

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

*La atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet
como restricción al derecho a la libertad de expresión*

Belén Alejandra Aguinaga Aguinaga

**Juan Pablo Albán Alencastro, Doctor en Jurisprudencia,
Director de Tesis**

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de abogada

Quito, mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

***“La atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet
como restricción al derecho a la libertad de expresión”***

Belén Alejandra Aguinaga Aguinaga

Ab. Daniela Salazar
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Juan Pablo Albán
Director de Tesis

157 Dra. Sophie Espinosa
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 18 de Mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

INFORME FINAL DE DIRECCIÓN / TRABAJO ESCRITO TESINA

TITULO "La atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet como restricción al derecho a la libertad de expresión"

ALUMNA Belén Alejandra Aguinaga Aguinaga

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

A esta altura nadie discute la trascendencia de la libertad de expresión como presupuesto esencial para la preservación de la democracia y como instrumento para el ejercicio de otros derechos humanos. No obstante la cuestión de los límites permisibles a tal derecho es un debate que no pierde actualidad, más aún si tomamos en cuenta la constante evolución e innovación en el campo de la tecnología digital, la democratización en el acceso a la libertad de expresión que el internet ha significado y las reacciones adversas de ciertos actores frente a este fenómeno, que plantean la necesidad de contar con mecanismos para asegurar que internet siga siendo un espacio descentralizado, neutral y de acceso universal, limitando la regulación a lo estrictamente indispensable y procurando que tal regulación sea desarrollada con la más amplia participación posible de proveedores y usuarios.

En tal virtud, el problema identificado por la estudiante, la restricción ilegítima del derecho humano a la libertad de expresión a través de la atribución de responsabilidades a los intermediarios de internet por contenidos publicados por sus usuarios, es sin duda de gran importancia y actualidad.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por la investigadora.

La hipótesis planteada por la estudiante, en el sentido de que la atribución de responsabilidad a los intermediarios de internet por contenidos publicados por sus usuarios es una restricción indirecta al derecho de libertad de expresión y que por ende tal atribución de responsabilidad debería proscribirse legalmente salvo en situaciones que bajo el derecho constitucional e internacional de los derechos humanos constituyan supuestos legítimos para la limitación de la libertad de expresión –por ejemplo la protección de la niñez y adolescencia–, es no solo trascendente sino acertada.

La circulación de información e ideas en el internet no sería posible sin el concurso de los intermediarios, por ende, la imposición de consecuencias jurídicas a aquellos, por actos de terceras personas, más allá de irrazonable, puede afectar gravemente tanto la dimensión individual como la social de la libertad de expresión, al provocar un efecto disuasivo en la actividad de los proveedores de servicios y promover el ejercicio de medidas de censura por parte de estos en perjuicio de sus usuarios.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Las fuentes utilizadas por la autora de la tesina son relevantes, actuales, y sustentan adecuada y suficientemente sus argumentos. Las referencias bibliográficas y hemerográficas se ven muy bien complementadas con legislación nacional y comparada pertinente, tratados internacionales e instrumentos de *soft law* en materia de derechos humanos, jurisprudencia nacional y comparada, y decisiones de diversos organismos de supervisión en el ámbito de los derechos humanos.

d) Contenido argumentativo de la investigación.

Considero que el documento tiene una excelente construcción y que la autora fundamenta adecuadamente su postura a lo largo del texto. La tesina bajo evaluación tiene la virtud de exponer en forma objetiva distintos puntos de vista respecto a la pertinencia de atribuir responsabilidad a los proveedores de servicio y proveedores de contenido en internet y sobre los posibles efectos de tal atribución de responsabilidad en la vigencia del derecho a la libertad de expresión, motivando que el lector forme su propio criterio. Por otra parte, el trabajo entra al examen de los desafíos para la protección del derecho a la libertad de expresión en el entorno digital, por el enorme potencial que el internet tiene para la difusión instantánea de información e ideas, lo que sin duda ha transformado la forma en que las personas nos comunicamos, pero al tiempo ha sido identificado como una amenaza por Estados y particulares resistentes a la crítica, que ven en internet un campo de batalla en lugar de un espacio para el debate democrático, la rendición de cuentas y la divulgación del pensamiento.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

La estudiante cumplió a cabalidad con el proceso de investigación, elaboración de la tesina, incorporación de sugerencias tanto en lo sustancial como en lo metodológico, de conformidad con lo establecido en el “Reglamento para la disertación oral y el trabajo escrito como requisito para la culminación de los estudios en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito”.

Por todo lo expuesto, apruebo la tesina.



Juan Pablo Albán Alencastro
Director de la investigación

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Belén Alejandra Aguinaga Aguinaga

C. I.: 1721159331

Fecha: Quito, mayo de 2015

Agradecimientos

Quiero expresar mi agradecimiento a todas las personas que me han apoyado a lo largo de mi carrera universitaria, así como durante el desarrollo de la presente investigación.

En primer lugar a toda mi familia, por siempre estar pendientes y brindarme apoyo. De manera especial a mis padres, Marcelo y Ximena que siempre han sido el mayor soporte e impulso para mí tanto en los tropiezos como en los triunfos, son mi ejemplo en todo sentido. También a mis hermanos Sebastian y Felipe por siempre tener palabras y gestos que me ayudan a seguir adelante y retarme a mí misma.

Agradezco particularmente, al Dr. Juan Pablo Albán por todas las enseñanzas dentro y fuera del aula y haberme motivado y brindado las herramientas para continuar comprometida con los Derechos Humanos. A Daniela Salazar, MA y al Dr. Farith Simon por seguir impulsando en mí el interés hacia esa área de estudio. Al Dr. Vladimir Villalba, por mantenerme interesada también en el Derecho Privado y por toda la confianza que ha depositado en mí durante estos años. También a todos quienes conforman el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Resumen

La libertad de expresión es un derecho fundamental esencial para el funcionamiento de una sociedad democrática y, en tanto derecho fundamental, no es absoluto. En el evento en que las expresiones emitidas en ejercicio de éste entren en conflicto con otros derechos, o que éstas supongan un peligro para el orden público o la seguridad nacional un juez deberá determinar si es posible imponer una restricción a la libre expresión, en forma de una responsabilidad ulterior, en tanto ésta cumpla con las características de estar prevista en una ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional para cumplir tal propósito. Sin embargo, surge una controversia cuando se pretende responsabilizar a los intermediarios de Internet por los contenidos de sus usuarios que causen conflictos de derechos o con otros bienes jurídicos protegidos. Esta investigación pretende determinar en qué medida el enfoque de responsabilizar a estos agentes en razón de contenidos o expresiones ajenos resultaría o no compatible con la protección del derecho a la libertad de expresión y las tres características de una restricción legítima al mismo que se acaba de mencionar.

Abstract

Freedom of expression is a fundamental right essential for a democratic society and, as such, it is not an absolute right. If the expressions issued in exercise of this right create a conflict with other rights, or suppose a threat to public order or national security, a judicial authority shall determine if it is convenient to impose a restriction on freedom of expression, as a subsequent liability as long as it complies with the conditions of being prescribed by law, pursuing a legitimate aim and being suitable, necessary and proportional for accomplishing such legitimate aim. However, another conflict arises when there are attempts of imposing liability to Internet intermediaries for their users' expressions when those collide with other rights or values protected by law. This paper aims to determine to what extent the approach that supports the imposition of liability to these agents for contents or expressions provided by third parties is compatible or not with the protection of the right to freedom of expression and the three above-mentioned characteristics of a permissible restriction to this right.

Tabla de contenido

Introducción.-.....	13
Capítulo 1.- El derecho a la libertad de expresión	20
1.1. Antecedentes históricos	20
1.2. Alcance e importancia	28
1.3. Restricciones permisibles	32
1.3.1. Legalidad.....	66
1.3.2. Fin legítimo	68
1.3.3. Idoneidad, Necesidad y Estricta proporcionalidad.....	71
1.4. Restricciones ilegítimas.....	74
1.4.1. Restricciones directas.....	78
1.4.2. Restricciones indirectas.....	81
Capítulo 2.- El Internet como un canal de comunicación para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión	87
2.1. Origen, evolución, transformación y trascendencia del Internet	87
2.2. Funcionamiento de Internet	110
2.3. Los intermediarios de Internet: proveedores de servicios en Internet (ISP) y operadores de servicios en línea (OSP)	117
2.3.1. Proveedores de conexión y acceso	121
2.3.2. Proveedores de tránsito	121
2.3.3. Proveedores de alojamiento	122
2.3.4. Motores de búsqueda.....	123
2.3.5. Proveedores de contenido.....	124
2.4. Internet y Libertad de Expresión	125

Capítulo 3.- Incidencia de la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet por los contenidos publicados por sus usuarios en el derecho a la libertad de expresión.....140

3.1. Formas de atribución de responsabilidad jurídica vinculadas con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.....	141
3.1.1. Responsabilidad administrativa.....	141
3.1.2. Responsabilidad civil	145
3.1.3. Responsabilidad penal.....	148
3.2. La atribución de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet originada por los contenidos publicados por sus usuarios en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión	151
3.2.1. Generalidades	151
3.2.2. Argumentos a favor de la atribución de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet.....	161
3.2.3. Argumentos en contra de la atribución de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet.....	165
3.2.4. Ámbitos en los que se ha aplicado o pretendido aplicar la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet.....	168
3.2.4.1. Situaciones que involucran potenciales vulneraciones del derecho a la privacidad, honra y dignidad	169
3.2.4.2. Situaciones que involucran potenciales vulneraciones de derechos patrimoniales de propiedad intelectual (<i>copyright</i>).....	175
3.2.4.3. Situaciones que involucran potenciales amenazas a la seguridad nacional o el orden público.....	183
3.2.4.4. Situaciones que involucran potenciales vulneraciones a los derechos de los niños relacionadas con material que podría constituir pornografía infantil.....	185

3.3. Obligaciones accesorias –o incentivos– ligados a la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet en razón de los contenidos publicados por sus usuarios en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión.....	191
3.3.1. Inmunidad absoluta	192
3.3.2. Inmunidad condicionada	195
3.3.2.1. Obligación de monitoreo, filtrado y/o bloqueo de contenidos.....	195
3.3.2.2. Sistema de notificación y bajada (<i>notice and takedown</i>).....	197
3.3.2.3. Sistema de notificación y notificación (<i>notice and notice</i>).....	199
3.4. Propuestas y recomendaciones	201
3.4.1. Promulgación de una ley que proscriba la atribución de responsabilidad a los intermediarios de Internet originada en los contenidos publicados por sus usuarios	202
3.4.2. Sistema de monitoreo, filtrado y bajada de contenidos en situaciones específicas como modelo complementario para un régimen de inmunidad condicionada	205
Capítulo 4.- Conclusiones	208
Bibliografía.....	223

Introducción.-

Históricamente, en Ecuador y el resto del mundo la libertad de expresión ha jugado un papel protagónico, pues a través del ejercicio del mismo se han conquistado luchas; se han reivindicado y exigido derechos; se han ampliado espacios de libertad, interacción y escrutinio entre los ciudadanos y los Estados que, a fin de cuentas, existen por y para éstos; entre otros. Esto ha sido posible gracias a la función intrínseca y crucial de este derecho: permitir la difusión o expresión, así como el acceso a todo tipo de informaciones o contenidos a través de los mismos, por cualquier medio y así fomentar una sociedad democrática plural y diversa. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han reafirmado la importancia de este derecho para una sociedad democrática, incluso catalogándolo como “piedra angular”¹ esencial para su existencia².

¹ Vid., por ejemplo, Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 109; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 82; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 85; *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 105; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 47; Comité de Derechos Humanos. *Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión*. Observación General No. 34, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, párr. 2.

² Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Handyside case*, Judgement of 7 December 1976, Series A No. 24, párr. 49; *The Sunday Times case*, Judgement of 26 April 1979, Series A No. 30, párrs. 59 y 65; *Barthold*, Judgement of 25 March 1985, Series A No. 90, párr. 55; *Lingens*, Judgement of 8 July 1986, Series A No. 103, párr. 41; *Müller and Others*, Judgement of 24 May 1988, Series A No. 133, párr. 33; *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Judgement of 20 September 1994, Series A No. 295-A, párr. 49. Citados en: Corte I.D.H. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69.

La libertad de expresión es un derecho fundamental, reconocido tanto por la Constitución de la República como por instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, que ha sido el centro de debates, críticas, exigencias, reivindicaciones, regulaciones y restricciones en los últimos años en el Ecuador, donde la animosidad e incluso intolerancia ante éste ha parecido perfilar el discurso y la agenda política de los funcionarios que ocupan actualmente el poder. El gobierno de Rafael Correa se ha caracterizado, desde sus inicios, por proferir expresiones de desprestigio e incluso de ataque a los medios de comunicación privados que han tendido a mantener una línea editorial crítica que incluso ha sido catalogada como opositora. Ejemplo de ello son las reiteradas expresiones vertidas en sus Enlaces Ciudadanos de rendición de cuentas en los cuales se dedica a ridiculizar, insultar y atacar a quienes expresan su disconformidad con alguna de sus decisiones o políticas. Si bien esto empezó hace algún tiempo, hace pocos meses se ha empezado a acentuar la práctica de criticar e intentar debilitar el ejercicio de este derecho en el ámbito de Internet con incidentes –¿o más bien ataques, persecuciones e intimidaciones?– como el ocurrido a inicios del 2015 con @CrudoEcuador. Esto, junto con la sanción de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones han puesto de manifiesto las intenciones de las autoridades de gobierno por comenzar a controlar las actitudes en este canal para la comunicación.

Paralelamente, ha existido un gran esfuerzo por parte del gobierno ecuatoriano para regular –y por qué no decirlo– limitar cada vez más el ejercicio de la libre expresión: ha habido un gran número de procesos y resoluciones judiciales en el ámbito civil y penal que han impuesto restricciones excesivas a este derecho a ciudadanos que han sido críticos con quienes ejercen el poder, se sancionó la Ley Orgánica de Comunicación y su Reglamento

que ha originado también una proliferación de procesos administrativos ante la Superintendencia de la Información y Comunicación, se están realizando esfuerzos para que la Constitución de la República contemple a la comunicación como un servicio público, entre otras actuaciones direccionadas al mismo fin.

Además, existe abundante jurisprudencia y doctrina a nivel de Organismos Internacionales encargados de la promoción, protección y supervisión de la actuación de los Estados en materia de Derechos Humanos que han interpretado el contenido y alcance de este derecho y de las obligaciones de los Estados relacionadas con el mismo contraídas en virtud de los instrumentos internacionales de los cuales son parte. Por ejemplo, a nivel de jurisprudencia y doctrina de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos –Corte y Comisión respectivamente– existe un importante consenso en algunos aspectos, entre otros, que tanto la dimensión individual como social del derecho a la libertad de expresión deben ser protegidas simultáneamente para garantizarlo debidamente; que se debe asegurar la existencia de mecanismos efectivos para la difusión de las expresiones sin cortapisas innecesarias; que este derecho permite o viabiliza el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales; y, que la libre expresión no puede ser limitada en una mayor medida que la establecida por los instrumentos internacionales que reconocen este derecho –como la Convención Americana sobre Derechos Humanos–.

Por otra parte, es innegable el impacto y la influencia que ha alcanzado Internet en nuestras vidas. Esta herramienta ha revolucionado la manera en que los ciudadanos interactuamos entre nosotros, realizamos transacciones comerciales y financieras, obtenemos información de toda índole, accedemos a sitios de entretenimiento, nos apoyamos para desempeñar nuestras actividades educativas y laborales, entre un sinnúmero

de posibilidades. Además, el avance tecnológico ha reducido considerablemente los costos y ha facilitado extraordinariamente el acceso a esta herramienta, a tal punto que actualmente podemos navegar en todo momento al tener esta posibilidad en nuestros *smartphones*, por ejemplo. Parte de este fenómeno de re-definición de las interacciones sociales de Internet es cómo éste ha transformado la manera de comunicarse, eliminando las barreras de espacio y tiempo, lo cual ha potenciado el ejercicio del derecho a buscar, recibir y difundir expresiones, ideas, opiniones de toda índole con una rapidez y apertura sin precedentes. Dada la importancia de este canal para el ejercicio de la libertad de expresión, resulta cada vez más necesario establecer lineamientos y normas que deben ser respetados a fin de no restringir de manera ilegítima o innecesaria el derecho a la libertad de expresión a través de regulaciones en Internet.

Internet funciona y está disponible para nuestro uso gracias a un conjunto de protocolos que permiten las conexiones entre ordenadores –y otros dispositivos– a nivel mundial lo cual es posible debido a las funciones que cumplen determinados agentes denominados intermediarios de Internet y éstos tienen estrecha relación con el problema jurídico planteado en esta investigación. Entre varios aspectos que se han discutido jurídicamente a fin de encontrar mecanismos para preservar los derechos fundamentales –incluyendo la libertad de expresión– en Internet se encuentra la problemática de la atribución de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet originada en los contenidos generados por sus usuarios, frente a la cual existen diferentes posturas y alrededor al mundo se han adoptado diferentes enfoques.

En consecuencia, el objetivo de esta tesina es determinar de qué manera la atribución de responsabilidad a los intermediarios de Internet por contenidos ajenos podría resultar –o

no— en una restricción a la libertad de expresión de los ciudadanos. Como parte de los objetivos secundarios se busca determinar cuáles restricciones al derecho a la libertad de expresión son legítimas y cuáles no; analizar si es necesaria en el Ecuador una regulación que garantice la proscripción de atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios o si es preferible no contar con regulación alguna; y, examinar si existen o no casos en los cuales se justifique que una ley atribuya responsabilidad jurídica a los intermediarios de internet y, de haberlos, cuáles serían esos casos y las medidas a tomarse en el ordenamiento ecuatoriano.

A fin de responder al problema jurídico planteado y lograr los demás objetivos mencionados, esta investigación estará organizada en cuatro capítulos. El primer capítulo desarrollará el contenido, alcance e importancia del derecho a la libertad de expresión entendido en el marco de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, principalmente del Sistema Interamericano. Seguidamente, se expondrá los tipos de discurso que se encuentran protegidos por el derecho a la libertad de expresión y los que no, y qué condiciones deben cumplir las restricciones a este derecho a fin de ser consideradas legítimas. Finalmente, se explicará cuáles son las restricciones ilegítimas a la libre expresión y algunas de las formas en que éstas pueden configurarse.

En el segundo capítulo, por su parte, se analizará la importancia del Internet como canal para la comunicación y su consecuente relación con la libertad de expresión. Éste inicia con un análisis del origen, la evolución, la transformación y la transcendencia de Internet y cómo ha influido en el ejercicio de este derecho. Posteriormente se realizará una explicación breve y básica sobre los aspectos técnicos que permiten el funcionamiento de esta herramienta y las distintas funciones que cumplen los intermediarios de Internet

esencial para comprender los diferentes enfoques que se pueden plantear en relación al problema jurídico planteado. Por último, se expondrán en términos generales algunos de los principios y lineamientos desarrollados por la doctrina de organismos internacionales de protección de Derechos Humanos –específicamente por las relatorías temáticas especializadas en libertad de expresión– a fin de proteger y preservar la libertad de expresión en Internet, en la medida en que es a través de estas Declaraciones Conjuntas que se ha tratado más *in extenso* esta temática.

