se contemplaron en su momento los delitos de terrorismo. El artículo 316 original del Código Penal definía al delito de apología en estos términos:

Artículo 316.- El que, públicamente, hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si la apología se hace de delito contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional, o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años.

Desde su concepción, el delito de apología fue objeto de controversia por la dificultad para definir los contornos dentro de los cuales una expresión puede ser considerada apologética *e ilícita*.

Así, se discutió los distintos grados de expresión que podrían calzar dentro de la figura de la apología. En un grado menor se encuentran la justificación del sentenciado por un delito o la crítica a la sentencia que lo condena. Con mayor intensidad en la expresión, estaría la exaltación o enaltecimiento del condenado o de la conducta que le valió la sentencia en su contra. Y en un nivel *aún* superior, está la incitación a la comisión de acciones que califican como delitos, o repetir los actos de quien hubiera sido sentenciado.

Para Chirinos Soto, la figura planteada en el artículo 316 del Código Penal, resulta de carácter desproporcionado: “No vemos cómo, por ejemplo,

⁵³ Tribunal Constitucional, “Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y 5.000 ciudadanos”, sentencia del 3 de enero de 2003, Exp. N.º 010-2002-AI/TC, disponible en: <http://bit.ly/152rllz>.

Sentencia del TC del 3 de enero del 2003, acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los Decretos Leyes N° **25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas**. EXP. N.º 010-2002-AI/TC.

la apología de una difamación o de su autor pueda, de alguna manera, comprometer el sosiego colectivo. La norma, pues, tiene alcances excesivos”.⁵⁴

En 1992, el Decreto Ley N° 25.474 incorporó un delito específico de apología en su artículo 7, en términos bastante similares a los del primer párrafo del artículo 316 del Código Penal original:

Artículo 7.- Apología.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que públicamente a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana.

Este artículo fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad que culminó con la ya comentada sentencia del Tribunal Constitucional (TC) del caso *Tineo Silva*.

En dicha oportunidad, el TC declaró la inconstitucionalidad del artículo antes citado junto con el artículo 1 del Decreto Ley N° 25.880 que tipificaba la apología terrorista por parte de un docente⁵⁵. Después de reconocer que las libertades de expresión no son absolutas y pueden ser limitadas, el TC consideró que los tipos penales genérico y agravado de la apología “no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella”.⁵⁶ De esta forma, el delito de apología “no es, *per se*, inconstitucional”, siempre que la represión penal de la expresión se realice “de tal manera que sus efectos intimidatorios no terminen por negar u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de estas libertades preferidas”.⁵⁷

Una precisión importante en esta sentencia es la distinción que el TC hace entre la apología y la instigación. La primera “no busca determinar a

⁵⁴ Chirinos Soto, Enrique, *Código Penal*, Lima, Editorial Rodhas, 2da ed., 2005, p. 685.

⁵⁵ Decreto Ley N° 25.880, “Consideran como autor de Delito de Traición a la Patria al que, valiéndose de su condición de docente influya en sus alumnos haciendo apología del terrorismo”, B.O del 26/11/1992.

Artículo 1.- El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la Patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del Juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva. Asimismo, será de aplicación la pena accesoria de inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del artículo 36° del Código Penal.

⁵⁶ Tribunal Constitucional, “Acción de inconstitucionalidad interpuesta por Marcelino Tineo Silva y 5.000 ciudadanos”, supra nota 53, Fundamento Jurídico 88.

⁵⁷ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 87.

otro para que se decida a cometer el delito. (...) en el caso de la apología no existe un sujeto concreto receptor del apologista”.⁵⁸ Por ende, la razón de sancionar la apología está en la legitimación discursiva de la acción delictiva en sí misma.