En tercer capítulo tiene por objetivo responder al problema jurídico planteado y comenzará con un desarrollo de las nociones generales de los distintos tipos de responsabilidad jurídica relacionados con el ejercicio derecho a la libertad de expresión existentes en la legislación ecuatoriana. Seguidamente, se enfocará en exponer las distintas posiciones respecto a la problemática de la atribución de responsabilidad a intermediarios de Internet por contenidos ajenos basándose, entre otros, en ejemplos de regulaciones vigentes que plantean estándares diferentes, o de casos resueltos por tribunales domésticos en distintos países o por organismos internacionales que han sido identificados como hitos en la materia. Además, se analiza cuál ha sido el enfoque o los modelos frente a esta temática en escenarios en que el derecho a la libertad de expresión de los usuarios de Internet entra en conflicto con: el derecho a la privacidad y el honor, derechos de autor, la seguridad nacional y el orden público, y los derechos de los niños respecto de material que podría constituir pornografía infantil. Este capítulo termina con la exposición de una propuesta para el tratamiento que debería darse, a mi modo de ver, al problema jurídico planteado respecto a la conveniencia o no –de cara a la protección del derecho a la libertad

de expresión – de una atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet originada en contenidos publicados por sus usuarios en el Ecuador.

Por último, el cuarto capítulo está reservado para las conclusiones en las que con base en todo lo expuesto a lo largo de la investigación demostraré que, como regla general, la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet originada en los contenidos generados y difundidos por sus usuarios puede llegar a constituir una restricción ilegítima indirecta del derecho a la libertad de expresión de los mismos; y se reiterará cual debería ser el tratamiento de la cuestión en términos generales desde mi perspectiva.

Capítulo 1.- El derecho a la libertad de expresión

Este primer capítulo tiene por objetivo determinar el contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión, destacando su trascendencia no solo como derecho fundamental, sino como componente esencial de una sociedad democrática. Esto, debido a que el pleno ejercicio de este derecho fomenta un ambiente de tolerancia, indispensable para mantener un intercambio de ideas que permita un debate abierto y una participación activa de los ciudadanos, fortaleciendo, en definitiva, la democracia y formando seres humanos libres y críticos.

1.1. Antecedentes históricos

Es pertinente tener en cuenta que “[l]os primeros antecedentes del reconocimiento del derecho a la libertad de expresión por parte de la autoridad se remontan a la Inglaterra del siglo XVII”³ en un contexto en el cual hasta 1695 existía un régimen de censura previa, pues era necesario contar con una licencia para la publicación de libros, papeles o panfletos⁴. De hecho, el primer instrumento en el que este derecho se encuentra, de alguna manera, reconocido por escrito es la Declaración de Derechos, *Bill of Rights*, de Inglaterra, de 1689⁵.

Durante el siglo XVIII, y tomando el ejemplo inglés del *Bill of Rights*, “los fundadores de la nueva nación norteamericana establecieron declaraciones de derechos a través de las cuales pretendieron marcar diferencias respecto del sistema de gobierno inglés y establecer

³ Marciani Burgos, Betzabé. *El Derecho a la Libertad de Expresión y la Tesis de los Derechos Preferentes*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 51.

⁴ *Id.* 51-52.

⁵ Bill of Rights (1689). Artículo 9.

“Art. 9.- Que las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento”.

los principales derechos civiles que serían la base del moderno Estado de Derecho liberal-burgués”⁶. La primera de ellas, la Declaración de Virginia de 1776, es clara al manifestar que “la libertad de prensa es uno de los grandes baluartes de la libertad, y que jamás puede restringirla un gobierno despótico”⁷. Después de que varios Estados siguieran este camino, y de la aprobación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en 1787, y hasta 1791, se inició un proceso de enmiendas a la misma a través de las cuales se incorporó a la Carta Fundamental “el sistema de libertades civiles básicas construido a partir de los *Bill of Rights*”⁸. La primera de esas diez primeras enmiendas a la Constitución se refiere, precisamente, a la prohibición que recae sobre el Congreso de interferir, entre otros, en la libertad de expresión o de prensa⁹.

Entretanto, en Europa también se realizaron grandes avances en relación al reconocimiento de libertades civiles para los ciudadanos. Es así que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada en Francia en 1789 “presenta una concepción individualista de los derechos, a los que identifica como derechos subjetivos oponibles a la acción del Estado”¹⁰. En este instrumento se encuentra también reconocido el derecho de los ciudadanos a “la libre comunicación de los pensamientos y opiniones”¹¹.

⁶ Marciani Burgos, Betzabé. *El Derecho a la Libertad de Expresión... Óp. cit.*, p. 52.

⁷ Declaración de Virginia (1776). Artículo 12.

⁸ Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1934. Citado en: *Derecho Constitucional General*. (Blancas, Carlos; Landa, Cesar; y Rubio, Marcial. Coordinadores). 4ª ed., Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 1994, T.I, p. 391. Citado en Marciani Burgos, Betzabé. *El Derecho a la Libertad de Expresión... Óp. cit.*, pp. 52-53.

⁹ Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, Enmienda I (1791).

¹⁰ Marciani Burgos, Betzabé. *El Derecho a la Libertad de Expresión... Óp. cit.*, p. 54.

¹¹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Artículo 11.

Ahora bien, es fundamental mencionar que los precitados ejemplos son los hitos que comenzaron a reconocer dos realidades inherentes a los seres humanos que, hasta entonces, habían sido negadas: la dignidad y la libertad. Es precisamente sobre esos dos valores, así como la propiedad y la seguridad, sobre los que se asienta la teoría del Estado liberal que surgió después de la Revolución Francesa y que constituye también un límite al poder estatal frente a los ciudadanos. En este sentido, es necesario recordar que:

[...] la libertad de expresión e información, entendida originariamente como libertad de imprenta y sucedánea de la libertad de conciencia, fue el soporte de las elaboraciones que hicieron posible con las revoluciones francesa, americana y gaditana, el constitucionalismo y el surgimiento del moderno Estado de Derecho¹².

En el Ecuador este derecho ha sido reconocido desde la Constitución Quiteña de 1812, en la cual el artículo 20 reconocía a todos los habitantes la posibilidad de “exponer sus sentimientos y sus dictámenes por escrito o de palabra”, teniendo como límite el respeto a la religión y a las buenas costumbres¹³. Asimismo, desde la Constitución de Riobamba de 1830¹⁴, que dio inicio a la época republicana, este derecho ha estado reconocido en las posteriores Cartas Fundamentales que han regulado la organización, funcionamiento y

¹² Aguiar, Asdrúbal. *El Derecho a la Democracia: La democracia en el Derecho y la Jurisprudencia Interamericanos. La Libertad de Expresión, piedra angular de la Democracia*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2008, p. 409

¹³ Constitución Quiteña (1812). Artículo 20.

Art. 20.- El Gobierno del Estado se obliga a todos los habitantes de él, y les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, sus propiedades y su libertad natural, y civil: y en su consecuencia declara que todo vecino y habitante en el de cualquier estado, condición, y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos, y sus dictámenes por escrito, o de palabra, no siendo en materia de Religión, o contra las buenas costumbres, y levantar sus quejas, y representaciones al Gobierno guardando sólo la moderación que es necesaria para la conservación del buen orden.

¹⁴ Constitución Política de 1830. Artículo 64. Promulgada el 14 de junio de 1830.

“Art. 64.- Todo ciudadano puede expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, respetando la decencia y moral pública, y sujetándose siempre a la responsabilidad de la ley”.

atribuciones del poder estatal, aunque con diferentes matices. Por ejemplo, varias de éstas¹⁵ restringían la titularidad de este derecho a los “ciudadanos” o a los “ecuatorianos”, lo cual merece especial atención dado que en todas ellas existían disposiciones constitucionales que limitaban el acceso a la ciudadanía a criterios como la edad, el estado civil, al hecho de poseer un bien inmueble valorado en un cierto monto o al ejercicio de una profesión o industria “útil, sin sujeción a otro, como sirviente doméstico o jornalero”, y a saber leer y escribir¹⁶. En éstas también se establecía como límite al ejercicio de la libertad de expresión el respeto a la “decencia o moral pública”, que evidentemente son conceptos indeterminados, vagos y subjetivos, y la sujeción a las responsabilidades que determine a la ley. En términos similares, otros textos constitucionales que no restringían el goce de este derecho solamente a las personas que fueran consideradas como ciudadanos, contemplaban conceptos indeterminados como los ya referidos, o como orden público, moral, intereses nacionales o la religión, a manera de límites en el ejercicio de este derecho¹⁷. Asimismo, todas las ya referidas, además de las Constituciones de 1843¹⁸, 1878¹⁹, 1897²⁰, 1945²¹,

¹⁵ Constitución Política de 1830, *Óp. cit.*, Artículo 64; Constitución Política de 1835. Artículo 103. Promulgada el 13 de agosto de 1835; Constitución Política de 1845. Artículo 123. Promulgada el 3 de diciembre de 1845; Constitución Política de 1851. Artículo 110. Promulgada el 25 de febrero de 1851; Constitución Política de 1852. Artículo 122. Promulgada el 6 de septiembre de 1852; Constitución Política de 1861. Artículo 117. Promulgada el 2 de mayo de 1861; Constitución Política de 1878. Artículo 17 numeral 8. Promulgada el 31 de marzo de 1878; Constitución Política de 1906. Artículo 26 numeral 15. Registro Oficial No. 262 de 24 de diciembre de 1906.

¹⁶ Constitución Política de 1830, *Óp. cit.*, Artículo 12; Constitución Política de 1835, *Óp. cit.*, Artículo 9; Constitución Política de 1845, *Óp. cit.*, Artículo 9; Constitución Política de 1851, *Óp. cit.*, Artículo 8; Constitución Política de 1852, *Óp. cit.*, Artículo 9; Constitución Política de 1861, *Óp. cit.*, Artículo 8; Constitución Política de 1878, *Óp. cit.*, Artículo 12; Constitución Política de 1906, *Óp. cit.*, Artículo 13.

¹⁷ Constitución Política de 1869. Artículo 102. Promulgada el 28 de julio de 1869; Constitución Política de 1884. Artículo 28. Promulgada el 4 de febrero de 1884; Constitución Política de 1929. Artículo 151 numeral 12. Registro Oficial No. 138 de 26 de marzo de 1929; Constitución Política de 1945. Artículo 141 numeral 10. Registro Oficial No. 228 de 6 de marzo de 1945; Constitución Política de 1946. Artículo 187 numeral 11. Registro Oficial No. 773 de 31 de diciembre de 1946; Constitución Política de 1967. Artículo 28 numeral 5. Registro Oficial No. 133 de 25 de mayo de 1967.

¹⁸ Constitución Política de 1843. Artículo 87. Promulgada el 1 de abril de 1843.

1967²², 1979²³ y 1998²⁴, dejaban abierta la posibilidad de imponer las responsabilidades que prescriba la ley. Por otro lado, merece especial atención el hecho de que los únicos textos que hacen referencia expresa a la proscripción de la censura previa son los de las Constituciones de 1843²⁵, 1869²⁶, 1945²⁷ y 1967²⁸. La Constitución vigente²⁹, reconoce este derecho en el numeral 6 del artículo 66 en los siguientes términos:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

[...] 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones.

Además, el artículo 18#1 prescribe que:

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.

El derecho a la libertad de expresión también se encuentra reconocido en instrumentos internacionales tanto en el ámbito universal como regional. El primero de ellos es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en el año de 1948

¹⁹ Constitución Política de 1878, *Óp. cit.*, Artículo 12.

²⁰ Constitución Política de 1897. Artículo 32. Registro Oficial Suplemento No. 272 de 14 de enero de 1897.

²¹ Constitución Política de 1945. Artículo 141 numeral 10. Registro Oficial No. 228 de 6 de marzo de 1945.

²² Constitución Política de 1967, *Óp. cit.*, Artículo 28 numeral 5.

²³ Constitución Política de 1979. Artículo 19 numeral 2. Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.

²⁴ Constitución Política de 1998. Artículo 23 numeral 9. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

²⁵ Constitución Política de 1843, *Óp. cit.*, Artículo 87.

²⁶ Constitución Política de 1869, *Óp. cit.*, Artículo 102.

²⁷ Constitución Política de 1945, *Óp. cit.*, Artículo 141 numeral 10.

²⁸ Constitución Política de 1967, *Óp. cit.*, Artículo 28 numeral 5.

²⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 6. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

en el seno de la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá³⁰. El artículo IV de este instrumento prescribe que “[t]oda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”³¹. Meses después, el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 19 prescribe:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión³².

El primer instrumento de carácter vinculante fue el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos o Convenio Europeo), adoptado en el seno del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950. Este instrumento entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 y, en su artículo 10 reconoce el derecho a la libertad de expresión en los siguientes términos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la

³⁰ En dicha conferencia también se adoptó la Carta de la Organización de Estados Americanos y, de esta manera, se creó la Organización de Estados Americanos como organismo sustituto de la antigua Unión Panamericana. En este sentido, *vid. Acerca de la OEA, Nuestra Historia*. http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp (acceso: 22 de julio de 2014).

³¹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Artículo IV.

³² Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Artículo 19.

reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial³³.

Posteriormente, la Asamblea General de la ONU, mediante resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el cual entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, y en el que se reconoce al derecho a la libertad de expresión en el artículo 19:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas³⁴.

En el ámbito interamericano, se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en el seno de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos llevada a cabo en la ciudad de San José entre el 7 y 22 de noviembre de 1969. La entrada en vigor de este instrumento se dio a partir del 18 de julio de 1978 y, su artículo 13 dispone:

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.

³³ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950). Artículo 10.

³⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 19.

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 y origen nacional³⁵.

Finalmente, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) fue aprobada por la Organización de la Unidad Africana, la misma que fue reemplazada desde 1999 por la Unión Africana³⁶, el 27 de julio de 1981, en el marco de la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la mencionada organización. Este instrumento, en su artículo 9 reconoce el derecho a la libertad de expresión en los siguientes términos: “1. [t]odo individuo tendrá derecho a recibir información [y] 2. [t]odo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley”³⁷.

Como se desprende de la simple lectura de las precitadas disposiciones, si bien todas están encaminadas a reconocer y proteger el mismo derecho, lo hacen en términos distintos, sean más o menos amplios. El instrumento que protege de manera más amplia este derecho

³⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13.

³⁶ *Vid. AU in a nutshell*. <http://www.au.int/en/about/nutshell> (acceso: 22 de julio de 2014).

³⁷ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Artículo 9.

es la Convención Americana, pues además de garantizar la libertad de expresión en su doble dimensión, al igual que todos los otros instrumentos, es el único que contempla una prohibición expresa de censura previa y de las restricciones indirectas a este derecho. Si bien contempla limitaciones similares a las previstas por el Convenio Europeo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana utiliza un lenguaje mucho más preciso, estableciendo en primer lugar que solamente caben restricciones en forma de responsabilidades ulteriores, y además circunscribiendo estas restricciones a dos supuestos específicos: el respeto de los derechos o la reputación de otras personas y la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la moral o salud públicas.

Dado que el Ecuador es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a partir de su ratificación el 6 de marzo de 1969³⁸ y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el depósito del instrumento de ratificación realizada el 28 de diciembre de 1977³⁹, se realizará especial énfasis en la jurisprudencia y doctrina de los órganos del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos.

1.2. Alcance e importancia

Como se colige de la lectura del artículo 13 de la Convención Americana, el derecho a la libertad de expresión contiene una doble dimensión pues “quienes están bajo la protección de la Convención tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir

³⁸ *United Nations Treaty Collection.*
https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (acceso: 22 de julio de 2014).

³⁹ *Estado de firmas y ratificaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Ecuador: (acceso: 22 de julio de 2014).

informaciones e ideas de toda índole”⁴⁰. Es así que este derecho comprende una dimensión individual, que “no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”⁴¹. Esta conclusión resulta completamente lógica, pues de nada sirve que se “garantice” a una persona la posibilidad abstracta de expresarse, cuando en realidad esa expresión no puede ser difundida o compartida con el resto; en ese sentido, la obligación del Estado no radica únicamente a su deber de “[...] proteger el ejercicio del derecho a hablar o escribir las ideas y la información, sino [también en el] de no restringir su difusión a través de la prohibición o regulación desproporcionada de los medios escogidos para que los destinatarios puedan recibirlas”⁴². En la medida en que se imponga cargas excesivas o límites desmedidos a la posibilidad de difusión de la expresión, sea esta oral, escrita, audiovisual o artística, se está restringiendo el pleno ejercicio de este derecho.

Una de las funciones del derecho a la libertad de expresión, en tanto libertad individual, es viabilizar la expresión y comunicación no solamente de información, sino de todo tipo de pensamientos, ideas, sentimientos u opiniones de los individuos. De esta manera cobra importancia la posibilidad que tiene cada ser humano de apreciar el mundo, y a sí mismo,

⁴⁰ Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* *Óp. cit.*, párr. 30.

⁴¹ Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* *Óp. cit.*, párr. 31; *Caso “La Última Tentación de Cristo”...* *Óp. cit.*, párr. 65; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 147; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. *Óp. cit.*, párr. 109; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. *Óp. cit.*, párr. 78.

⁴² Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* *Óp. cit.*, párr. 31; *Caso “La Última Tentación de Cristo”...* *Óp. cit.*, párr. 65; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. *Óp. cit.*, párr. 147; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. *Óp. cit.*, párr. 109; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. *Óp. cit.*, párr. 78; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 73. Citados en: CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Relatoría especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 de diciembre de 2009, párr. 25.

desde su propia óptica y, además, de exteriorizar estas apreciaciones hacia los demás, para así “construir a través de un proceso deliberativo, no sólo el modelo de vida que cada uno tiene derecho a adoptar, sino el modelo de sociedad en el cual queremos vivir”⁴³. Al expresar nuestro pensamiento, nuestras ideas o nuestros sentimientos sin ningún tipo de impedimento o cortapisas, entonces, estamos avanzando no solamente como individuos, sino también como sociedad, a un progreso que de otra manera no podría lograrse.

De otro lado, la dimensión social o colectiva de la libertad de expresión implica no solamente el derecho de comunicar a los demás sus ideas u opiniones, sino también el derecho de todas las personas a conocer la información, ideas u opiniones emitidas por terceros⁴⁴. En este sentido, es destacable la trascendencia que tiene la dimensión social de este derecho, que ha sido calificado como “piedra angular de una sociedad democrática”⁴⁵, puesto que la garantía efectiva del mismo es “indispensable para la formación de la opinión pública [y] *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente”⁴⁶. En relación a esto, merece especial atención el hecho de que una democracia no se reduce únicamente a la participación del pueblo a través de las urnas; una democracia se consolida, fortalece, preserva y, en definitiva, existe en la medida

⁴³ CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 7.

⁴⁴ Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* Óp. cit., párr. 32; *Caso “La Última Tentación de Cristo”...* Óp. cit., párr. 65; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Óp. cit., párr. 145; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Óp. cit., párr. 109; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Óp. cit., párr. 79.

⁴⁵ Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* Óp. cit., párr. 70; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Óp. cit., párr. 109; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Óp. cit., párr. 82; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Óp. cit., párr. 85; *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Óp. cit., párr. 105; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Óp. cit., párr. 116; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Óp. cit., párr. 47.

⁴⁶ Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* Óp. cit., párr. 70; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Óp. cit., párrs. 146 y 149; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Óp. cit., párr. 112; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Óp. cit., párr. 82.

en que se protejan y garanticen las libertades individuales. Ésta radica en la apertura a un debate amplio que refleje las diversas necesidades, ideas y aspiraciones de una sociedad, y garantice el pluralismo. La garantía del derecho a la libertad de expresión como baluarte fundamental de la democracia no solamente es esencial para un debate de ideas y asuntos de interés público que conciernen a todos los ciudadanos; sino también para el escrutinio de las actividades de las autoridades estatales como mecanismo de evitar, reducir y, eventualmente frenar, cualquier tipo de arbitrariedad o abuso de poder.

Respecto a la doble dimensión de la libertad de expresión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido constante en reiterar que tanto la dimensión individual, como la colectiva de la libertad de expresión tienen igual jerarquía e importancia, y por lo tanto, ambas deben ser garantizadas de manera simultánea para que el mencionado derecho se encuentre protegido de manera adecuada y efectiva⁴⁷.

En relación a lo anterior, es menester mencionar que otra de las razones por las cuales la libertad de expresión es un derecho de especial importancia y constituye el núcleo del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos radica en su función instrumental⁴⁸. Esto quiere decir que la libertad de expresión sirve como “una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales”⁴⁹ en tanto

[...] se trata de un mecanismo esencial para el ejercicio del derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la

⁴⁷ Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* Óp. cit., párr. 33; *Caso “La Última Tentación de Cristo”...* Óp. cit., párr. 67; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú.* Óp. cit., párr. 149; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.* Óp. cit., párr. 111; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Óp. cit., párr. 80; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile.* Óp. cit., párr. 72.

⁴⁸ CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión.* Óp. cit., párr. 9.

⁴⁹ *Ibíd.*

igualdad no sólo entendida como el derecho a la no discriminación, sino como el derecho al goce de ciertos derechos sociales básicos⁵⁰.

Es fundamental tener en cuenta que la libertad de expresión es un derecho inherente a la dignidad del ser humano y, en consecuencia, todo ser humano es titular del mismo “independientemente de cualquier otra consideración, por lo que no cabe considerar [la titularidad del mismo] ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas”⁵¹. En palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el artículo 13 de la Convención Americana “constituye una indicación de la importancia asignada por quienes [la] redactaron [...] a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas”⁵² como un mecanismo necesario para fortalecer la democracia y el pluralismo en el continente americano.

1.3. Restricciones permisibles

Como se analizó anteriormente, el derecho a la libertad de expresión garantiza la posibilidad de emitir, difundir, buscar y recibir todo tipo de manifestaciones sean éstas expuestas de manera escrita, verbal, audiovisual, en forma de expresiones artísticas y, en definitiva, por cualquier medio posible. Esta no es más que una conclusión derivada de la interpretación literal del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también conocida como Pacto de San José) –así como de los otros instrumentos que reconocen este derecho– el cual se refiere de manera expresa a “informaciones e ideas de

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Corte I.D.H. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 114.

⁵² CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Franciso Martorell vs. Chile*. 3 de mayo de 1996, párr. 56.

toda índole”⁵³. En consecuencia, “[e]n principio, todas las formas de discurso están protegidas [...] independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten”⁵⁴, lo cual implica que “[...] no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público”⁵⁵. En relación a esto, es de particular importancia destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomando como referente lo expuesto por su par en el Sistema Europeo de protección de los derechos humanos⁵⁶, ha sido clara al expresar que se encuentran protegidos no solamente los contenidos o ideas que “sean recibidos favorablemente o consideradas inofensivas[,] indiferentes”⁵⁷, que sean compartidas por la mayoría, o respaldadas por las autoridades gubernamentales de turno⁵⁸. Al contrario, con fundamento en “el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura”⁵⁹ imprescindibles para la existencia de una sociedad democrática, ésta ha enfatizado de manera particular que el umbral de protección del derecho a la

⁵³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13.1.

⁵⁴ CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 30.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Handyside case*. Óp. cit., párr. 49; *The Sunday Times case*. Óp. cit., párrs. 59 y 65; *Barthold*. Óp. cit., párr. 55; *Lingens*. Óp. cit., párr. 41; *Müller and Others*. Óp. cit., párr. 33; *Otto-Preminger-Institut v. Austria*. Óp. cit., párr. 49. Citados en: Corte I.D.H. *Caso “La Última Tentación de Cristo”...* Óp. cit., párr. 69.

⁵⁷ CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 31.

⁵⁸ Cfr. Corte I.D.H. *Caso “La Última Tentación de Cristo”...* Óp. cit., párr. 69; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Óp. cit., párr. 152; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Óp. cit., párr. 113; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Óp. cit., párr. 83; *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 77, párr. 88; *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Óp. cit., párr. 105; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Óp. cit., párr. 116. Citados en: CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 30.

⁵⁹ Cfr. Corte I.D.H. *Caso “La Última Tentación de Cristo”...* Óp. cit., párr. 69; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Óp. cit., párr. 152; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Óp. cit., párr. 113; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Óp. cit., párr. 83; *Caso Kimel vs. Argentina*. Óp. cit., párr. 88; *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Óp. cit., párr. 105; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Óp. cit., párr. 116. Citado en: CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 31.

libertad de expresión alcanza también a los contenidos e ideas “que ofenden, chochan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población”⁶⁰.

A inicios del año 2015 el mundo se conmocionó con el atentado terrorista ocurrido contra editores, periodistas y caricaturistas de la revista semanal Charlie Hebdo del cual resultaron 12 personas muertas y un número similar de personas heridas⁶¹. El ataque fue perpetrado por dos musulmanes de nacionalidad francesa, en señal de desacuerdo con las publicaciones que ha hecho el semanario en crítica del Islam, entre ellas algunas en las cuales se satiriza con la imagen caricaturizada del profeta Mahoma⁶². Independientemente de las causas que hayan motivado a realizar este atroz ataque, y de lo ofendidos que hayan podido sentirse los perpetradores –así como creyentes de otras religiones, pues Charlie Hebdo se dedicaba a satirizar y cuestionar no solo al Islam, sino también al Cristianismo y al Judaísmo, así como a políticos y al poder en general– es muy destacable lo señalado en líneas anteriores: no solamente está protegida la expresión artística a través de la cual Charlie Hebdo manifiesta su punto de vista, sino que el discurso que ofende, que resulta incómodo, que irrita, que desagrada a las mayorías, incluso a las que detentan el poder, también se encuentra protegido por el derecho a la libertad de expresión.

⁶⁰ CIDH. *Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Título III. OEA/Ser.L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995. Citado en: CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, párr. 31.

⁶¹ Sobre lo acontecido abunda información, para una idea general consúltese, por ejemplo, *vid.* “«Charlie Hebdo» visé par une attaque terroriste, deuil national décrété”. *Le Monde*. 07/01/2015. http://www.lemonde.fr/societe/article/2015/01/07/attaque-au-siege-de-charlie-hebdo_4550630_3224.html (acceso: 08/01/2015).

⁶² *Vid.* Read, Max. “What is Charlie Hebdo? The Cartoons that Made the French Paper Infamous. *Gawker*. 07/01/2015. <http://gawker.com/what-is-charlie-hebdo-and-why-a-mostly-complete-histo-1677959168> (acceso: 08/01/2015).

Las caricaturas publicadas en el referido semanario eran simplemente eso: caricaturas, que utilizan la sátira, el humor y la exageración para opinar, criticar, cuestionar e incluso fiscalizar las acciones del poder. El hecho de que Charlie Hebdo muchas veces haya cuestionado o ridiculizado las religiones no implica haber vulnerado o disminuido los derechos de quienes creen en las mismas, pues las creencias o ideas son diversas y, como tales, pueden estar sujetas a disidencia, a debate y crítica y por su naturaleza no pueden estar exentas de ello. En ese sentido, las expresiones manifestadas a través de las caricaturas de Charlie Hebdo ni siquiera hubieran ameritado una sanción en forma de responsabilidad ulterior. Pues ésta solo es admisible y legítima cuando se comprueba una vulneración a derechos de otros, a la seguridad nacional, o el orden público y dicha restricción a la libertad de expresión se realiza con estricto apego a los otros elementos del test tripartito que se explicará más adelante. Peor aún se puede pretender justificar o aceptar este acto completamente deleznable y extremo que constituye la más clara manifestación de intolerancia y de ataque a la libre expresión; y el expresar que Charlie Hebdo se extralimita en los mensajes que difunde al ofender a las religiones que cuestionan con ellos, en mi opinión es, de cierta manera, justificar o aseverar que las víctimas de este ataque –y la revista– merecían lo que les ocurrió.

Con lo anterior, de ninguna manera se pretende imponer a todos que estén de acuerdo con las opiniones contenidas en las caricaturas de Charlie Hebdo, pues quienes no están de acuerdo con ellas simplemente podrían optar por no comprar la revista o no leerla; o bien podrían tomar la decisión de leerla mas no apoyarla, criticar, debatir, cuestionar y controvertir las ideas expresadas en sus caricaturas. Lo destacable es que esté abierta la posibilidad de hacerlo para fomentar y fortalecer una sociedad plural y, sobre todo, libre.

Ahora bien, la jurisprudencia interamericana ha contemplado ciertos tipos de discurso que requieren de una mayor protección en razón de su contenido⁶³. El primero de ellos se refiere al que tiene contenido o connotaciones políticas o se refiere a asuntos de interés público⁶⁴ en la medida en que el debate abierto y la difusión de información de esta naturaleza es esencial para un escrutinio de las actuaciones estatales y la garantía del debido funcionamiento de la democracia. En este orden de ideas, es destacable que “[e]l control democrático de la gestión pública, a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades del Estado y la responsabilidad de los funcionarios públicos sobre sus actuaciones, y es un medio para lograr el máximo nivel de participación ciudadana”⁶⁵. De manera similar, los contenidos referentes a personas que ocupen, o aspiren ocupar, un cargo público y a particulares que se involucran en asuntos públicos de manera voluntaria también gozan de una protección especial⁶⁶. Esto en razón de la naturaleza de las actividades que desempeñan, pues se han expuesto de manera voluntaria a una posición que exige un escrutinio más riguroso, y debido a que se encuentran con una mayor posibilidad de acceder a medios de comunicación con la finalidad de explicar, responder, o controvertir la información referente a ellos⁶⁷. En síntesis, considerando la especial trascendencia de la

⁶³ Cfr. CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 32.

⁶⁴ *Id.*, párr. 33 – 38.

⁶⁵ *Id.*, párr. 33.

⁶⁶ *Id.*, párr. 39 – 52.

⁶⁷ Cfr. *Id.*, párr. 40; Corte I.D.H. *Caso “La Última Tentación de Cristo”*... Óp. cit., párr. 69; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Óp. cit., párrs. 152 y 155; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Óp. cit., párrs. 125-129; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Óp. cit., párrs. 83, 95, 100 y 102; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Óp. cit., párr. 86-87; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Óp. cit., párrs. 86 y 87; *Caso Kimel vs. Argentina*. Óp. cit., párr. 88; Corte I.D.H. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Óp. cit., párrs. 115 y 122; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Óp. cit., párr. 155; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Óp. cit., párrs. 83 y 86; *Caso Fontevecchia y D’Amicco vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011, párrs. 47, 59, 60 y 66.

libertad de expresión en relación a su valor en una sociedad democrática, este tipo de discursos son objeto de una protección mayor, de manera que “el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones a estas formas de expresión, y que las entidades y funcionarios que [lo conforman], así como quienes aspiran a ocupar cargos públicos, [...] deben tener un mayor umbral de tolerancia ante la crítica”⁶⁸. Existen varios casos resueltos por la Corte Interamericana en este sentido⁶⁹, que se mencionarán más adelante.

Otros estándares aplicables a este tipo de discursos que tienen una mayor protección en razón de su carácter de interés público son el de la real malicia y el del reporte fiel. El primero de ellos se desarrolló por la Corte Suprema de Estados Unidos en el contexto del caso *New York Times Co. v. Sullivan* en el cual ésta determinó que las expresiones que se refieren al actuar de funcionarios públicos en las cuales se haga referencia a hechos y además se emita una opinión –que como se explicará más adelante no son susceptibles de juicios de veracidad, así como de sanciones– deberán ser examinadas a fin de verificar si existe una evidencia clara de que las mismas fueron formuladas a sabiendas de la falsedad de los hechos, o sin haber realizado un esfuerzo diligente para determinar la veracidad de los mismos, y con la seria intención unívoca de causar un daño –real malicia–, más allá de simplemente analizar si el contenido de las mismas podría resultar o no en una vulneración al honor de los potenciales afectados⁷⁰. Este estándar ha sido recogido, por ejemplo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷¹ y por la doctrina de la Organización de

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Cfr.* Corte Suprema de Estados Unidos. *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964). http://www.eejlaw.com/materials/New_York_Times_v_Sullivan_vT08.pdf (acceso: 12/02/2015).

⁷¹ *Vid.*, por ejemplo, Corte I.D.H. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. *Óp. cit.*, párr. 86.

Naciones Unidas⁷² y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷³. Por otro lado, el estándar de reporte fiel consiste en que no serán sometidas a juicios de veracidad las expresiones de quienes “[...] al transmitir una noticia se limita[n] a reproducir declaraciones o informaciones de terceros, siempre que se cite la fuente [...]”⁷⁴.

Los estándares de la real malicia y del reporte fiel han sido utilizados por autoridades judiciales para determinar si existe o no una responsabilidad jurídica por contenidos de terceros. En ese sentido, acercándonos al problema jurídico planteado en esta tesina, existe doctrina que asemeja el rol de un intermediario de Internet al de un editor⁷⁵ a fin de justificar una potencial atribución de responsabilidad a los mismos en razón de los contenidos publicados por sus usuarios. Si bien este punto se analizará con mayor detalle en los capítulos siguientes, es notable que la aplicación de estos estándares podría argumentarse al discutir una eventual atribución de responsabilidad a estos actores.

Retomando los discursos que gozan de una mayor protección a la luz del derecho a la libertad de expresión, es destacable que el discurso relacionado con elementos de la identidad o dignidad personales de quien lo formula⁷⁶ –por ejemplo, la expresión en una

⁷² Vid., entre otros, United Nations Human Rights Committee. *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: Concluding Observations of the Human Rights Committee, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. CCPR/C/GBR/CO/6, 30 July 2008, párr. 25. <http://www.5rb.com/wp-content/uploads/2008/08/UN-Human-Rights-Committee-Report-2008.pdf> (acceso: 12/02/2015).

⁷³ Vid., por ejemplo, CIDH. *Report of the Rapporteur for Freedom of Expression*. Special Rapporteur for Freedom of Expression. OEA/Ser.L/V/II.106. April 13, 2000, Chapter II “Assessment of the Situation of Freedom of Expression in the Hemisphere”, Section B, párr. 29. Citado en: CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 39 – 52.

⁷⁴ CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. OEA/SER.L./V/II.147. 5 de marzo de 2013, párr. 113.

⁷⁵ Vid., por ejemplo, Hocsman, Heriberto Simón. *Negocios en Internet: e-commerce, comercio electrónico, firma digital*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005, p. 322.

⁷⁶ Cfr. CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 53 – 56.

lengua determinada— también gozan de un mayor nivel de protección⁷⁷, la referente a la identidad de género, orientación sexual y expresión de género de las personas y la religiosa⁷⁸.

Además de proteger el libre flujo de ideas de cualquier restricción o limitación arbitraria en razón de su contenido, resulta crucial que el Estado garantice que no se imponga condiciones desmesuradas a los medios de comunicación, o se abstenga de imponerlas, con la finalidad de que éstos “[...] sean verdaderos instrumentos de [la] libertad [de expresión] y no vehículos para restringirla”⁷⁹.

Lo anterior tiene completo sentido y constituye un estándar con el cual concuerdo enteramente pues la protección del discurso y las expresiones referentes a temas de interés público es crucial para fomentar una sociedad plural, diversa y libre que pueda ejercer sus derechos y participar activamente en la consolidación de un sistema democrático. La crítica y el escrutinio a las actividades del poder es imprescindible no solamente para discutir asuntos de interés de todos, sino para obligar a las autoridades a rendir cuentas de sus actuaciones. Además, el pleno acceso a información de este carácter, así como la posibilidad de opinar y deliberar, es esencial para que los ciudadanos puedan tomar decisiones razonadas e informadas. En consecuencia, no solamente es necesaria la protección de este tipo de discurso, sino también que el Estado garantice la existencia de

⁷⁷ Cfr. Corte I.D.H. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 169. Citado en: CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, párr. 55.

⁷⁸ Cfr. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, párr. 55 – 56.

⁷⁹ Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* *Óp. cit.*, párr. 34; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. *Óp. cit.*, párr. 149; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. *Óp. cit.*, párr. 117; *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*. *Óp. cit.*, párr. 44.

pluralidad de medios y canales de comunicación a través de los cuales estas expresiones puedan ser difundidas y llegar al mayor número de posible de destinatarios.

No obstante, existen varios tipos de discurso que no se encuentran protegidos por el derecho a la libertad de expresión. El artículo 13 inciso 5 de la Convención Americana contempla expresamente uno de ellos cuando se refiere a “la propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio [...] que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo [...]”⁸⁰. De manera similar, el artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial es claro al imponer a los Estados Parte la obligación de proscribir y tipificar como “[...] acto punible [...] toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos [...]”⁸¹. En principio, un discurso de este tipo constituiría una restricción legítima; sin embargo, el propio artículo 13 inciso 5 del Pacto de San José prescribe que este tipo de discurso debe estar prohibido por la ley. Por consiguiente, y dado que existe una delgada línea entre lo que constituiría una clara y seria instigación para cometer estos actos y la mera expresión de una opinión por chocante que ésta sea; a mi juicio, se debe interpretar esta disposición a la luz del inciso 2 del precitado artículo 13 y, además, a la luz de los artículos 29, 30 y 32 de la Convención Americana; el análisis correspondiente se realizará en líneas siguientes.

⁸⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13.5.

⁸¹ Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965). Artículo 4 literal a).

Paralelamente, existen otro tipo de discursos no protegidos por el derecho a la libertad de expresión que constituyen, sin más, limitaciones legítimas al mencionado derecho por las razones que se expone a continuación. En primer lugar se encuentran los discursos con contenido relacionado a pornografía infantil⁸², la misma que está proscrita el artículo 34 literal c⁸³ de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁴; por el Protocolo Facultativo a dicha Convención, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía⁸⁵; y por el artículo 3 literal b⁸⁶ del Convenio No. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil⁸⁷. Esto, por el bien jurídico superior que esta prohibición protege pues, en palabras de la ex Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar estas disposiciones conjuntamente con el artículo 19 de la Convención Americana⁸⁸ se concluye que el derecho de protección de los niños “[...] implica necesariamente que la pornografía infantil, en tanto forma discursiva violentamente lesiva de los derechos prevalecientes de

⁸² Cfr. CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 60.

⁸³ Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 34 literal b).

Art. 34.- Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: [...]c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

⁸⁴ Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

⁸⁵ Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (2000). Artículo 1, artículo 2 literal c) y artículo 3 inciso 1 literal c).

⁸⁶ Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (1999). Artículo 3 literal b).

Art. 3.- A efectos del presente Convenio, la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca: [...] (b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas [...].

⁸⁷ Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (1999).

⁸⁸ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 24.1

los niños y de su interés superior, ha de estar excluida del rango de protección provisto por la libertad de expresión”⁸⁹. Por consiguiente, e interpretando el artículo 13 inciso 4 del Pacto de San José en el sentido que más favorece la protección de los derechos de los niños, una restricción anticipada ante este tipo de contenidos resultaría, en estos casos, completamente legítima y es una obligación del Estado contemplar en su ordenamiento jurídico normas penales referentes a este aspecto⁹⁰.

En segundo lugar está el discurso que constituya una instigación directa y pública al genocidio⁹¹, actuación que se encuentra expresamente prohibida por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio⁹² en su artículo III literal C⁹³ y que además, constituye un crimen internacional a la luz del artículo 5, inciso 1, literal b⁹⁴ del Estatuto de Roma⁹⁵. En este punto, es también permisible una restricción o limitación impuesta *a priori* respecto de los discursos o contenidos que tengan la finalidad de incitar de manera directa a

⁸⁹ CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 60.

⁹⁰ Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (2000). Artículo 1, artículo 2 literal c) y artículo 3 inciso 1 literal c).