En su sentencia, el TC también da parámetros que deben respetarse en la tipificación del delito de apología:

- a) *Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;*
- b) *Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;*
- c) *Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,*
- d) *Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso.*⁵⁹

Si bien las primeras dos condiciones son objetivas y suficientemente claras, el problema con la configuración normativa del delito es aún mayor y la controversia no queda resuelta con los últimos dos requisitos. De hecho, el último (“que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso”) resulta subjetivo y difícilmente permite trazar una línea clara al legislador.

Cuando menos, el TC sí parece haber estimado que el tipo de expresión apologética sancionable no necesita ser tan intenso como una instigación, sino que bastaría con la exaltación o el elogio. Queda por definir si otras expresiones como la crítica, la ironía, la sátira o incluso la justificación pueden ser consideradas como apologéticas.

Después de la sentencia, los gobiernos de Alejandro Toledo (Decreto Legislativo N° 924 de 2003) y Alan García (Decreto Legislativo N° 982 de 2007) emitieron normas contemplando a la apología del terrorismo como un delito especial en el Código Penal e incluso estableciendo agravantes a sus penas, pero sin corregir la vaguedad de la conducta típica. En el caso del Decreto Legislativo N° 982, una de las agravantes incluía la apología del terrorismo llevada a cabo “a través de medios de comunicación social o mediante el uso de tecnologías de la información y comunicaciones, como internet u otros análogos”.

A pesar de que las iniciativas legislativas en la materia habían proliferado

⁵⁸ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 84.

⁵⁹ *Ibid.*, Fundamento Jurídico 88.

con el tiempo, no se habían aprobado nuevas leyes en materia de apología hasta 2017, cuando a mitad de junio se aprobó una modificación del artículo 316 del Código Penal. El contexto que propició su rápida aprobación fue el de una reciente marcha del Movadef—la facción política del grupo terrorista Sendero Luminoso— por las calles de Lima, la capital del Perú. Mientras algunos sindicatos laborales hacían una marcha pacífica por el Día del Trabajador, algunos miembros del Movadef se insertaron en la manifestación con pancartas alusivas a terroristas sentenciados y encarcelados, y en las que se leían mensajes a favor de su amnistía y la culminación de algunos procesos penales pendientes.

Ello motivó una fuerte crítica de parte de varios sectores políticos, principalmente de Fuerza Popular, agrupación opositora al gobierno y que cuenta con una amplia mayoría en el Congreso de la República. La crítica llegó al punto de solicitar la interpelación y renuncia del ministro del Interior por no haber tomado acciones inmediatas en contra de los manifestantes, como detenerlos, por considerar que se trataba de un acto flagrante de apología al terrorismo.

Dado que el tipo de mensaje que difundían los miembros del Movadef no era directamente una reivindicación de los condenados por terrorismo ni de sus actos, muchos especialistas opinaron que resultaba complicado penalizar esta manifestación bajo los términos de la legislación penal vigente⁶⁰.

Eso motivó el empuje que recibieron en el trámite parlamentario cinco recientes proyectos legislativos (397-2016,⁶¹ 611-2016,⁶² 714-2016,⁶³ 801-2016⁶⁴ y 1395-2016⁶⁵). Ellos fueron derivados a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, que aprobó por mayoría un dictamen que condensaba las propuestas de las distintas iniciativas legislativas. El 15 junio de 2017 se aprobó la nueva ley en el Pleno del Congreso y el 19 de julio se publicó la Ley N° 30.610.

Como primera novedad, la norma aprobada separa en dos artículos distintos del Código Penal (316 y 316-A) los delitos de apología general y de apología del terrorismo. También propone una redacción más específi-

⁶⁰ “¿Policía podía detener a integrantes del Movadef por marcha?”, *El Comercio*, 2 de mayo de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2E6M54d>.

Chang, Romy, “¿Delito de apología o libertad de expresión?”, *El Comercio*, 5 de mayo de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2BcWi09>.

Calderón, Andrés, “Movadef: odio vs. odio”, *El Comercio*, 8 de mayo de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2FR6v1o>.