⁹¹ CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 60.

⁹² Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948).

⁹³ *Id.*, Artículo III literal C.

“Artículo III.- Serán castigados los actos siguientes: [...] c) La instigación directa y pública a cometer genocidio [...]”.

⁹⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998). Artículo 5 inciso 1. literal a).

Artículo 5.- Crímenes de competencia de la Corte 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio [...].

⁹⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998).

la comisión de este crimen, tomando en cuenta la gravedad de este crimen internacional, y que la prohibición del mismo incluso ha alcanzado el carácter de norma de *ius cogens*⁹⁶.

Empero, es preciso tener especial cuidado al analizar este tipo de discurso, pues la expresión que simplemente tiene como finalidad articular una opinión es muy distinta de la que tiene una seria intención y un efecto directo en la comisión de un crimen internacional como lo es el genocidio, o un delito como sería el de odio racial. Conforme el estándar mencionado, la imposición de una censura previa a contenidos, a mi juicio, deberá estar estrictamente limitada a los supuestos en los que la difusión de las ideas constituya una seria instigación a cometer genocidio y las restricciones respecto de este tipo de discurso deberán manejarse de manera separada. Ahora, en relación a las expresiones que puedan constituir una apología del delito o una instigación directa para cometerlo –en los términos del artículo 13 inciso 5 de la Convención Americana– éstas deberán ser analizadas con la figura de las responsabilidades ulteriores en el evento de que efectivamente haya existido un ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Éstas deberán aplicarse únicamente tras haber realizado el análisis de legitimidad correspondiente, cuando la expresión circulada constituya una apología del delito o una instigación seria para cometerlo. El hecho de evitar realizar un análisis minucioso y completo antes de la imposición de una potencial restricción en razón de este tipo de discurso no solo provocaría autocensura, sino también que en algunas ocasiones se restrinjan expresiones que bien podrían ser completamente legítimas.

⁹⁶ Cfr. Cebada Romero, Alicia. “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens*, y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002), p. 10. dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/826738.pdf (acceso: 15/112014).

Ahora bien, en este punto merece especial atención que el artículo 13 de la Convención Americana establece claramente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión solamente puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores en la medida en que éstas se encuentren “expresamente fijadas por la ley y se[an] 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 moral públicas”⁹⁷. Evidentemente ningún derecho es absoluto, y la razón de ser de la precitada disposición no es más que una consecuencia lógica de dicho principio; sin embargo, es claro que, a la luz de la propia Convención Americana, concretamente de su artículo 29 literal a), ningún derecho puede ser limitado en una mayor medida que la contemplada en la misma⁹⁸. En este sentido, la propia Corte Interamericana ha interpretado conjuntamente estas disposiciones, y la contenida en el artículo 30 de la Convención⁹⁹, para concluir en lo que se conoce como el *test tripartito* o test de legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión¹⁰⁰; las condiciones impuestas por éste serán analizadas en líneas siguientes. El mencionado test ha sido utilizado por el referido tribunal con la intención de determinar si en los casos puestos en su conocimiento a través del sistema de peticiones individuales se configuró o no responsabilidad estatal en virtud de una restricción ilegítima al derecho a la libertad de expresión de las presuntas víctimas en relación a discursos o contenidos, en principio, protegidos. A continuación, se realiza una

⁹⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13.2.

⁹⁸ *Id.*, Artículo 29 literal a).

⁹⁹ *Id.*, Artículo 30.

Artículo 30.- Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para cual han sido establecidas.

¹⁰⁰ *Cfr.* CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, párrs. 61 y 62.

breve explicación de algunos de los casos en los cuales se ha analizado, a la luz del test tripartito la legitimidad de ciertas restricciones a la libertad de expresión, para posteriormente explicar cada uno de los elementos del mismo. Los casos que se ha tomado en cuenta son, precisamente, casos en la Corte ha debido analizar si la restricción a la libertad de expresión impuesta por los Estados a ciudadanos que han difundido o pretendido difundir contenidos es o no compatible con el respeto y protección de los derechos humanos, con los estándares internacionales sobre la materia y con todas las obligaciones internacionales contraídas por los Estados en materia de derechos humanos. La organización del recuento de la jurisprudencia de la Corte obedece, en primer lugar, a una distribución temática y, en segundo lugar, cronológica. Quedan excluidos de este análisis casos que, a pesar de ser muy relevantes, no tuvieron como tema central de discusión la imposición de una restricción a la libre expresión por supuestos abusos de este derecho¹⁰¹.

El caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos versa sobre la violación al derecho a la libertad de expresión del periodista Mauricio Herrera Ulloa del periódico “La Nación”. En 1995, el señor Herrera publicó en el mencionado medio artículos en los cuales, haciendo referencia a información publicada en medios escritos de origen Belga, se cuestionaba la conducta de un funcionario diplomático

¹⁰¹ Sobre estos casos *vid*, por ejemplo, Corte I.D.H. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109; *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141; *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. *Óp. cit.*; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213; *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219; *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232; *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248.

costarricense en dicho país. Como corolario, el señor Herrera fue objeto de acciones penales por los supuestos delitos de injurias y difamación y éste junto con el periódico “La Nación” fueron objeto de la acción civil correspondiente. Si bien el Tribunal Penal que conoció la querrela declaró la inocencia del señor Herrera y sin lugar la acción civil por daños; después de que dicha decisión sea anulada por el Tribunal de Casación, se dictó una sentencia que lo condenaba penalmente al pago de días de multa y que admitía la acción civil, declarándolo solidariamente responsable junto con el periódico del pago de indemnización por daños. Además, se ordenó desvincular el apellido del funcionario público al que se referían los artículos con éstos últimos, y vincularlo con el texto de la parte considerativa de la sentencia condenatoria publicada en la versión digital del referido periódico. Sin perjuicio de que la condena penal haya sido suspendida, el señor Herrera Ulloa fue inscrito en el Registro Judicial de Delincuentes y esta inscripción fue posteriormente revocada. El Tribunal interamericano, al analizar el caso a la luz del *test tripartito*, determinó que es necesario distinguir entre restricciones a la libertad de expresión cuando el contenido de ésta se refiere a particulares y cuando se refiere a personas públicas. En ese sentido, fundándose en la importancia para una sociedad democrática de la existencia de escrutinio de las actividades del Estado a través de la opinión pública, por un lado, de la apertura para que se lleve a cabo un debate político y respecto de los asuntos de interés público, por otro; y en el hecho de que las personas que realizan actividades de relevancia pública se han expuesto de manera voluntaria a una esfera de mayor escrutinio, concluyó que éstas se encuentran bajo “un umbral diferente de protección [a su honor]”¹⁰² y deben estar sujetas a “un margen de apertura a un debate

¹⁰² Corte I.D.H. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. *Óp. cit.*, párr. 129.

amplio respecto de asuntos de interés público”¹⁰³. Adicionalmente, se refirió por primera vez al “efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor” de las condenas penales¹⁰⁴.

De manera similar, en el caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, la Corte se pronunció nuevamente sobre el mayor nivel de protección de los discursos referentes a figuras públicas o asuntos de interés público¹⁰⁵. En este caso, el señor Canese se encontraba exiliado pues se oponía al gobierno del dictador Stroessner y, desde el exilio, realizó varias investigaciones sobre la central hidroeléctrica de Itaipú en Paraguay. Con base en estas investigaciones, publicó artículos periodísticos y libros referentes a este tema. Más tarde, Canese presentó denuncias por actos de corrupción en los que estuvo involucrada una de las empresas adjudicatarias de la obra en dicha central hidroeléctrica que tenían su origen en disposiciones de la época de la dictadura. Tiempo después, se conformó una Comisión para la investigación de actos ilícitos cometidos durante la dictadura y ésta, entre los casos que investigó, conoció una denuncia presentada respecto de la central de Itaipú en la cual se implicó a la mencionada empresa adjudicataria y a uno de sus directivos. Canese fue electo popularmente para ejercer el cargo de Concejal de Asunción y, más adelante, se candidatizó para la elección de Presidente de la República. Otro de los candidatos era, precisamente, el presidente del directorio de la empresa adjudicataria de las obras en la central de Itaipú, el señor Wasmosy, respecto de quien Canese realizó declaraciones relacionadas con el referido asunto en el contexto de entrevistas durante el período de campaña electoral. El resto de miembros del directorio de la mencionada empresa interpusieron una denuncia

¹⁰³ *Id.*, párr. 128.

¹⁰⁴ *Id.*, párr. 133.

¹⁰⁵ *Cfr.* Corte I.D.H. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. *Óp. cit.*, párrs. 97-103.

penal contra el señor Canese por los presuntos delitos de injuria y difamación en su contra, cuando todavía se estaba llevando a cabo la campaña. Meses después, Wasmosy ganó las elecciones y se posesionó en su cargo; seguidamente, la autoridad judicial que conoció la causa declaró a Canese culpable de los delitos de injuria y difamación, le impuso pena privativa de libertad y multa, y lo declaró civilmente responsable de los referidos delitos. Tras haber sido admitidos los recursos de nulidad y apelación respecto de la sentencia, el Tribunal de Apelaciones simplemente modificó la calificación del delito, reafirmando la condena del señor Canese solamente respecto del delito de difamación, y modificando el tiempo de la pena y la cuantía de la multa. A pesar de que dicha condena nunca fue ejecutada, y que, a raíz de la remisión del caso a la Corte Interamericana por parte de la Comisión, la Corte Suprema de Justicia de Paraguay decidiera anular la sentencia condenatoria, absolviendo de toda culpa al señor Canese; la vulneración a su derecho a la libertad de expresión ya se había configurado. Aparte de lo ya mencionado, la Corte Interamericana destacó la importancia de la protección a la libertad de expresión en el marco de campañas electorales. Respecto a esto determinó que ambas dimensiones de este derecho “constituye[n] un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral [esencial para] la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos [...] y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas de los candidatos y partidos”, de sus distintas propuestas y garantizando un proceso transparente¹⁰⁶. Es así que tiene la misma trascendencia la posibilidad de los ciudadanos de emitir sus opiniones, difundir información y criticar la gestión o propuestas de los candidatos con la finalidad de que fluya el debate

¹⁰⁶ *Id.*, párr. 88.

necesario para el pluralismo; como la necesidad de toda la sociedad de estar informada sobre lo que ocurre y así poder no solamente cuestionar y debatir, sino también emitir una decisión consciente e informada. En definitiva, en el presente caso el señor Canese expresó su opinión y críticas respecto del señor Wasmosy, que era otro de los candidatos electorales y fue querrellado a causa de eso, lo cual generó una restricción a su derecho a la libertad de expresión¹⁰⁷. Además, la Corte utilizó esta oportunidad para referirse nuevamente al efecto inhibitorio de las condenas penales respecto del derecho a la libertad de expresión fundándose en la consideración de que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”¹⁰⁸.

Las referidas consideraciones acerca de la importancia de la libre circulación de ideas en lo que respecta a asuntos de interés público y a personas públicas, con sus correspondientes justificaciones¹⁰⁹, también fueron expuestas por la Corte Interamericana en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*. En el marco de este caso, se declaró al Estado Chileno internacionalmente responsable por la vulneración del derecho a la libertad de expresión, entre otros, en perjuicio del señor Humberto Palamara. Éste era un funcionario de la Armada Nacional y, posteriormente, se desempeñó como asesor técnico civil en el Departamento de Inteligencia Naval de la Comandancia de las Fuerzas Armadas. El señor Palamara escribió el libro “Ética y Servicios de Inteligencia” que se refería, en términos generales, a las funciones de inteligencia analizadas desde una perspectiva ética. Tras haber contratado la impresión de los mismos y de que éste haya sido inscrito tanto en el registro

¹⁰⁷ *Id.*, párrs. 94 y 105-108.

¹⁰⁸ *Cfr. Id.*, párr. 104.

¹⁰⁹ *Cfr. Corte I.D.H. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Óp. cit.*, párrs. 69, 82 – 84.

de propiedad intelectual como en la Biblioteca Nacional de Chile, la publicación y comercialización del mismo fue impedida dado que las autoridades militares consideraron que era necesaria una autorización por su parte. Ejemplares del libro fueron entregados por Palamara a las autoridades militares para que lo examinen y, a pesar de que éste les solicitó su autorización afirmando que el libro no contenía información clasificada o confidencial, ésta fue negada en razón de que su contenido podría atentar contra la defensa y seguridad nacional. El señor Palamara sostuvo que tenía intenciones de publicar su obra a pesar de la referida negativa y la respuesta que obtuvo fue que acompañara a un funcionario de las Fuerzas Armadas a la imprenta con la finalidad de que se incauten todos los ejemplares de la misma. Dado que éste no concurrió a la imprenta para el efecto, se inició un proceso penal en el fuero militar por delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares y una investigación administrativa por la supuesta comisión de faltas de esta naturaleza. Más adelante, se hizo efectiva la incautación de los ejemplares del libro existentes en la imprenta y en el domicilio de Palamara, así como de dispositivos que contenían la versión electrónica del mismo y de cualquier documento o antecedente que haga referencia a éste. Adicionalmente, se eliminó del computador del señor Palamara y del computador de la imprenta toda la información y documentación relacionada con la obra referida. Por otra parte, se emitió una resolución ordenando la detención del señor Palamara y éste fue detenido y puesto en libertad cuatro veces; incluso en razón de órdenes de prisión preventiva en su contra, dos de ellas sin indicación del delito del que estaba siendo acusado. Más tarde, los peritos expertos en Inteligencia designados por la autoridad de justicia militar correspondiente concluyeron que la obra del señor Palamara no constituía una amenaza o vulneración para la reserva y seguridad de la Armada Nacional y que la

información que éste contenía podía haber sido obtenida mediante fuentes abiertas. En definitiva, como resultado de los procesos penales incoados en su contra, el señor Palamara fue declarado culpable por los delitos de desobediencia e incumplimiento de deberes militares y se le condenó a penas privativas de la libertad acumuladas, a la pérdida del estado militar, a la suspensión de su calidad de funcionario público y al comiso de los bienes incautados relacionados con su libro, incluyendo 900 ejemplares de éste. En su resolución de este caso la Corte se pronunció, además, respecto del efecto que tienen las leyes de desacato y de la persecución penal en relación con la libertad de expresión, lo cual se analizará con mayor detalle más adelante¹¹⁰.

Más tarde, con ocasión del caso *Kimel vs. Argentina* la Corte Interamericana se refirió nuevamente a la importancia de proteger de manera especial la libertad de expresión cuando se trata de la difusión de contenidos relacionados con figuras públicas o de interés público¹¹¹. En este caso se declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina en razón de la vulneración del derecho a la libertad de expresión, entre varios otros, del señor Eduardo Kimel. La víctima de este caso publicó un libro titulado “La Masacre de San Patricio” que, entre otras cosas, con base a la investigación realizada por el autor, criticaba el desempeño de las autoridades estatales que se encargaron de la indagación del asesinato de cinco religiosos que ocurrido en época de la dictadura militar. Entre las autoridades públicas mencionadas en el libro se encontraba un juez quien, como resultado de las aseveraciones publicadas por el señor Kimel en su obra, inició una denuncia penal en contra de éste por el delito de calumnia. Posteriormente, la autoridad

¹¹⁰ Cfr. *Id.*, párr. 88.

¹¹¹ Cfr. Corte I.D.H. *Caso Kimel vs. Argentina*. *Óp. cit.*, párr. 57, 86-94.

judicial que conoció la causa determinó que el delito que se había cometido no era el de calumnia, sino el delito de injurias. Como consecuencia de este proceso penal incoado en su contra, el señor Kimel fue condenado a cumplir una pena privativa de la libertad y a pagar una multa pecuniaria. Esta pena fue posteriormente confirmada por el tribunal que conoció la apelación; sin embargo, éste consideró que se configuró el delito de calumnia. El Tribunal Interamericano, además, aprovechó esta oportunidad para pronunciarse nuevamente acerca de la incidencia que tienen las condenas penales en el derecho de la libertad de expresión. En ese sentido, determinó que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”¹¹²; lo cual no significa que una condena penal en razón de la expresión o difusión de información es *per se* atentatoria contra la libertad de expresión, sino que “[...] esta posibilidad se debe analizar con especial cautela”¹¹³, tomando en cuenta varios aspectos, como “la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con el que actuó, las características del daño injustamente causado”¹¹⁴, entre otros, con la finalidad de determinar si es imperativo utilizar, de manera excepcional, este tipo de medidas¹¹⁵.

De manera similar, en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, la Corte Interamericana se refirió a la mayor protección que reviste a las expresiones referentes a “[...] la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por

¹¹² *Id.*, párr. 76.

¹¹³ *Id.*, párr. 78.

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ *Ibíd.*

funcionarios públicos [...]”¹¹⁶; y a la necesidad de utilizar únicamente de manera excepcional el derecho penal para la protección de “bienes jurídicos fundamentales”¹¹⁷. La víctima de este caso es Santander Tristán Donoso, abogado de profesión, quien prestaba sus servicios al señor Walid Zayed que a la época de los hechos estaba procesado por el delito de lavado de activos. El señor Zayed se encontraba bajo prisión preventiva e interpuso una denuncia manifestando que recibió una visita en la cual se le solicitó dinero a cambio de obtener su libertad y se inició la investigación correspondiente. Más tarde se publicó una noticia relacionada con el financiamiento de la campaña del ex Procurador por parte de dos empresas supuestamente vinculadas con el lavado de activos que, según Zayed, no estaban siendo investigadas, a diferencia de las empresas de su propiedad. Además, en el marco de la investigación por supuesta extorsión denunciada por Zayed se solicitó una autorización al ex Procurador para grabar los encuentros que éste mantuviera con los presuntos extorsionadores y los teléfonos de su domicilio, exceptuando expresamente las comunicaciones con sus familiares y abogados defensores, y esta autorización fue concedida. A raíz de la existencia de una grabación de una conversación sostenida entre Zayed y su padre, el señor Tristán Donoso acudió ante el ex Procurador, sin ser atendido. Posteriormente, el ex Procurador hizo escuchar una grabación a miembros del Colegio Nacional de Abogados respecto de la cual éste les comentó que versaba acerca de una conspiración contra el Ministerio Público en la cual estaba implicado el abogado Tristán Donoso. En consecuencia, éste último planteó una queja por espionaje, la cual no tuvo respuesta, y procedió a cuestionar públicamente, incluso en una rueda de prensa, el hecho

¹¹⁶ Cfr. Corte I.D.H. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. *Óp. cit.*, párrs. 115, 121, 122.

¹¹⁷ Cfr. *Id.*, párr. 119.

de que el ex Procurador haya ordenado la interceptación y grabación de sus conversaciones con su cliente. Adicionalmente, Tristán Donoso interpuso una querrela criminal contra el mencionado funcionario por el presunto delito de abuso de autoridad, y aportó las pruebas pertinentes en el marco de dicho proceso; finalmente, esta denuncia fue desestimada. Por otra parte, a causa de las declaraciones emitidas en la mencionada rueda de prensa el ex Procurador presentó una denuncia penal por calumnia e injuria contra el abogado Tristán Donoso. El juez que conoció la causa emitió un sobreseimiento provisional a favor de éste; sin embargo, el Tribunal de apelaciones revocó la resolución que dictó el sobreseimiento y se ordenó llevarlo a juicio, remitiendo además notas a la INTERPOL para localizar a la víctima de este caso. En primera instancia se dictó sentencia absolutoria; empero, el Tribunal Superior de Justicia de Panamá revocó dicha sentencia, declarando a Tristán Donoso culpable por el delito de calumnia, y condenándolo a pena privativa de la libertad, sustituida por multa, y al pago de indemnización por daños. En el contexto de este caso, al analizar la actuación del Estado a la luz del test tripartito, la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional de éste por la vulneración de los derechos de la víctima, entre ellos el derecho a la libertad de expresión.