⁶¹ Presentado por el congresista Octavio Salazar de Fuerza Popular.

⁶² Presentado por el congresista Carlos Tubino de Fuerza Popular.

⁶³ Presentado por la congresista Luciana León de la Célula parlamentaria Aprista.

⁶⁴ Presentado por el congresista Edmundo del Águila de Acción Popular.

⁶⁵ Presentado por el congresista Marco Miyashiro de Fuerza Popular.

ca sobre lo que se entiende como apología: “El que públicamente **exalta, justifica o enaltece** un delito o a la persona condenada por sentencia firme como autor o partícipe...” (resaltado propio). Esta definición contrasta con la de la norma vigente hasta entonces, que describía la conducta típica en términos vagos y circulares: “el que públicamente hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe”.

Como se puede apreciar, la tercera novedad es que se especifica que el condenado al que se trata apologéticamente debe tener una sentencia firme, lo que otorga mayor claridad y seguridad jurídica.

La regulación del delito de apología del terrorismo sigue la misma técnica legislativa: “Si la exaltación, justificación o enaltecimiento se hace del delito de terrorismo o de cualquier de sus tipos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe”. Se contemplaron además dos agravantes en el caso del delito de apología de terrorismo:

Cuando la apología se realiza a través de medios escritos, o medios de comunicación social o el uso de tecnologías de la información o comunicación (algo ya previsto con una redacción diferente en la norma anterior).

Cuando la apología se realiza como autoridad, docente o personal administrativo de una institución educativa o usando la presencia de menores de edad.

Si bien la nueva redacción otorga mayor claridad sobre los contornos del delito de apología, lo cual representa un importante avance en aras de los principios de predictibilidad y tipicidad en materia penal, la nueva norma conlleva una restricción muy grande a la libertad de expresión.

Por un lado, el Congreso peruano se reafirma en su posición de estar dentro de los países que penalizan esta suerte de discurso de odio, aun cuando este no suponga un llamado a la realización de una conducta violenta o lesiva. Y, por el otro, se llega al extremo de no sólo criminalizar la opinión laudatoria o enaltecida de quien cometió un delito, sino también la opinión crítica de quien considera injusta la condena de un delito.

Al incluir la conjugación verbal “justifica” dentro de la conducta típica, se limita excesivamente el espacio para la opinión crítica. Así, por ejemplo, quien considera que una conducta calificada como punible por el sistema de justicia no merece tal suerte por encontrarse justificada, podría calzar dentro del tipo penal de apología porque estaría “justificando” el delito o al autor del delito.

La nueva configuración del delito de apología supone, así, una restricción desproporcional a la libertad de expresión y al derecho que tiene todo ciudadano a expresar públicamente su opinión sobre el funcionamiento del Estado. En particular, de su aparato judicial.

Se impulsaron otras iniciativas legislativas vinculadas con el delito de terrorismo y la expresión que, finalmente, no fueron aprobadas. Por ejemplo, el Proyecto de Ley N° 1.464 de 2012, presentado por el Gobierno de Ollanta Humala, que buscaba incorporar el delito de “negacionismo de los delitos de terrorismo” al Código Penal, y que castigaba al que públicamente aprobara, justificara, negara, o minimizara los delitos cometidos por integrantes de organizaciones terroristas. De acuerdo a este planteamiento, la negación de estos delitos tenía por efecto “menospreciar, hostilizar u ofender a un colectivo social”, “enaltecer a los responsables” del terrorismo, “propiciar o estimular la violencia terrorista” o servir “como medio para adoctrinar con fines terroristas”. También se puede mencionar el Proyecto de Ley N° 1.565 de 2012, presentado por Pedro Spadaro de Fuerza Popular, que tenía por objeto establecer una franja televisiva y radial en los canales del Estado (señal abierta), que contenga mensajes, videos o fotografías con el fin de recordar los efectos lesivos que causaron organizaciones terroristas a la sociedad peruana.