La Corte Interamericana analizó nuevamente la situación del derecho a la libertad de expresión, entre otros aspectos en el contexto de los casos *Ríos y otros vs. Venezuela y Perozo y otros vs. Venezuela* con la finalidad de determinar si cabía o no la atribución de responsabilidad internacional del Estado por la vulneración de dicho derecho. Ambos casos se originaron en razón de actuaciones tanto de particulares, como de funcionarios estatales, que devinieron en amenazas, hostigamiento y, en general, obstrucción de las labores periodísticas de colaboradores los canales RCTV y Globovisión. Además, se concretaron

en actos de violencia que afectaron la integridad personal de algunos de los funcionarios de ambos medios. Estas acciones, que tuvieron el efecto de limitar la libertad de expresión de las víctimas del presente caso, generaron la responsabilidad del Estado en razón del incumplimiento a la obligación general de garantía de los derechos humanos, particularmente, en razón de omisiones en cuanto a la investigación de los hechos; y ocurrieron en un contexto de extrema polarización y conflicto social en Venezuela. Si bien en ambos casos la Corte Interamericana no encontró elementos suficientes para concluir que haya existido una vulneración o restricción indirecta a la libertad de expresión en los términos del artículo 13 inciso 3 del Pacto de San José en razón de las declaraciones emitidas por funcionarios públicos respecto de los dos medios de comunicación en cuestión; ésta fue clara al determinar que “[e]n el contexto de la vulnerabilidad enfrentado por las presuntas víctimas, ciertas expresiones contenidas en las [referidas] declaraciones [...] pudieron ser percibidas como amenazas y provocar un efecto amedrentador, e incluso autocensura, en aquéllas [...]”¹¹⁸.

Análogamente, en el marco del caso *Usón Ramírez vs. Venezuela* la Corte Interamericana de Derechos Humanos atribuyó responsabilidad al Estado en razón de la vulneración de los derechos de la víctima, incluyendo su derecho a la libertad de expresión. Vicente Usón era un militar que, además, ejerció algunos cargos públicos en Venezuela a lo largo de su vida. Usón Ramírez fue procesado en la justicia penal militar y condenado a pena privativa de la libertad por el delito de injuria contra las Fuerzas Armadas en razón de sus declaraciones emitidas en un programa de televisión. Éste fue invitado a participar en

¹¹⁸ Corte I.D.H. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. *Óp. cit.*, párr. 341; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. *Óp. cit.*, párr. 369.

dicho programa debido a su experticia en el ámbito militar y en el ámbito político, para conocer su opinión respecto del uso de un “lanzallamas” contra un grupo de soldados. Respecto a este suceso, Usón Ramírez procedió a explicar el funcionamiento y los protocolos necesarios para utilizar este artefacto para posteriormente concluir que, en caso de ser verdad los hechos referidos, a su juicio podría haber existido premeditación en el uso del mismo. La autoridad judicial que conoció la causa además manifestó que su conducta constituyó una amenaza a la seguridad nacional. Entre las consideraciones de la Corte Interamericana, al realizar su análisis a la luz del test tripartito para determinar si existió o no una afectación a la libertad de expresión del señor Usón Ramírez, ésta reiteró que el discurso referente “al ejercicio de funciones de las instituciones del Estado” está amparado por una mayor protección en razón de su importancia para fomentar un debate democrático¹¹⁹. Adicionalmente, se refirió a la aplicación del derecho penal como medida excepcional y de última *ratio*¹²⁰. De otro lado, ésta añadió que “las opiniones no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas y[, en consecuencia éstas] no puede[n] ser objeto de sanción”; más aún cuando se trata de opiniones condicionadas como la emitida en el contexto de los hechos de este caso¹²¹.

En relación a este último criterio respecto de la emisión y difusión de opiniones, no se puede dejar de hacer mención a la decisión emitida por la Superintendencia de la Información y Comunicación (SUPERCOM) de Ecuador en el mes de febrero 2015 respecto del caricaturista Xavier Bonilla, mejor conocido como “Bonil”. En el contexto de

¹¹⁹ Corte I.D.H. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. *Óp. cit.*, párr. 83.

¹²⁰ *Id.*, párr. 67.

¹²¹ *Id.*, párr. 86.

este caso Bonil fue procesado en sede administrativa por segunda ocasión aproximadamente un año a causa de sus caricaturas¹²². En esta oportunidad, la caricatura publicada el pasado agosto se refería a un Asambleísta por Imbabura en la Asamblea Nacional del Ecuador, Agustín Delgado, quien días antes de la publicación de la caricatura habría protagonizado un video ampliamente difundido en redes sociales, en el cual el legislador leía, con excesiva dificultad, un discurso ante el parlamento. La caricatura, que hacía una referencia satírica a la lectura del referido legislador –y a su evidente falta de comprensión del documento que leía–, así como al sueldo que gana en razón de su cargo, fue percibida desde su publicación como un acto de discriminación por parte del caricaturista. Por otro lado, muchos otros expresaron en redes sociales que ésta no hace más que evidenciar la falta de preparación de una persona que ostenta un cargo público y que, en razón del mismo, percibe un salario considerable, a lo cual me adhiero. El autor de la caricatura incluso ofreció disculpas públicas al legislador y a su familia en razón de las declaraciones de éste último en las cuales mencionó que la caricatura constituyó una ofensa¹²³. Como consecuencia de esta caricatura, se inició una denuncia en sede administrativa y, en diciembre del 2014 el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación (CORDICOM) emitió un informe técnico¹²⁴ y un informe

¹²² Cfr. “«Bonil» cumple con rectificación de caricatura”. *Ecuavisa*. 05/02/2015. <http://www.ecuavisa.com/articulo/noticias/actualidad/52620-bonil-cumple-rectificacion-caricatura> (acceso: 15/02/2015).

¹²³ El mencionado video, así como la caricatura que causó la polémica y la que contenía las disculpas públicas pueden encontrarse en “Ecuador se ríe del «Tin» Delgado, un diputado que «no sabe leer»”. *Infobae*. 08/08/2014. <http://www.infobae.com/2014/08/08/1586271-ecuador-se-rie-del-tin-delgado-un-diputado-que-no-sabe-leer> (acceso: 19/02/2015).

¹²⁴ Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. *Informe Técnico No. 019-DEC-CT-2014 de calificación de contenido discriminatorio dentro del procedimiento que sigue la Superintendencia de la Información y Comunicación –SUPERCOM– en contra de la publicación realizada por el medio de comunicación social Diario “El Universo”, en “La Columna de Bonil”, impresa en la*

jurídico¹²⁵ al respecto en los cuales se determinó que la publicación contenía un discurso de discriminación socio-económica¹²⁶ contra los afroecuatorianos. Finalmente, la SUPERCOM pronunció su decisión al respecto el día 13 de febrero de 2015, en la cual determinó una sanción para el Diario El Universo, así como para Xavier Bonilla por haber infringido con la mencionada caricatura los artículos 10, numeral 1, literal b) y 62 de la Ley Orgánica de Comunicación. La sanción incluye un compromiso del caricaturista de abstenerse de difundir más contenidos que se encuentren en conflicto con la referida ley, a corregir sus prácticas a fin de garantizar un pleno ejercicio de los derechos de la comunicación y la obligación del medio de difundir una disculpa pública en su versión impresa y en su sitio *web*¹²⁷.

Es preciso destacar que este tipo de sanciones lo único que generan es un efecto inhibitorio en el colectivo social frente a cualquier tipo de expresiones que puedan constituir una crítica al poder. Merece especial atención que la mencionada caricatura era, simplemente, la expresión de una opinión que conforme al estándar mencionado en líneas anteriores no debería estar sujeta a sanciones. Con esta caricatura Bonil estaba no solamente destacando la falta de preparación de quien ejerce un cargo de representación

página 8, el 5 de agosto de 2014. <http://www.cordicom.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/02/informe-tecnico.pdf> (acceso: 25/01/2015).

¹²⁵ Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. *Informe Jurídico No. 019-DL-SMC-CORDICOM-2014 respecto a la calificación por presunto contenido discriminatorio de la publicación realizada por el medio de comunicación social Diario “El Universo”, en la sección Opinión, página 8, “La Columna de Bonil”, el 5 de agosto de 2014.* <http://www.cordicom.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/02/informe-juridico.pdf> (acceso: 25/01/2015).

¹²⁶ Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. *Informe Técnico... Óp. Cit. p. 20 e Informe Jurídico... Óp. Cit. p. 13.*

¹²⁷ Cfr. “Supercom sanciona a medio y caricaturista por discriminación socio-económica”. *FUNDAMEDIOS, Expresión de Libertad.* 13/02/2015. <http://www.fundamedios.org/monitoreo-de-libertades/alertas/supercom-sanciona-medio-y-caricaturista-por-discriminacion-socio> (acceso: 15/02/2015).

popular en el Ecuador; yendo más allá, se desprende que es una crítica general al partido de gobierno que utiliza a famosos deportistas, en este caso Agustín Delgado, para seguir consiguiendo votos de sectores de la población que poco les importa el desempeño que esa persona pueda llegar a tener en el ejercicio de sus funciones, sino la afinidad que sienten hacia sus ídolos del deporte. Además, como se comentó líneas atrás con ocasión del ataque al semanario francés Charlie Hebdo, la caricatura es una forma de expresión que debe ser protegida y es deber de los Estados el garantizar el libre flujo de ideas que fortalecen una sociedad plural, libre y democrática.

De otro lado, la primera sanción impuesta por la SUPERCOM a Bonil y al Diario El Universo en razón de otra caricatura publicada a fines del mes de diciembre de 2013¹²⁸ se relaciona con el estándar desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se explicará en líneas siguientes. La sanción fue anunciada a fines de enero de 2014 y comprendió la obligación del caricaturista a de rectificar lo expresado en su caricatura que provocó la sanción y, además, la imposición de una multa al medio del valor equivalente al 2% de la facturación del Diario en el trimestre anterior a la determinación de la sanción¹²⁹; es decir, USD 100.000¹³⁰. En primer lugar, es destacable que esta caricatura lo que hacía era reproducir el relato de Fernando Villavicencio y su esposa en relación al allanamiento

¹²⁸ Sobre más detalles acerca de este caso, *cfr.* López, Andrés. “Rafael Correa vs. «Bonil»: una caricatura causa polémica en Ecuador”. *CNN en Español*. 14/01/14. <http://cnnespanol.cnn.com/2014/01/14/rafael-correa-vs-bonil-una-caricatura-causa-polemica-en-ecuador/> (acceso: 15/02/2015).

¹²⁹ *Cfr.* Superintendencia de la Información y Comunicación. *Resolución No. 001-DNGJPO-INPS, Trámite 002-INSP-DNJPO-SUPERCOM-2014*. http://www.eluniverso.com/sites/default/files/archivos/2014/01/resolucion_tramite_002_xavier_bonillauniverso_31-01-2014.pdf (acceso: 17/02/2015).

¹³⁰ *Cfr.* “SIP califica de censura inquisidora ataque legal contra caricaturista ecuatoriano”. *Sociedad Interamericana de Prensa*. 14/02/2015. <http://www.sipiapa.org/sip-califica-de-censura-inquisidora-ataque-legal-contra-caricaturista-ecuatoriano/> (acceso: 15/02/2015).

del que fueron víctimas hacia finales de diciembre del 2013, en el cual las autoridades que ingresaron arbitrariamente a su domicilio se llevaron computadoras y tablets en las cuales Villavicencio tendría almacenados archivos que evidenciaban ciertos actos de corrupción por parte de funcionarios del gobierno. Esto, indudablemente, generó descontento en el Presidente de la República, Rafael Correa, quien se dedicó a desprestigiar y menospreciar al caricaturista para después desembocar en el proceso administrativo que se siguió en su contra, con la consecuencia que se acaba de mencionar. Reiteramos que la importancia de la protección del discurso crítico hacia las actuaciones de autoridades estatales y respecto de asuntos de interés público es fundamental pues la imposición de sanciones y cortapisas a la libre expresión, sobre todo en lo referente a estos aspectos tan relevantes, genera un ambiente hostil, de intolerancia, de miedo a expresarse que deviene en un efecto inhibitorio, peor aún, en autocensura. Esto es especialmente cierto cuando, además, se realizan campañas mediáticas de desprestigio a quienes se expresan, como ocurre todas las semanas en nuestro país o cuando, por ejemplo, se imponen sanciones desmesuradas o desproporcionadas como ya ha ocurrido en algunas ocasiones¹³¹, y como se expondrá en líneas siguientes.

¹³¹ En los últimos años han existido casos notables que ejemplifican lo afirmado. Sobre la condena al periodista Freddy Aponte, *vid.* “Periodista sentenciado por «delito de opinión» ahora afronta juicio por insolvencia”. *FUNDAMEDIOS*. 09/06/2010. <http://www.fundamedios.org/monitoreo-de-libertades/alertas/periodista-sentenciado-por-delito-de-opinion-ahora-afronta-juicio> (acceso: 18/02/2015); sobre el juicio seguido contra el columnista Emilio Palacio y el Diario El Universo, *vid.* Juzgado Décimo de Garantías Penales del Guayas. *Proceso No. 457-2011* y “Cronología del caso El Universo”. *El Comercio*. 27/02/2012. <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/cronologia-del-caso-universo.html> (acceso: 18/02/2015); respecto a la condena a los autores del libro “El Gran Hermano”, *vid.* “El «Gran Hermano» no va a Corte de Pichincha”. *El Comercio*. 14/02/2012. <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/politica/gran-hermano-no-a-corte.html> (acceso: 18/02/2015) y Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha. *Proceso No. 2011-0265*; sobre el proceso penal seguido contra Mónica Chuji, *vid.* Juzgado Décimo Cuarto de Garantías Penales. *Causa No. 2011-0550* y “Caso Mónica Chuji – Artículos de Prensa”. *INREDH*. 01/12/2011. http://inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=444:caso-monica-chuji&catid=80:acciones-proteccion-a-defensors-ddhh-y-ambiente&Itemid=151 (acceso: 18/02/2015).

Con ocasión del caso *Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina* el Tribunal Interamericano concluyó que el Estado era internacionalmente responsable por la vulneración del derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevéchia y Hector D'Amico. Ambas víctimas son periodistas de profesión, vinculados con una editorial y una revista que publicaba artículos de investigación y se caracterizaba por generar contenidos de crítica al gobierno de turno. En ésta se publicaron una serie de artículos que hacían mención al señor Carlos Menem, Presidente de la República a la época de los hechos, entre los cuales se hablaba de la existencia de un hijo de éste, concebido fuera de su matrimonio, con una diputada de la Nación y, particularmente, de ciertos regalos de alto valor que Menem habría entregado tanto a su hijo como la madre de éste. Como corolario de estas publicaciones, Menem interpuso, por sus propios derechos, una demanda civil de daños y perjuicios contra los señores Fontevéchia y D'Amico y la editorial para la cual ellos trabajaban por daño moral, solicitando una indemnización pecuniaria considerablemente elevada. Dicha demanda fue desechada en primera instancia; sin embargo, en instancia de apelación se revirtió la sentencia recurrida y se condenó a la editorial y a las víctimas de este caso al pago de la indemnización y de costas y gastos por haber vulnerado el derecho a la intimidad de Menem. La Corte Suprema, al conocer la causa en virtud de un recurso extraordinario interpuesto, confirmó la sentencia del tribunal de apelaciones y redujo el monto de la indemnización, añadiendo que si bien la veracidad de los contenidos publicados no estaba en entredicho, éstas se referían a ámbitos que eran parte de la vida privada del señor Menem y, por lo tanto, debían estar exentos de intromisiones externas. La Corte Interamericana, además de reiterar su jurisprudencia

pasada respecto al distinto umbral de protección de las expresiones relacionadas con funcionarios públicos¹³², fue determinante al expresar que:

[...e]l temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de quien denuncia o, como en este caso, publica información sobre un funcionario público, con el resultado evidente y disvalioso de autocensura, tanto para el afectado como para otros potenciales críticos de la actuación de un servidor público¹³³.

Más tarde, el mismo Tribunal emitió la tan cuestionada decisión en el caso *Mémoli vs. Argentina* –la cual, en mi opinión, constituye un retroceso respecto de algunos de los precedentes que se acaban de mencionar– y declaró que en el contexto de este caso el Estado argentino no vulneró el derecho a la libre expresión de las presuntas víctimas. Este caso se originó debido a la responsabilidad ulterior impuesta a los señores Carlos y Pablo Mémoli por haber cometido el supuesto delito de injurias contra los miembros de la Comisión Directiva de la Asociación Italiana de Socorros Mutuos, Cultural y Creativa “Porvenir de Italia”. El señor Carlos Mémoli era un miembro del mencionado Directorio, y su hijo era periodista, director del Periódico La Libertad. Las condenas penales interpuestas a ambos, por el presunto delito de injurias, tuvieron como antecedente las denuncias que ambos realizaron en diversos medios respecto de alegadas irregularidades en el desempeño de las actividades de la referida Asociación y sus directivos. Una de las actividades denunciadas se refería a la celebración por parte de la Asociación de contratos de compraventa con sus socios cuyo objeto eran algunos nichos del Cementerio Municipal de San Andrés de Giles ubicados en un espacio del inmueble que la Municipalidad arrendaba a la Asociación. La denuncia de estos hechos por parte de los señores Mémoli no fue

¹³² Cfr. Corte I.D.H. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*. *Óp. cit.*, párrs. 47, 60, 61.

¹³³ *Id.*, párr. 74.

únicamente mediática, pues Carlos Mémoli inició un proceso penal contra algunos de los miembros del Directorio de la Sociedad. La denuncia versaba sobre la presunta estafa relacionada con la venta de los nichos, al ser éstos bienes de dominio público; sin embargo, la causa fue sobreseída en primera instancia. Tiempo después, ambos fueron procesados penalmente en razón de las denuncias interpuestas por algunos miembros del mencionado Directorio y, como corolario de este proceso se determinó que los señores Mémoli fueron responsables del delito de injurias y recibieron penas privativas de la libertad. Todo esto sucedió a pesar de que un juez civil invalidó los contratos de compraventa, argumentando un error excusable por parte de la Asociación y determinó que la modalidad de los mismos correspondía a la figura de comodato. Además, desde el tiempo en que fue interpuesta la querrela se dictó una medida cautelar de inhibición de enajenar para ambos y, más adelante, se inició un proceso civil en su contra. Al analizar el caso y específicamente el derecho a la libertad de expresión, la Corte Interamericana se apegó al criterio emitido por la misma con anterioridad que manifiesta que no toda medida penal que resulte de la expresión de opiniones o información es contraria a la Convención Americana¹³⁴ y enuncia que analizará a la luz del test tripartito la legitimidad de las condenas penales impuestas por la jurisdicción argentina a los señores Mémoli¹³⁵. El Tribunal manifestó que los jueces argentinos, al analizar la necesidad de la medida impuesta, tomaron en cuenta varios elementos y analizaron minuciosamente cada una de las expresiones de los señores Mémoli e incluso declararon que algunas de ellas no constituían infracción alguna, entre otros

¹³⁴ Corte I.D.H. *Caso Kimel vs. Argentina*. *Óp. cit.*, párr. 78; Corte I.D.H. *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*. *Óp. cit.*, párr. 55; *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265, párr. 126.

¹³⁵ *Cfr.* Corte I.D.H. *Caso Mémoli vs. Argentina*. *Óp. cit.*, párrs. 123 - 149.

aspectos¹³⁶. Por otro lado, la Corte Interamericana también concluyó que las autoridades argentinas actuaron en cumplimiento de su obligación de “[...] proteger a las personas contra ataques abusivos a su honra y reputación”¹³⁷ y determina que la responsabilidad penal impuesta a los señores Mémoli no fue desproporcionada, tomando en cuenta que la pena de Carlos Mémoli era la pena mínima y la de Pablo Mémoli era menor a la mitad de la pena máxima establecidas en la legislación interna¹³⁸; y que, en consecuencia, no se vulneró el derecho a la libertad de expresión de las presuntas víctimas. De otra parte, a pesar de destacar el estándar que establece un mayor umbral de protección a las expresiones referentes a asuntos de interés público¹³⁹, el referido Tribunal concluyó que los hechos sobre los que versaban las expresiones de los señores Mémoli no revisten este carácter en tanto no se referían a la labor de organismos estatales ni a figuras públicas¹⁴⁰.

En mi opinión, esta decisión ha sentado un precedente negativo en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Si bien el estándar sobre la mayor protección hacia el discurso referente a temas de interés público y a funcionarios públicos continúa vigente, el mal precedente se ha sentado por el pobre razonamiento de la Corte Interamericana al analizar si existió o no responsabilidad estatal en el caso concreto y al conceder que los delitos de opinión pueden, en determinadas circunstancias, ser sujetos a una sanción penal. En primer lugar, la Corte realiza un análisis incompleto respecto del cumplimiento de las responsabilidades ulteriores impuestas a los señores Mémoli con el

¹³⁶ *Id.*, párr. 141.

¹³⁷ *Id.*, párr. 143.

¹³⁸ *Id.*, párr. 144.

¹³⁹ *Id.*, párr. 145.

¹⁴⁰ *Cfr. Id.*, párrs. 146 y 147.

test tripartito a fin de determinar la legitimidad de su imposición. En realidad, en lugar de realizar la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión de los señores Mémoli, por un lado, y la necesidad y proporcionalidad de la responsabilidad ulterior atribuida por los jueces argentinos a éstos, por otro, con el fin de determinar si existió o no una vulneración a este derecho ocasionada por la mencionada restricción; lo que la Corte realiza es una deficiente ponderación entre el derecho a la libre expresión de los señores Mémoli y el derecho al honor de quienes fueron objeto de las denuncias emitidas por éstos. Así, a pesar de reconocer expresamente que su competencia no es la de un Tribunal de cuarta instancia, este Tribunal termina reiterando que Carlos y Pablo Mémoli cometieron un delito de injurias y que las expresiones emitidas por ellos resultaron desproporcionadas dado que alcanzaban a un mayor número de destinatarios de los que podrían realmente haber sido beneficiados por la información que éstos difundieron¹⁴¹. En ningún momento se realiza un examen sobre la necesidad y proporcionalidad de la sanción penal, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. Cabe preguntarse, entonces, si el análisis realizado por la Corte Interamericana es el que corresponde a su competencia o si acaso el mismo conllevó a que éste se constituya en un tribunal de cuarta instancia. En segundo lugar, en la sentencia también se proporciona una justificación poco razonada para concluir que las expresiones de los señores Mémoli no se referían a asuntos de interés público. Esta conclusión se fundamenta en que se trataba de información que versaba sobre particulares, que prácticamente afectaba a particulares solamente¹⁴² y en que “[...] dos instancias judiciales

¹⁴¹ *Id.*, párr. 143.

¹⁴² *Ibid.*

internas analizaron y rechazaron este alegato [...]”¹⁴³. Es así que la Corte realiza un análisis incompleto de las circunstancias específicas y soslaya, deliberadamente, el hecho de que información que tiene relación con un bien de dominio público es, precisamente de interés legítimo de la colectividad.

En todos los casos referidos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado –bien o mal– el test tripartito a efectos de determinar si existió o no responsabilidad internacional del Estado por su actuación en relación al supuesto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión de quienes comparecieron en calidad de víctimas ante el referido Tribunal en esos casos. Ahora, se procederá a exponer cada uno de los requisitos que deben verificarse para determinar si una restricción a la libertad de expresión es o no legítima.

1.3.1. Legalidad

Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 13 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es claro al establecer que las responsabilidades ulteriores a las que puede estar sujeta la libertad de expresión “[...] deben estar expresamente fijadas por la ley [...]”¹⁴⁴. Además, el artículo 30 de la misma prescribe que:

Art. 30.- Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas¹⁴⁵.

¹⁴³ *Id.*, párr. 147.

¹⁴⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13.2.

¹⁴⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 30.

Esto implica que las causales de las referidas responsabilidades se encuentren definidas de manera previa, expresa y taxativa en una ley¹⁴⁶; entendiendo por esta expresión una “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”¹⁴⁷. Esta conclusión resulta lógica, pues al existir leyes amplias, abiertas o ambiguas, se da pie a restricciones ilegítimas a la libertad de expresión pues crean inseguridad jurídica, pueden generar actos arbitrarios por parte de las autoridades, resultar en un efecto inhibitorio, actos de censura previa, autocensura, o en atribución de responsabilidades desproporcionadas.

En el contexto del referido caso *Kimel vs. Argentina*, la Corte Interamericana además de reiterar que “[...] cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material [...]”, manifestó que cuando éstas provienen de normas penales “[...] es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para establecer en este ámbito el principio de legalidad”¹⁴⁸. Esta estricta legalidad se alcanza empleando “términos estrictos y unívocos” para definir de manera clara la conducta punible, fijando los elementos de la misma de manera tal que sea posible “deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas

¹⁴⁶ Cfr. Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* Óp. cit., párrs. 39 y 40; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Óp. cit., párr. 109; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Óp. cit., párr. 79; *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Óp. cit., párr. 117.

¹⁴⁷ Corte I.D.H. *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 38.

¹⁴⁸ Corte I.D.H. *Caso Kimel vs. Argentina*. Óp. cit., párr. 63.

no penales”¹⁴⁹. Análogamente, en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela* al referirse a este aspecto, la Corte agregó a lo anterior que en lo atinente a normas del ámbito penal militar es necesario que se describa “la lesión o puesta en peligro de [los] bienes jurídicos militares [que se encuentren] gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, así como especificar la correspondiente sanción”¹⁵⁰.

1.3.2. Fin legítimo

Sin embargo, a fin de que la restricción a la libertad de expresión en un determinado caso resulte legítima no es suficiente que ésta se encuentre prevista en una ley. Al interpretar los mencionados artículos, debemos tener en cuenta que estas restricciones solo son admisibles en tanto se apliquen conforme a las precitadas leyes que las contengan y “con el propósito para el cual han sido establecidas”¹⁵¹; lo cual quiere decir que éstas deben, necesariamente, perseguir uno de los fines legítimos¹⁵² contemplados por la propia Convención: (a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás y b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas¹⁵³.

En esta línea de pensamiento, y tomando como referencia los casos resueltos por la Corte Interamericana a los cuales se ha hecho mención, es claro que la protección a los derechos de terceros, incluyendo el derecho a la honra y dignidad, es considerada como un

¹⁴⁹ Corte I.D.H. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 121; *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 125. Citados en: *Caso Kimel vs. Argentina*. *Óp. cit.*, párr. 63.

¹⁵⁰ Corte I.D.H. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. *Óp. cit.*, párr. 55.

¹⁵¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 30.

¹⁵² Sobre este punto, *vid.* Comisión Africana de Derechos de las Personas y de los Pueblos. *Media Rights Agenda v. Nigeria*. App 224/98. AHRLR 200. 2000, párr. 75.

¹⁵³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13.2.

fin legítimo para restringir la libertad de expresión¹⁵⁴; sin embargo, este criterio no es suficiente por sí solo para concluir que tal restricción es una medida legítima. Tales restricciones tendrán este carácter en la medida en que se verifiquen y concurren el resto de elementos o requisitos del *test tripartito*, lo cual deberá analizarse caso por caso. En este punto, es destacable lo ya mencionado respecto a la especial protección que ampara al discurso referente a asuntos de interés público y a personas que ostentan un cargo público o aspiran hacerlo. Además, en este contexto, para que se acredite el cumplimiento con este requisito es necesario que “la autoridad que impone la limitación [...] constate que efectivamente los derechos de otras personas hayan sido vulnerados” en razón del ejercicio de la libertad de expresión del emisor del contenido¹⁵⁵.

De otro lado, la propia Convención Americana contempla a “la seguridad nacional, el orden público [y] la salud o moral públicas” como justificaciones legítimas para la imposición de una responsabilidad ulterior en razón de un ejercicio abusivo de la libertad de expresión¹⁵⁶. En relación al concepto “orden público”, la Corte Interamericana manifestó que éste se refiere a “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”¹⁵⁷ y que “podría considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se

¹⁵⁴ Cfr. Corte I.D.H. *Caso Kimel vs. Argentina*. Óp. cit., párr. 71; *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Óp. cit., párr. 118; Corte I.D.H. *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Óp. cit., párr. 53.

¹⁵⁵ CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 77.

¹⁵⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13.2.

¹⁵⁷ Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* Óp. cit., párr. 64.

preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana”¹⁵⁸, para lo cual el derecho a la libertad de expresión es crucial. En consecuencia, la Corte enfatizó que “el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto”¹⁵⁹. En ese orden de ideas, la Corte concluyó que sería, en principio, una contradicción el pretender garantizar la libertad de expresión de unos con la restricción de este derecho para otros, y que “[u]n sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad”¹⁶⁰.

Por otra parte, en líneas anteriores se mencionó que el artículo 13 inciso 5 del Pacto de San José menciona expresamente que la apología del odio que implique una instigación a cometer actos ilegales o violentos no se encuentra dentro de la categoría de discursos protegidos por el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, a efectos de considerar este escenario como una finalidad legítima para restringir el mencionado derecho es menester verificar la existencia de “[...] una prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestado una opinión (por dura, injusta, o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos”¹⁶¹. Imponer una restricción a la

¹⁵⁸ *Id.*, párr. 66.

¹⁵⁹ *Id.*, párr. 69.

¹⁶⁰ *Id.*, párr. 77.

¹⁶¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Karatas v. Turquía* [GC], no. 23168/94. ECHR 1999-IV; *Gerger v. Turquía* [GC], no. 24919/94, 8 de julio de 1999; *Okçuoglu v. Turquía* [GC], no. 24246/94, 8 de julio de 1999; *Arslan v. Turquía* [GC], no. 23462/94, 8 de julio de 1999, *Erdogdu v. Turquía*, no. 25723/94, § 69,

libertad de expresión, sin constatar la existencia de estos elementos implicaría “admiti[r] la posibilidad de sancionar opiniones, y todos los Estados estarían habilitados para suprimir cualquier pensamiento u expresión crítica de las autoridades [...]”¹⁶² lo cual, en mi opinión resulta no solamente peligroso sino también inadmisibles y “[...] restringiría de raíz la libertad de expresión que forma parte integral del orden público protegido por la Convención Americana”¹⁶³.

1.3.3. Idoneidad, Necesidad y Estricta proporcionalidad

Además de que la restricción al derecho a la libertad de expresión debe estar contenida en una ley que persiga un objetivo legítimo, es necesario que ésta cumpla con otros requisitos. Esto se deriva de una interpretación sistemática de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente de las disposiciones de sus artículos 13 inciso 2, 29 y 30.

En primer término, es menester que la medida prevista sea conducente y adecuada para alcanzar el fin legítimo que se persigue o se busca proteger. En otras palabras, la idoneidad de la medida utilizada para fijar la restricción se determina en tanto ésta tenga la “[...] capacidad de contribuir a la realización de dicho objetivo”¹⁶⁴.

En relación a esto, es preciso recordar que este requisito tampoco es suficiente por sí solo para determinar la legitimidad de la restricción, y que una medida idónea no resulta

ECHR 2000 – VI. Asimismo: Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 77. Citado en: CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, párr. 58.

¹⁶² CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. *Óp. cit.*, párr. 58.

¹⁶³ *Id.*, párr. 82.

¹⁶⁴ Corte I.D.H. *Caso Kimel vs. Argentina*. *Óp. cit.*, párr. 71.

ser, en todos los casos, necesaria y proporcional. Esto tiene particular relevancia al tratarse de medidas penales, pues como se analizó anteriormente, este medio debe emplearse únicamente de manera excepcional y, aunque la vía penal pueda ser considerada un medio idóneo a efectos de la atribución de responsabilidades ulteriores en razón del ejercicio de la libertad de expresión, puede suceder que ésta no “[...] sea necesaria o proporcional en todos los casos”¹⁶⁵. No sobra reiterar que, incluso si el medio penal resultare idóneo, debe acreditarse el cumplimiento del requisito de estricta legalidad, pues nos encontramos ante escenarios en los que la interpretación sistemática de las normas es indispensable a fin de potenciar la satisfacción del principio *pro homine*, además del hecho de usar a éste último como otro método a tomar en cuenta al momento de la interpretación.

Llegados a este punto, es fundamental tener en cuenta que el medio utilizado para imponer la restricción debe ser, además, necesario en una sociedad democrática para cumplir con la finalidad legítima de la medida. Este criterio “[...] implica la existencia de una necesidad social imperiosa y [para acreditarlo] no es suficiente demostrar que [la restricción] sea útil, razonable u oportuna”¹⁶⁶ y que tanto la necesidad como la legalidad de las medidas que impongan responsabilidades ulteriores como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión “dependerá[n] de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Corte I.D.H. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 67. En el mismo sentido, *vid.* Comité de Derechos Humanos. *Marques de Morais vs. Angola*. Communication 1128/2002, decisión de 29 de marzo de 2005, párrs. 87 y 88.

¹⁶⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *The Sunday Times case*, Judgement of 26 April 1979, Series A No. 30, párr 59, págs. 35-36. Citado en: Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas... Óp. cit.*, párr. 46; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Óp. cit.*, párr. 122.

¹⁶⁷ Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas... Óp. cit.*, párr. 46; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Óp. cit.*, párr. 121.

Además, debe acreditarse que las restricciones referidas no están limitando o restringiendo el derecho a la libertad de expresión en una medida mayor que cualquier otra alternativa posible para lograr la protección del fin legítimo que se persigue¹⁶⁸.

De manera conexas, es crucial que se verifique que la restricción que se imponga cumpla con la característica de ser estrictamente proporcional, es decir “[...] que el sacrificio inherente a aquélla no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”¹⁶⁹. A efectos de determinar que se cumple efectivamente con este requisito, se debe ponderar que al imponer la restricción se cumpla, por un lado, con el propósito legítimo de proteger un bien jurídico de la misma, y que no se anule por completo el derecho a la libertad de expresión, por otro¹⁷⁰. El análisis que debe realizarse para poder llegar a una conclusión en ese sentido debe incluir un examen respecto de: “[...] i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro”¹⁷¹. La imposición de restricciones o, en definitiva, sanciones que no cumplan con estos requisitos implicaría una restricción ilegítima a la libertad de expresión y tendría el grave efecto de generar autocensura, temor o inhibición en los emisores de las expresiones en razón de la potencial amenaza de verse afectados por tales medidas. Estos efectos no solo afectarían al emisor del contenido, sino también al grupo social en su conjunto. Estos criterios y normas

¹⁶⁸ Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* Óp. cit., párrs. 46 y 79; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Óp. cit., párr. 121; Corte I.D.H. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Óp. cit., párr. 85.

¹⁶⁹ Corte I.D.H. *Caso Kimel vs. Argentina*. Óp. cit., párr. 83; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Óp. cit., párr. 79.

¹⁷⁰ Corte I.D.H. *Caso Kimel vs. Argentina*. Óp. cit., párr. 84; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Óp. cit., párr. 80.

¹⁷¹ *Ibíd.*

orientados a la protección de la libertad de expresión no deberán ser entendidos en términos menos estrictos y tampoco deberán ser soslayados al analizar una potencial vulneración de este derecho cuando el canal de comunicación utilizado sea Internet. Esto se desprende, *contrario sensu*, del criterio que sostiene que “[l]a libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación [...]”¹⁷². Lo que sí deberá considerarse, necesariamente, son las características especiales de este canal de comunicación y cómo estas características influyen en que la restricción a la libertad de expresión sea proporcional o no en el caso concreto. De todas maneras, es claro que la promulgación de normas que restrinjan en una mayor medida o de manera injustificada las expresiones difundidas a través de Internet no resultan admisibles. Estos criterios se analizarán más adelante, pues son cruciales para esclarecer el problema jurídico que aquí se plantea: ¿es la atribución de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet una medida que restringe en mayor medida, o de manera injustificada, la libertad de expresión en este canal de comunicación?

1.4. Restricciones ilegítimas

Considerando lo anterior, resultarían ilegítimas todas las medidas que impongan responsabilidades ulteriores en razón del ejercicio a la libertad de expresión cuando éstas no cumplan con todos los requisitos exigidos por el *test tripartito*. En ese sentido, es

¹⁷² *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) el 1 de junio de 2011, punto 1 literal a).

esencial recordar que “[las] restricciones tienen carácter excepcional y no deben [...] convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”¹⁷³.

Es crucial notar que este efecto no ocurre solamente cuando se imponen medidas de restricción anticipada claras y directas como podría ser la prohibición de publicación de contenidos específicos, por citar un ejemplo. Puede también ocurrir que la existencia de un ambiente tan intolerante a la pluralidad de medios y de contenidos, a la crítica y al debate esencial en una sociedad democrática, a la diversidad de ideas y opiniones; acompañado de un patrón sistemático de acoso y persecución a quienes difundan este tipo de contenidos a través de campañas mediáticas y/o de inicio de procesos de naturaleza administrativa, civil o penal de manera reiterada y, muchas veces injustificada, genere un ambiente propicio para la autocensura. Un claro ejemplo de ello es lo que ha ocurrido, con mayor intensidad, entre los meses de enero y febrero con un ciudadano ecuatoriano que administraba una página en Facebook y una cuenta de Twitter conocida como “Crudo Ecuador”, en la cual se publican memes¹⁷⁴ de distinta índole, entre ellos con críticas a diversos actores políticos, incluyendo algunos pertenecientes al partido de gobierno, todos ellos con un toque humorístico. A raíz de uno de los memes publicado por estas cuentas, el presidente Rafael

¹⁷³ Corte I.D.H. *Caso Kimel vs. Argentina*. *Óp. cit.*, párr. 54; Corte I.D.H. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. *Óp. cit.*, párr. 110; *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*. *Óp. cit.*, párr. 43.

¹⁷⁴ Sobre el significado cultural de “meme” *vid.* “El significado cultural del *meme* se propaga con el relajo cibernético”. *La Jornada*. 08/07/2014. <http://www.jornada.unam.mx/2014/07/08/cultura/a07n1cul> (acceso: 19/02/2015).

Se conoce como meme a la conjunción de una imagen y un texto, humorístico las más de las veces, difundido por Internet. Sin embargo, el término es el centro de una teoría de la evolución cultural: la memética, y se refiere a la mezcla de las palabras memoria y mimesis (imitación).

Más allá de su nombre casi jocoso, la memética incluye significados profundos cuyo estudio todavía es reciente y permea disciplinas como la antropología, la medicina, las ciencias de la comunicación, la arquitectura y las matemáticas.