VIII. Responsabilidad de intermediarios

La posibilidad de que diversos derechos tradicionales (imagen, derechos de autor, privacidad, propiedad) sean vulnerados en internet motivó una amplia discusión mundial sobre la pertinencia de regular a los intermediarios. Esto abarca tanto a los proveedores de servicios de internet (ISP, por sus siglas en inglés) como a quienes brindan servicios intermedios en internet como el servicio de *hosting*, de almacenamiento temporal, de motores de búsquedas o plataformas que permiten el acceso a contenidos de terceros.

La importancia que han desarrollado estas plataformas para el desarrollo de relaciones (comerciales o personales) en internet motivó que este tipo de servicios (así como los de *hosting* y los de los ISP) fueran objeto de atención por parte de legisladores en todo el mundo que vieron en ellos a actores relevantes en el control y defensa de los derechos que podrían vulnerarse en internet.

Son millones los potenciales usuarios de internet que difunden sin autorización obras protegidas por derechos de autor, trafican con productos que vulneran derechos marcarios o atentan contra la imagen de personas. A raíz de eso, el legislador optó en ocasiones por atribuir obligaciones (y responsabilidades) a los intermediarios para detectar y/o combatir estas infracciones.

A nivel local, este tema fue objeto de limitada atención legislativa. El Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos (APC) firmado en 2006 y que entró en vigencia en 2009 contiene un subcapítulo específico titulado “Limitaciones a la Responsabilidad de los Proveedores

de Servicios”. Éste establece la obligación del Estado peruano de no responsabilizar a los proveedores intermediarios por infracciones a los derechos de propiedad intelectual que cometan sus usuarios, siempre que se cumplan con ciertos presupuestos y adopten ciertas acciones de prevención o reacción (*safe harbor*). En concreto, se demanda que el proveedor intermediario no participe directamente en la acción infractora, no perciba un beneficio directo y tome acciones expeditivas y atienda el problema una vez que haya tomado conocimiento de la infracción.⁶⁶

En la doctrina local, esto fue entendido como una obligación para que el Perú adopte una regulación similar a la Digital Millenium Copyright Act (DMCA) de EE.UU.,⁶⁷ que establezca la inmunidad de las ISP siempre que cumplieran con estándares de diligencia en la detección de infracciones a las normas de *copyright*.⁶⁸ Así, la DMCA incorpora un sistema de notificaciones y contranotificaciones, conocido como *notice and takedown*, a partir del cual el titular de un derecho de *copyright* presuntamente vulnerado notificará al ISP adjuntando las pruebas de la infracción.⁶⁹ Siguiendo la línea de la DMCA, el APC Perú-Estados Unidos dispone que el ISP corra el traslado al presunto infractor y, con o sin su respuesta, evalúe el caso y tome acción para retirar el contenido infractor y, en última instancia, cancelar el servicio del usuario infractor.⁷⁰ En virtud de estas acciones, el ISP no será considerado responsable.⁷¹

Sin perjuicio de que el Perú aún no reguló legalmente un sistema similar, la autoridad de protección de derechos de autor (el Indecopi) ha aplicado el artículo 39 del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el derecho de autor –vigente desde abril de 1996–, respecto de terceros que hubieran colaborado con la infracción del derecho patrimonial de comunicación

⁶⁶ Montezuma, Oscar. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet en derechos de autor”, en: Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia, *Investigaciones conmemorativas por los 16 años de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Tesis de alumnos y Congreso Internacional*, Lima, PUCP, 2016, p. 414.

⁶⁷ Digital Millenium Copyright Act. 17 U.S. Code § 512.

⁶⁸ Montezuma, Oscar. “Regulando al intermediario. El régimen de limitación de responsabilidad para los proveedores de servicios de Internet en el APC Perú-Estados Unidos”, en: *Actualidad Jurídica*, 184, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 42.