Correa en sus Enlaces Ciudadanos a partir del sábado 17 de enero de 2015¹⁷⁵ ha iniciado una campaña de desprestigio y descalificación hacia el administrador de esta página y ha formulado amenazas que van desde montar una plataforma, o la página web “Somos Más”¹⁷⁶ para responder de manera sistemática y masiva a estas publicaciones –claro está haciendo uso de su *troll*¹⁷⁷ *center*¹⁷⁸; hasta con revelar la identidad del mencionado ciudadano a fin de “[...] ver si estos cobardes siguen siendo tan valientes”¹⁷⁹. Más allá de la discusión a la que se hará referencia más adelante acerca de lo importante que es el anonimato para proteger la libertad de expresión, sobre todo en Internet, y en resumidas

¹⁷⁵ Vid. “Enlace Ciudadano 407 desde el Comité del Pueblo”. *El Comercio*. 17/01/2015. <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/enlace-ciudadano-407-rafael-correa.html> (acceso: 19/02/2015) y https://www.youtube.com/watch?v=qI7D_B10RWU (acceso: 19/02/2015); “Enlace Ciudadano desde Gonzanamá, Loja”. *El Comercio*. 24/01/2015. <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/enlace-ciudadano-408-rafael-correa.html> (acceso: 19/02/2015) y <https://www.youtube.com/watch?v=ZfIJLEKq4xw> (acceso: 19/02/2015) y <https://www.youtube.com/watch?v=6LI9cDk7CYk> (acceso: 19/02/2015); y, “Enlace Ciudadano 409, desde Quito”. *El Comercio*. 31/01/2015. <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/enlace-ciudadano-409-sabatina-rafael.html> (acceso: 19/02/2015) y https://www.youtube.com/results?search_query=enlace+ciudadano+409 (acceso: 19/02/2015).

¹⁷⁶ El Presidente ha impulsado la creación de un *website* y una cuenta de Twitter con la denominación *somosmas.ec* a fin de que sus seguidores demuestren apoyo a través de las mismas y se dediquen a responder e identificar a los críticos anónimos que difunden contenido, a ojos del gobierno, difamatorio. Al respecto, *vid.* “Contenido en redes, en la mira del régimen”. *El Universo*. 01/02/2015. Cuaderno 1, página 13.

¹⁷⁷ Sobre el entendimiento de la palabra *troll*, *vid.*, por ejemplo, Castro, Luis. “¿Qué es un troll en Internet?”. *About en Español*. <http://aprenderinternet.about.com/od/Glosario/g/Que-es-un-troll.htm> (acceso: 19/02/2015).

Troll (también se puede encontrar como trol, que es el nombre en español), en el contexto de Internet, se usa para identificar a personas que publican mensajes provocativos en vehículos de comunicación de Internet, como lo son los blogs, los foros, publicaciones en biografías de Facebook, y las salas de chat, por mencionar algunos. Estas personas hacen publicaciones inflamatorias dirigidas a molestar, provocar o hacer controversia no constructiva, además de que en la mayoría de las ocasiones no tienen otro fundamento que llevar la contracorriente (a veces se refieren a sí mismos como "abogados del diablo"). Al acto de hacer este tipo de comentarios o participaciones en línea se le conoce como trolling, y el término troll se aplica por igual a las personas que hacen la publicación como al texto en sí que se publicó (por ejemplo, "Juan publicó un trol en el blog").

¹⁷⁸ Cualquier persona que utilice redes sociales en Ecuador, sobre todo en Twitter, podrá darse cuenta que existen un sinnúmero de cuentas, la mayoría de veces anónimas, que se dedican todo el día a acosar y responder con críticas e insultos a quienes emiten expresiones críticas a las actividades del gobierno. Al respecto, *vid.* “El supuesto «troll center» tuvo en su mira a El Comercio”. *El Comercio*. 01/03/2012. <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/politica/supuesto-troll-center-tuvo-mira.html> (acceso: 19/02/2015);

¹⁷⁹ *Vid.* “Enlace Ciudadano desde Gonzanamá, Loja”. *El Comercio*. *Óp. cit.*

cuentas, es destacable que después de que la campaña de hostigamiento y desprestigio contra el administrador de la mencionada página continuara semana tras semana, período en el cual incluso su cuenta de Twitter fue bloqueada¹⁸⁰, esta persecución escaló a tal punto que el día jueves 19 de febrero el administrador de la página hizo público que recibió un ramo de flores en el lugar donde se encontraba de vacaciones con su familia con una nota que es, a fin de cuentas, una amenaza¹⁸¹ inaceptable desde cualquier punto de vista en una sociedad que se piensa democrática. En consecuencia, la persona encargada de administrar esta cuenta ha decidido retirarse, ha tomado el camino de la autocensura a fin de proteger a su familia de cualquier tipo de represalia, entiéndase los efectos que causa la construcción social del miedo cuando es el Estado el que propicia desde sus propias estructuras el ambiente de intolerancia. Independientemente de si las investigaciones que se inicien dan resultado o no, o de si la nota recibida por esta persona supone un peligro real de afectación a su integridad y a la de su familia o no, la enorme presión a la que ha estado sometido lo ha llevado a silenciarse. Esto no ha hecho más que evidenciar nuevamente el ambiente de intolerancia que se vive actualmente frente a la crítica, al humor y a la pluralidad. En mi opinión esto supone una restricción injustificada e injustificable, pues es un nefasto precedente que dará pie a que, como ya ha venido anunciando el Presidente, se empiecen a tomar medidas para regular las actuaciones en redes sociales. Todo esto, sumado a la reciente divulgación de fotos íntimas, en las que supuestamente aparece la dirigente

¹⁸⁰ Vid. “La semana que Crudo Ecuador no pegó los ojos”. *Plan V*. 31 de enero de 2015. <http://www.planv.com.ec/historias/politica/la-semana-que-crudo-ecuador-no-pego-ojos> (acceso: 19/02/2015).

¹⁸¹ Vid. “@CrudoEcuador anuncia: «Hasta aquí llegó todo»». *El Universo*. 19/02/2015. <http://www.eluniverso.com/noticias/2015/02/19/nota/4569441/crudo-ecuador-anuncia-hasta-aqui-llego-todo> (acceso: 19/02/2015) y “Señor Presidente #UstedGanó”. *Crudo Ecuador*. <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/crudoec/index.html> (acceso: 21/02/2015).

estudiantil Mery Zamora, a pesar de ser ambos casos una gravísima vulneración a los derechos del administrador de Crudo Ecuador y de Zamora, no será más que el detonante para pretender justificar los obstáculos que nos impondrán a fin de limitar nuestro derecho a la libre expresión y así coartar una vez más las libertades ciudadanas. Como se planteará en los capítulos siguientes, dado que los Estados carecen de la infraestructura y tecnología necesaria para vigilar y monitorear los contenidos difundidos en Internet, una de las medidas más comunes para lograr dicho objetivo es sancionar leyes que prescriben la atribución de responsabilidad a los intermediarios de Internet por los contenidos publicados por los ciudadanos, en el entendido de que éstos sí poseen las herramientas necesarias para controlar dichos contenidos. El problema jurídico planteado en esta investigación es, precisamente, si este tipo de atribución de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet podría resultar en una restricción indebida o no del derecho a la libertad de expresión de los ciudadanos.

Ahora, se procederá a analizar con mayor detalle las restricciones directas e indirectas al derecho a la libertad de expresión.

1.4.1. Restricciones directas

En este punto, es destacable que si bien “no toda transgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión [...]”¹⁸²; atendiendo a una interpretación literal del artículo 13 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se debe tener en cuenta que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como en su dimensión social, no puede estar

¹⁸² Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas...* Óp. cit., párr. 54.

sujeto a restricciones anticipadas¹⁸³. La censura previa, además de estar proscrita de manera expresa, sí puede considerarse como un supuesto de anulación completa o supresión del derecho a la libertad de expresión. Esta deviene también en una “[...] violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse, como del derecho de todos a estar debidamente informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”¹⁸⁴.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su primera decisión contenciosa respecto al derecho a la libertad de expresión en el contexto del caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos*) vs. *Chile* que se originó en razón de la prohibición de exhibición impuesta sobre la película de Martin Scorsese por la cual el caso es conocido con ese nombre, tuvo oportunidad de pronunciarse respecto de la censura previa. Esta prohibición se encontraba basada en una disposición constitucional, y a pesar de que durante una época la exhibición de la misma fue autorizada para público adulto por la autoridad administrativa competente; posteriormente mediante sentencia judicial dictada en razón de un recurso de protección se revocó la resolución administrativa y, en consecuencia, quedó en pie nuevamente la prohibición absoluta de difusión y exhibición de la película. En esta oportunidad la Corte Interamericana, ciñéndose a la consecuencia lógica de la interpretación literal del artículo 13 inciso 2 de la Convención Americana que proscribe expresamente la censura previa¹⁸⁵, y considerando el criterio de su par en el Sistema Europeo de protección de los derechos humanos de que las ideas o contenidos que

¹⁸³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13.2.

¹⁸⁴ Corte I.D.H. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. *Óp. cit.*, párr. 68.

¹⁸⁵ *Cfr.* Corte I.D.H. *Caso “La Última Tentación de Cristo”*... *Óp. cit.*, párrs. 70-73.

“[...] chochan, inquietan u ofenden al Estado o a una facción cualquiera de la población [...]” también se encuentran amparados por el derecho a la libertad de expresión¹⁸⁶, determinó la responsabilidad internacional de Chile por la vulneración de este derecho de quienes comparecieron como víctimas en el proceso ante el Sistema Interamericano¹⁸⁷.

De modo similar, al resolver sobre el ya referido caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, en el cual también hubo una censura anticipada por parte del Estado respecto de la publicación del libro de autoría de la víctima la Corte Interamericana manifestó que a efectos de que el Estado cumpliera con su obligación general de garantía del derecho a la libertad de expresión del señor Palamara

[...] no bastaba con que permitiera que [éste] escribiera sus ideas y opiniones, sino que tal protección comprendía el deber de no restringir su difusión, de forma tal que pudiera distribuir el libro utilizando cualquier medio apropiado para hacer llegar tales ideas y opiniones al mayor número de destinatarios, y que éstos pudieran recibir tal información¹⁸⁸.

Esta supresión extrema del derecho a la libre circulación de ideas, opiniones, contenidos, expresiones artísticas y de toda índole, así como a la posibilidad de acceder a ellas, puede darse en varias formas: por medio de una prohibición administrativa o judicial, estén o no amparadas en normas legales, como en los casos *Olmedo Bustos* y *Palamara Iribarne*; a través de actuaciones como la incautación de materiales, insumos o del instrumento en el cual se encuentra materializada la expresión, como ocurrió en el último caso; o, “[...] en relación con publicaciones en *internet*, la orden de incluir o retirar

¹⁸⁶ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Handyside case*. Óp. cit., párr. 49; *The Sunday Times case*. Óp. cit., párrs. 59 y 65; *Barthold*. Óp. cit., párr. 55; *Lingens*. Óp. cit., párr. 41; *Müller and Others*. Óp. cit., párr. 33; *Otto-Preminger-Institut v. Austria*. Óp. cit., párr. 49. Citados en: Corte I.D.H. *Caso “La Última Tentación de Cristo”*... Óp. cit., párr. 69.

¹⁸⁷ Cfr. Corte I.D.H. *Caso “La Última Tentación de Cristo”*... Óp. cit., párrs. 70-73.

¹⁸⁸ Corte I.D.H. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Óp. cit., párr. 73.

determinados enlaces (*links*), o la imposición de determinados contenidos [...]”¹⁸⁹; entre otros.

Precisamente, dentro del problema de investigación que nos atañe se pretende determinar en qué manera la atribución de responsabilidad a los intermediarios de Internet podría constituir una restricción ilegítima al derecho a la libertad de expresión. Sin perjuicio del análisis que se realizará a lo largo de la investigación, no sobra anticipar haciendo referencia a lo mencionado en líneas anteriores, que considero que el hacer responsables a los intermediarios de Internet podría derivar en el efecto de que éstos actúen como censores privados de los contenidos que los usuarios al retirar dichos contenidos o simplemente impedir su publicación. Esto no es más que la consecuencia lógica de la posibilidad existente de que los intermediarios estén obligados a dar de baja los contenidos a efectos de evitar una potencial sanción en su contra, lo cual también constituye una vulneración del derecho al debido proceso de los usuarios que difunden o pretenden difundir los contenidos, pues es una decisión tomada de manera arbitraria por parte de los intermediarios sin que haya existido un proceso de carácter administrativo o judicial que concluya que existió, efectivamente, un ejercicio abusivo de su derecho a la libertad de expresión a través de la divulgación de las referidas expresiones.

1.4.2. Restricciones indirectas

De otro lado, el artículo 13 inciso 3 de la Convención Americana prescribe que:

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.

¹⁸⁹ CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Óp. cit., párr. 148.

Esta lista contenida en el artículo referido es simplemente ejemplificativa y, en efecto, las restricciones indirectas derivadas de las actuaciones de autoridades estatales no son las únicas que caben dentro de esta categoría de limitaciones proscritas y contrarias a la Convención de manera que también es posible que éstas se originen a raíz de una actuación de particulares y una omisión estatal.

En relación a las primeras, en el contexto del caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional del Estado peruano por la vulneración del derecho a la libertad de expresión, entre otros, en perjuicio del señor Baruch Ivcher Bronstein de origen israelí, peruano por naturalización. La víctima en este caso era accionista mayoritario de una empresa que operaba un canal de televisión peruano, en el cual se transmitía el programa Contrapunto. En dicho programa se denunció en algunas ocasiones acerca de irregularidades cometidas por altos funcionarios del Servicio de Inteligencia del Perú, así como de actuaciones abusivas y arbitrarias cometidas por sus miembros. Como resultado de los mencionados reportajes, el señor Ivcher fue víctima de intimidaciones y amenazas con la finalidad de que el mencionado programa cambiara de línea editorial. Entre las acciones de amedrentamiento de las que fue objeto, se abrieron procesos de investigación administrativos y judiciales en su contra y, además, se le revocó la nacionalidad peruana. Esto último repercutió en su calidad de accionista de la referida compañía, pues conforme a la ley peruana vigente a la época, el derecho a adquirir acciones en medios de comunicación estaba reservado para ciudadanos peruanos. Finalmente, dado que las acciones interpuestas por la cónyuge de la víctima con la finalidad de obtener el reconocimiento de su derecho sobre las acciones no tuvieron efecto alguno, la dirección y administración de la compañía fue asumida por uno de los accionistas

minoritarios y se prohibió el ingreso al canal de televisión a los periodistas del programa Contrapunto, además de cambiarse la línea editorial del referido programa. La Corte concluyó que la libertad de expresión tanto del señor Ivcher Bronstein, como de los periodistas del programa Contrapunto y de todos los ciudadanos peruanos se vio afectada en razón de que “[...] la resolución que dejó sin efecto legal el título de nacionalidad del señor Ivcher constituyó un medio indirecto para restringir [el mencionado] derecho [...]”¹⁹⁰ y que dicha restricción disminuyó la “libertad [de todos los peruanos] para ejercer opciones políticas y desarrollarse plenamente en una sociedad democrática”¹⁹¹.

Además, es preciso tener en cuenta que las responsabilidades ulteriores que resulten ilegítimas a la luz del *test tripartito*, pueden ser consideradas a la vez restricciones de carácter indirecto en razón del efecto que éstas tienen en el ejercicio de la libertad de expresión. Así, tomando en cuenta lo desarrollado por la Corte Interamericana en los casos en los cuales hubo condenas penales como restricción a la libertad de expresión sobre la excepcionalidad que debe regir la aplicación de estas medidas y el efecto de inhibición, amedrentamiento, disuasión e incluso autocensura que éstas provocan¹⁹², lo cual a fin de cuentas deviene en una desestimulación del debate y libre circulación de ideas e información de interés público, esenciales para una sociedad democrática; se concluye que estos medios constituyen también una restricción indirecta a la libertad de expresión¹⁹³. Lo

¹⁹⁰ Corte I.D.H. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Óp. cit., párr. 162.

¹⁹¹ *Id.*, párr. 163.

¹⁹² Cfr. Corte I.D.H. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Óp. cit., párr. 133; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Óp. cit., párrs. 106 y 107; *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Óp. cit., párrs. 87 y 88; *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Óp. cit., párrs. 120, 129 y 130; *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Óp. cit., párrs. 73-75, 80, 81 y 88.

¹⁹³ Cfr. Corte I.D.H. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Óp. cit., párr. 107.

mismo ocurriría con la imposición de una sanción civil desproporcionada¹⁹⁴, dado que el temor a ésta “[...] puede ser a todas luces tan o más intimidante e inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal, en tanto tiene la potencialidad de comprometer la vida personal y familiar de [quien se expresa y ...] de otros potenciales [emisores de un contenido similar]”¹⁹⁵.

Respecto al tipo de restricciones indirectas cometidas por particulares, con ocasión de los ya referidos casos *Ríos y otros* y *Perozo y otros* contra Venezuela, el mencionado tribunal determinó que el Estado puede ser declarado internacionalmente responsable en razón de “controles particulares” a la libertad de expresión que constituyan una restricción indirecta al ejercicio de este derecho¹⁹⁶ en la medida en que se demuestre en cada caso concreto un incumplimiento por parte del Estado de su obligación general de garantía de los derechos humanos¹⁹⁷.

Además, la Corte Interamericana ha mencionado expresamente que en los ejemplos de medios indirectos de restricción se pueden considerar, incluso, los “[...] derivad[o]s de nuevas tecnologías”¹⁹⁸. Si bien esta investigación tiene el propósito de enfocarse en el ejercicio en el contexto de expresiones difundidas en Internet, eso será objeto de los capítulos posteriores. Sin embargo, no está de más anunciar que existen regulaciones al

¹⁹⁴ Cfr. Corte I.D.H. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. *Óp. cit.*, párr. 129; *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*. *Óp. cit.*, párr. 74.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ Corte I.D.H. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. *Óp. cit.*, párrs. 107 a 110 y 340; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. *Óp. cit.*, párr. 118 a 121 y 367.

¹⁹⁷ Corte I.D.H. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. *Óp. cit.*, párrs. 107 a 110; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. *Óp. cit.*, párr. 118 a 121.

¹⁹⁸ Corte I.D.H. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. *Óp. cit.*, párr. 340; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. *Óp. cit.*, párr. 367.

respecto, así como pronunciamientos por parte de los relatores en esta materia de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) en relación a Internet¹⁹⁹ y sobre la regulación de los medios de comunicación en general²⁰⁰. En una de ellas los Relatores establecieron lineamientos claros para garantizar una protección de los medios de comunicación y la independencia de éstos frente a presiones e interferencias por parte de los gobiernos²⁰¹. Entre estos lineamientos se encontraba por un lado la garantía de “independencia política y económica de los entes reguladores”²⁰² y la necesidad de que las autoridades que conformen estos entes “deben contar con salvaguardas contra cualquier interferencia [...] que incluyan procesos transparentes de designación de sus miembros, apertura a la participación pública y que no sean controlados por ningún partido político en particular”²⁰³. En un segundo término, se estableció que al regular los distintos medios de comunicación es fundamental considerar estas diferencias, y que “[c]ualquier regulación del *internet* debe tomar en consideración las características especiales de este medio de comunicación”²⁰⁴. Adicionalmente, determinan que “la imposición [a los medios impresos]

¹⁹⁹ Vid. *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Firmada ... el 1 de junio de 2011... *Óp. cit.*; *Declaración Conjunta realizada por el Relator Especial de Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y Expresión y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA* el 20 de enero de 2012.

²⁰⁰ Vid. *Declaración Conjunta sobre la Regulación de los medios de comunicación*. Firmada por Relator Especial sobre la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, el Representante para la Libertad de Prensa de la OSCE y el Relator Especial sobre la Libertad de Expresión de la OEA el 18 de diciembre de 2003.

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² *Cfr. Declaración Conjunta sobre la Regulación de los medios de comunicación. Óp. cit.*. Citado en: CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Óp. cit.*, párr. 159.