⁶⁹ Montezuma, Oscar. “La sobrerregulación de los derechos de autor en Internet. ¿Cómo llegamos a SOPA, PIPA y OPEN?”, en: *Gaceta Constitucional* 50, Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 401.

⁷⁰ APC Perú – Estados Unidos, Art. 16.11.29(b)(viii).

⁷¹ APC Perú – Estados Unidos, Art. 16.11.29(b)(x).

pública⁷². Uno de los pocos casos en los que se señaló preliminarmente que una plataforma *online* podría ser responsable por la comunicación no autorizada de obras protegidas por el derecho de autor fue el del registro del dominio web The Pirate Bay en el Perú.⁷³

Fuera de la legislación de derechos de autor, y sin una previsión normativa específica que regule el caso de intermediarios o plataformas *online*, a nivel jurisprudencial se ha atribuido ciertas responsabilidades por las acciones de usuarios a los titulares de plataformas de comercio electrónico como MercadoLibre,⁷⁴ Google,⁷⁵ y se ha limitado el alcance de otras como Groupon⁷⁶ y Easy Taxi,⁷⁷ desde la perspectiva de la protección de datos personales y protección al consumidor, respectivamente.

Recientemente, en junio de 2017, el congresista Miguel Ángel Elías Ávalos de Fuerza Popular presentó el Proyecto de Ley N° 1.505 que busca regular el servicio de taxi de plataformas tecnológicas como Uber, Easy Taxi, Taxi Beat, entre otros. El proyecto impone una serie de requisitos como contar con mecanismos para identificar al vehículo y la ruta a seguir y tener una oficina administrativa en el país, un centro de atención telefónica. Estas exigencias han sido objeto de críticas por limitar la innovación tecnológica y pretender regular y limitar una oferta en constante cambio.⁷⁸

Además, la poca claridad en la redacción del texto de esta iniciativa

⁷² Decreto Legislativo N° 822,

Artículo 39.- Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica podrá autorizar la utilización de una obra o cualquier otra producción protegida por esta Ley, o prestar su apoyo a dicha utilización, si el usuario no cuenta con la autorización previa y escrita del titular del respectivo derecho, salvo en los casos de excepción previstos por la ley. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.

Ver también: Montezuma, Oscar, *supra* nota 134, 2016, p. 411.

⁷³ Comisión de Derecho de Autor del Indecopi, “De Oficio c/ Red Científica Peruana”, Resolución 00601-2013/CDA-INDECOPi del 16 de diciembre de 2013.

⁷⁴ DGPDP, “No identificado c/ MercadoLibre Perú”, Resolución 066-2014-JUS/DGPDP del 7 de agosto de 2014, disponible en: <http://bit.ly/2EKmDvr>, y Resolución 073-2014-JUS/DGPDP del 3 de octubre de 2014, disponible en: <http://bit.ly/2BGF64c>.

⁷⁵ DGPDP, “No identificado c/ Google Perú”, Resolución 045-2015-JUS/DGPDP del 30 de diciembre 2015, disponible en: <http://bit.ly/2BeP7EX>, y Resolución 026-2016-JUS/DGPDP del 11 de marzo de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2GVhsR5>.

⁷⁶ Comisión de Protección al Consumidor 2 del Indecopi, “Ministerio de Transportes y Comunicaciones c/ Needish Perú y Globos del Perú”, Resolución Final 482-2013/CC2 del 14 de mayo de 2013.

⁷⁷ Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1 del Indecopi. “De oficio c/ Easy Taxi Perú”, Resolución 099-2015/CD1-INDECOPi del 19 de agosto de 2015.

⁷⁸ “Uber y otras apps de taxi afrontarán intento de regulación del Congreso”, El Comercio, 13 de junio de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2rWTJu5>.

podría generar que no se distinga entre la responsabilidad del proveedor del servicio (el taxista) y el de la plataforma. De esa forma se establece una suerte de corresponsabilidad por la infracción de normas de carácter administrativo y de protección al consumidor⁷⁹.

IX. Síntesis

Como adelantábamos al inicio de este trabajo, los últimos veinte años de producción legislativa y los últimos cinco de propuestas de la misma naturaleza en materia de libertad de expresión pueden ser catalogados como reacciones coyunturales a eventos del momento, que no tuvieron una clara dirección o apuesta a favor de este derecho fundamental.

Sin embargo, sí se pueden apreciar algunas preferencias legislativas durante los periodos investigados. Por ejemplo, a nivel temático existe un particular interés del legislador peruano por las materias de discriminación por un lado y por los delitos de terrorismo y apología del terrorismo, por el otro. De los 39 proyectos de ley revisados, 7 versaban sobre discriminación y 11 sobre terrorismo y apología. A nivel de leyes, de las 29 normas aprobadas en el intervalo temporal considerado, 8 tuvieron que ver con discriminación y 4 con terrorismo y apología.

Otra inclinación clara del legislador nacional es la apuesta constante por normas de carácter penal (en lugar de optar por alternativas en los ámbitos civil y administrativo) para tratar de dar solución a pretendidos problemas vinculados con la expresión. 21 de las 39 iniciativas legislativas criminalizan la expresión y 5 de ellas proponen una nueva figura penal. Apenas 1 proyecto de ley propuso la despenalización. Felizmente, la mayoría de iniciativas penales no prosperó. 9 de las 29 leyes aprobadas criminalizan la expresión.

⁷⁹ **Proyecto de Ley N° 1.505, Artículo 3. De la intermediación de las plataformas tecnológicas en el servicio de transporte privado.**
(...)

La oferta del servicio privado de transportes a través de plataformas tecnológicas o aplicaciones virtuales, no exime al operador del servicio de las responsabilidades y obligaciones establecidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, ni del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, ni las que se deriven en materia civil o penal producto del servicio.

Artículo 7. De la corresponsabilidad del administrador de la plataforma.

El administrador de la plataforma virtual del servicio de transporte privado y el conductor de la unidad que presta el servicio son responsables del cumplimiento de lo establecido en los artículos 4 y 6 de la presente ley, su omisión es sancionable conforme lo dispuesto por el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

El número de iniciativas legislativas que regulan el discurso *online* fue creciendo. En total, se presentaron 19 propuestas, 8 de las cuales corresponden al último año (2017). 14 de esos proyectos hacen más difícil el discurso *online* que el *offline*, sea por medio de regulación especialmente dirigida a internet o a través de sanciones agravadas para expresiones que utilizan las tecnologías de la información y comunicación. En lo que refiere a leyes aprobadas que regulan contenidos en internet, estas fueron 8 sin que se aprecie un incremento sustancial de número en los últimos años.

Finalmente, el resultado agregado no es alentador. La gran mayoría de las acciones legislativas fueron destinadas a limitar y no promover el discurso. En total, 19 de las 29 leyes analizadas establecieron restricciones adicionales a la expresión y sólo 8 lograron superar, a nuestro criterio, el test tripartito de legalidad, necesidad y proporcionalidad. En proyectos de ley, 34 de los 39 estudiados proponían restricciones adicionales a la expresión. Aunque la gran mayoría superaba el requisito de legalidad (31), sólo 4 pasarían la exigencia de proporcionalidad y ninguno la de necesidad. Y esto se explica por la costumbre de los proyectos legislativos de ni siquiera explorar alternativas regulatorias y también por la predilección por la respuesta más radical: la penal.

Aunque las acciones legislativas fueron esencialmente el producto de reacciones coyunturales y muy poco reflexionadas, la verificada proliferación de iniciativas que ahondan en la criminalización del discurso y que perjudican a la expresión *online* arrojan un resultado poco alentador para la legislación sobre libertad de expresión en el Perú.

* * * *