²⁰³ *Ibíd.*

²⁰⁴ *Ibíd.*

de requisitos especiales de registro [...] es innecesaria [...] debe ser evitada [en tanto puede derivar en abusos]”²⁰⁵. Finalmente, se declaró que “[l]as restricciones a los contenidos de los medios de comunicación son problemáticas [...] y [l]as leyes específicas sobre [éstos] no deben reproducir restricciones a los contenidos que ya están previstas en otras leyes [...]”²⁰⁶; lo cual, en mi opinión, es extensible a la imposición de contenidos.

Una vez concluido el análisis sobre el contenido, alcance e importancia del derecho a la libertad de expresión, en el siguiente capítulo se procederá a analizar la importancia del Internet como canal para la comunicación, así como su relación con el derecho a la libertad de expresión, en términos generales.

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ *Ibíd.*

Capítulo 2.- El Internet como un canal de comunicación para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión

El apartado comprende una introducción a los antecedentes históricos de Internet y destaca la gran relevancia que tiene en la actualidad este canal de comunicación. También explica, en términos generales, las funciones de algunos intermediarios de Internet, como los proveedores de servicios de Internet o *internet service providers* (ISP por sus siglas en inglés) –entre éstos los proveedores de acceso, tránsito y alojamiento– así como de los operadores de servicios en línea u *online service providers* (OSP por sus siglas en inglés) – como por ejemplo motores de búsqueda, sitios *web*, redes sociales, aplicaciones de servicio de telefonía en Internet, blogs, entre otros–. Finalmente se expondrá la relación existente entre Internet y el derecho a la libertad de expresión.

2.1. Origen, evolución, transformación y trascendencia del Internet

Para comenzar debemos precisar que Internet “[...] es una libre asociación de miles de redes y millones de computadoras alrededor del mundo, que trabajan juntas compartiendo información”²⁰⁷. Así, nos encontramos frente a una “red de redes”²⁰⁸, que conecta “innumerables pequeños grupos de redes [y] de ordenadores conectados a su vez entre sí”²⁰⁹. Mientras que algunas de esas redes no se encuentran interconectadas con otras, y por

²⁰⁷ Finnie, Scott. *Internet and on line services*, http://webopedia.internet.com/internet/internet_and_on_line_services/internet/internet.html. Citado en: Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2002, p. 39.

²⁰⁸ Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales: régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 36.

²⁰⁹ *Ibíd.*

lo tanto son redes cerradas; la gran mayoría de éstas se interconectan con otras redes y permiten la comunicación entre todos los ordenadores que conformen esta red abierta y el acceso a la información contenida en los mismos²¹⁰. Consecuentemente, una característica general de Internet es su carácter asociativo que permite a los ciudadanos acceder a la información, ideas, opiniones o expresiones divulgadas por otros y, de la misma manera, difundir las propias.

Este canal de comunicación que ha revolucionado la tecnología, nuestras vidas y la manera en que el mundo se desenvuelve, tuvo un origen militar. En 1962 J.C.R. Licklider vislumbró la idea de crear una red, a nivel mundial, que permita acceder a datos y programas que se encuentren en un ordenador desde cualquier parte del mundo²¹¹. Entonces, ya se puede destacar la posibilidad de compartir diversos tipos de contenidos entre los usuarios de Internet como otra de sus características principales. Meses después, Licklider lideró la investigación que daría como resultado el desarrollo de lo que hoy conocemos por Internet en el seno de la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, o *Advanced Research Projects Agency* ARPA, por sus siglas en inglés²¹². En uno de los puntos más altos de la Guerra Fría, el objetivo de este proyecto denominado ARPANET fue, concretamente, desarrollar un

²¹⁰ *Id.*, p. 36. Asimismo, *vid.*, Abbate, Jane. "Government, Business, and the Making of the Internet". *The Business History Review* Vol. 75 No. 1 (2001), pp. 147 y 150. <http://www.jstor.org/discover/10.2307/3116559?sid=21105480738941&uid=2&uid=4> (acceso: 24/01/2015).

²¹¹ *Vid.* Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 42; Leiner, Barry *et al.* *Brief History of the Internet*, p. 2. http://www.internetsociety.org/sites/default/files/Brief_History_of_the_Internet.pdf (acceso: 29 de diciembre de 2014).

²¹² Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 42; Leiner, Barry *et al.* *Brief History of the Internet, Óp. cit.*, p. 2.

sistema que permitiera la continuidad de la comunicación y de las investigaciones indispensables a través de

[...] una red descentralizada, con conexiones múltiples y automáticas entre ordenadores o redes de ordenadores, capaces de transmitir datos rápidamente sin la intervención o el control humano y con la capacidad de redireccionar automáticamente las comunicaciones si uno o más de los vínculos individuales se hubiese dañado o no se encontrase disponible²¹³.

ARPANET²¹⁴ estableció una red de conexiones entrantes y salientes hacia y desde cada computadora, o red de computadoras, que conformaba el proyecto, aun cuando parte de estas redes pudiera haberse dañado o destruido en razón de un potencial ataque²¹⁵. La red de ARPANET estaba conformada por ordenadores de “[...] universidades y redes de ordenadores de titularidad militar, contratistas de defensa y laboratorios universitarios que realizaban investigaciones militares”²¹⁶.

Paralelamente, a comienzos de la década de los ´60 se inició una investigación independiente que devendría en el desarrollo del “[...] paquete conector y el principio de lo que eventualmente podría ser el TCP/IP, el protocolo básico, que define cómo la información es intercambiada en la red”²¹⁷ al cual se hará referencia más adelante. Después de unos años, el investigador perteneciente al proyecto ARPA, Lawrence Roberts, “[...]”

²¹³ Llanaza González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 40.

²¹⁴ Cfr. Abbate, Jane. “Government, Business, and the Making of the Internet”... *Óp. cit.*, pp. 148.

²¹⁵ Llanaza González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 40.

²¹⁶ Llanaza González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 37. Ver también cfr. Delgado Kloos, Carlos y García Rubio, Carlos. “Historia de Internet”. *Régimen Jurídico de Internet*. Cremades, Javier *et al.* (coords.). *Óp. cit.*, pp. 88-90.

²¹⁷ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2002, p. 42. Ver también cfr. Delgado Kloos, Carlos y García Rubio, Carlos. “Historia de Internet”. *Régimen Jurídico de Internet*. Cremades, Javier *et al.* (coords.). *Óp. cit.*, p. 88-90.

publicó en 1967 su *Plan para el ARPANet* [...] y constituyó en esas nuevas tecnologías el propósito de diseño arquitectónico de una red mundial”²¹⁸.

A finales de 1968, “[...] la compañía que luego se conocería como BBN Planet [...] participó en el desarrollo del primer hardware que pudo encauzar datos en el ARPANet”²¹⁹. Finalmente, el 30 de agosto de 1969 se realizó la primera prueba de Internet, instalando en la *University of California, Los Angeles, UCLA*²²⁰, “[...] el primer ordenador capaz de dar servicio a otros ordenadores”²²¹. Posteriormente, el 1 de octubre del mismo año se ejecutó una prueba similar en la Universidad de Stanford²²² y, un mes más tarde, comenzó a funcionar el ordenador de prueba en la Universidad de California en Santa Bárbara, UCSB²²³.

Estas pruebas no fueron más que el inicio de una evolución de la tecnología sin precedentes que permanece hasta el día de hoy. Será con la llegada de Internet a los centros académicos en donde éste, además de servir para compartir información diversa, empieza a constituirse gradualmente en un canal a través del cual diversas voces encontrarán sus espacios de expresión en diferentes esferas: sociales, económicas, políticas, culturales, ideológicas, de entretenimiento. En consecuencia, ya no es necesario desplazarse

²¹⁸ Cfr. Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 42; Abbate, Jane. “Government, Business, and the Making of the Internet”... *Óp. cit.*, pp. 150.

²¹⁹ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 42.

²²⁰ Cfr. Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 42; y, Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales: régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación. Óp. cit.*, p. 37.

²²¹ Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 37.

²²² Cfr. Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 42; y, Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 37.

²²³ Cfr. Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 42; y, Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 37. Además, vid. Delgado Kloos, Carlos y García Rubio, Carlos. “Historia de Internet”... *Óp. cit.*, p. 91.

físicamente de una nación a otra para entender y conocer otras realidades, otros escenarios, otras expresiones. Sin embargo, en este punto es necesaria una precisión: el acceso al uso del Internet aún no se encuentra universalizado pues lo tienen, como ya se mencionó, las esferas de poder sean militares o económicas. Piénsese, por ejemplo en las protestas que tuvieron lugar en Mayo del '68²²⁴, o las de la Primavera de Praga²²⁵ en el mismo año, contextos en los cuales el canal para la convocatoria y el intercambio de ideas y consignas no fue, evidentemente, Internet. En esta época la interacción de los grandes segmentos ciudadanos se lleva a cabo todavía en dos ámbitos: la interacción cara a cara²²⁶. Evidentemente, en estos escenarios la convocatoria para reunirse a protestar era una conversación cara a cara, una reunión en los colegios o en las universidades, por citar ejemplos, y la difusión de las ideas, la exteriorización de la crítica y el descontento y la formulación de exigencias se realizaba en la plaza pública y en las calles. No sobra destacar que en esta interacción, como es lógico, los individuos que pretenden comunicar(se) se encuentran atados a la exigencia de compartir un mismo espacio físico y temporal. Si habría que destacar un uso de la tecnología –por los ciudadanos del común– en esta época y tomando en cuenta el ejemplo referido, quizás sería que la convocatoria de quienes se

²²⁴ Vid., por ejemplo, Cheval, Jean-Jacques. “Mai 68, un entre deux dans l’histoire des médias et de la radio en France”. *Groupe de Recherches et d’Etudes sur la Radio GRER*, enero 2009. http://www.grer.fr/upload/articles_en_ligne/Mai_68_un_entre_deux_dans_l%5C-histoire_des_medias_et_de_la_radio_en_France.pdf (acceso: 16/01/2015).

²²⁵ Vid., entre otros, Pauer, Jan. “The Dispute about the Legacy of the «Prague Spring»”. *European Network Remembrance and Solidarity Reading Room*. http://www.enrs.eu/images/Teksty%20pdf%20ang/Pauer_ang.pdf (acceso: 16/01/2015).

²²⁶ Sobre la interacción cara a cara vid. Thomson, John B. *Los medios y la modernidad*. Buenos Aires: Ediciones Paidós, 1998, p. 116.

La interacción cara a cara tiene lugar en un contexto de co-presencia; los participantes en la interacción están uno frente al otro y comparten un sistema de referencia espacio-temporal común. De aquí que los participantes puedan emplear deícticos («aquí», «ahora», «esto», «aquello», etc.) y asumir que serán comprendidos. [...] La interacción cara a cara también posee un carácter dialógico en el sentido de que generalmente implica un flujo de información y comunicación bidireccional [...].

encontraban algo más alejados de los centros donde se realizaba la protesta pudo haberse realizado a través del teléfono analógico, la carta o el telegrama. En ese sentido, en esta época también se comenzaba a popularizar la interacción mediática²²⁷ que “[...] se extiende a través del espacio y del tiempo [...]” en tanto que la interacción cara a cara se lleva a cabo “[...] en un contexto de co-presencia”²²⁸.

En este punto, merece atención resaltar que el desarrollo de las tecnologías y medios de comunicación “[...] crea *nuevas* formas de acción e interacción y *nuevos* tipos de relaciones sociales [...]” que distan de la hasta hace poco predominante interacción cara a cara²²⁹. Eso es, precisamente, lo que se ha alcanzado con la aparición de Internet, pues el espacio y el tiempo dejan de ser una barrera para las comunicaciones y la interacción entre las personas y, por consiguiente, los individuos podemos relacionarnos con independencia de estas dos dimensiones. No pasaron muchos años para que este canal de información y comunicación alcance un mayor desarrollo, empero en la etapa temprana a la cual se acaba de hacer referencia Internet todavía se encontraba en un proceso de experimentación. De ahí lo que se afirma en líneas anteriores respecto a que el acceso a Internet se encontraba concentrado en los grupos de poder –económico y militar– y el acceso a éste no era

²²⁷ Respecto a la interacción mediática *vid. Id.*, p. 117.

La «interacción cara a cara» se puede contrastar con la «interacción mediática»; con esta expresión quiero referirme a formas de interacción del tipo cartas escritas, conversaciones telefónicas, la «interacción mediática» implica el uso de medios técnicos (papel, cables eléctricos, ondas electromagnéticas, etc.) que permiten transmitir información o contenido simbólico a individuos que están en lugares distantes, alejados en el tiempo o ambos casos. [En ésta l]os participantes no comparten el mismo sistema de referencia espacio-temporal y no pueden asumir que los otros entiendan expresiones deícticas que utilizan. De ahí que los participantes siempre deban tener en cuenta la cantidad de información referida al contexto que se debería incluir en el intercambio (por ejemplo, poniendo la dirección y la fecha en el encabezamiento de una carta o identificándose uno mismo al inicio de una conversación telefónica).

²²⁸ *Ibíd.*

²²⁹ *Id.*, p. 116.

generalizado. Durante la década de los '60 “[...] universidades, agencias de gobierno e incluso empresas privadas siguieron desarrollando e implementando redes con puntos estratégicos a través del desarrollo de protocolos de homogenización del lenguaje de transmisión y recepción de datos, así como arquitecturas, o conexiones entre clientes y servidores”²³⁰.

En marzo de 1971 “[...] aparece por primera vez el signo @, cuando Tomlinsom modifica el programa de correo electrónico para la red ARPANET [y... c]uatro meses más tarde, Larry Roberts crea el primer programa de administración de correo electrónico”²³¹. Esto, mientras el mundo se sorprendía con el escándalo del caso *Watergate*, que se destapó gracias a los periodistas del *Washington Post* Carl Bernstein y Bob Woodward realizaron las investigaciones pertinentes y pudieron ir develando los secretos de este caso a partir de los informes telefónicos que recibían del informante anónimo «Garganta Profunda» – quien, como el mundo llegó a saber, décadas después, era un agente del FBI²³². Este caso se refiere a los actos de corrupción planificados por Nixon a inicios de la década de los '70 a fin de asegurar su reelección en el futuro²³³. Todo se desencadenó con el supuesto intento de asalto a la Sede del Partido Demócrata en el Hotel *Watergate* por parte de cinco personas que estaban estrechamente vinculadas a Nixon, al Partido Republicano y al

²³⁰ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet*. *Óp. cit.*, p. 42.

²³¹ Llanea González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 37.

²³² Sobre el caso *Watergate*, *vid.*, por ejemplo, Ruiz de Almirón, Víctor. “18 minutos: el secreto oculto del *Watergate*”. *ABC.es*. 21/11/2013. <http://www.abc.es/archivo/20131121/abci-watergate-secretos-grabacion-201311211412.html> (acceso: 16/01/2015); Faulkner, Robert y Cheney, Eric. “The multiplexity of political conspiracy: illegal networks and the collapse of *Watergate*”. *Global Crime* Vol. 14 Issue 2/3 (2013), p. 197 y ss; y, Solanas, Mónica. “El periodismo de investigación que fue: el caso *Watergate*”. *Otras (re)lecturas*. 03/06/2012. <http://otrasrelecturas.com/2012/06/03/el-periodismo-de-investigacion-que-fue-el-caso-watergate/> (acceso: 16/01/2015).

²³³ *Cfr.* Faulkner, Robert y Cheney, Eric. “The multiplexity of political conspiracy... *Óp. cit.*, pp. 197 y ss.

Comité que se había conformado dentro del referido Partido para garantizar, a través de – entre otras cosas– ubicar a funcionarios afines a Nixon en los altos cargos de importantes agencias gubernamentales de vigilancia, como la CIA y el FBI, o de espionajes ilegales y financiados con fondos públicos a actores del Partido Demócrata²³⁴. Una vez iniciadas las investigaciones y el proceso judicial correspondiente, Nixon fue obligado a entregar las grabaciones de las reuniones que mantenía en la Oficina Oval y en éstas hay un total de 18 minutos que se encuentra borrado²³⁵. Todo el escándalo que se suscitó a raíz de este caso, así como los actos de corrupción que se dieron a conocer fueron el detonante para la dimisión de Nixon en 1974²³⁶. Si bien los detalles de las causas y consecuencias de este caso no son objeto de la problemática que se plantea en esa investigación; no hay que perder de vista que en este punto Internet aún no era un canal participativo ni abierto a una pluralidad de voces y pensamientos. En consecuencia, todo el escándalo se difundió a través de las investigaciones periodísticas publicadas en el *Washington Post* y, posteriormente, en la radio y la televisión. Si bien los ciudadanos sí tuvieron acceso a esta información tan importante para su conocimiento, para la crítica, el escrutinio a las actividades de las autoridades y el debate democrático, todavía no existía un canal o mecanismo que permitiera diseminar estas expresiones de los ciudadanos en respuesta de la información que recibían. En este escenario, nos encontramos frente a “una casi-interacción mediática”²³⁷ en la cual “[...] las relaciones sociales establecidas por los medios de

²³⁴ Cfr. *Id.*, pp. 198, 199.

²³⁵ Cfr. Ruiz de Almirón, Víctor. “18 minutos: el secreto oculto del Watergate”. *Óp. cit.*; y Faulkner, Robert y Cheney, Eric. “The multiplexity of political conspiracy... *Óp. cit.*, p. 199.

²³⁶ Cfr. Faulkner, Robert y Cheney, Eric. “The multiplexity of political conspiracy... *Óp. cit.*, pp. 198, 199.

²³⁷ Thomson, John B. *Los medios y la modernidad. Óp. cit.*, p. 118.

comunicación de masas (libros, periódicos, radio, televisión, etc.)” permiten que se ponga a disponibilidad de los receptores información y contenidos extendidos en las dimensiones espacio y tiempo²³⁸ y “[...] el flujo de información resulta –más que otra cosa– unidireccional”²³⁹. Es destacable la gran importancia del acceso a la información sobre las actuaciones de los funcionarios públicos para fomentar la crítica crucial y necesaria para el buen funcionamiento de una sociedad democrática y, de igual manera, el gran aporte de los medios de comunicación –radio, prensa televisión–; no obstante, es más destacable aún el papel que ahora juega Internet como un canal o herramienta para facilitar las comunicaciones y ya no únicamente el acceso, sino también la participación de los ciudadanos como parte del proceso democrático –la cual, evidentemente, no está limitada únicamente a ejercer el voto en las urnas–. En esta época, toda la infraestructura de Internet que nos es tan familiar e incluso damos por sentada en la actualidad se encontraba todavía en fase de desarrollo y pruebas, el acceso seguía siendo limitado a los grupos de poder y, por lo tanto, los ciudadanos del común todavía no se beneficiaban de la posibilidad de apertura, pluralidad y participación que brinda Internet.

Tanto Internet, como el correo electrónico, fueron “lanzados” al público en la *Internet Computer Communication Conference*, llevada a cabo en Estados Unidos en 1972²⁴⁰. Entre 1973 y 1974 ARPANET avanzó mucho en el despliegue de las conexiones a nivel

Como las «interacciones mediáticas» esta tercera forma de interacción implica la disponibilidad extendida de información y contenido en el espacio y tiempo. En otras palabras, la «casi-interacción mediática» está relacionada a través del espacio y el tiempo [...] En el caso de la «casi-interacción mediática» las formas simbólicas son producidas para un indefinido abanico de receptores potenciales.

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 42.

internacional, con el desarrollo del protocolo de control de transmisión TCP²⁴¹ “[...] que unifica el formato de envío de datos”²⁴² y sus investigadores “desarrollaron y formularon mucho del software y los servicios que conforman la Internet”²⁴³. Más tarde, en 1975 John Vital creó el primer sistema de correo electrónico, MSG, que permitía responder mensajes y almacenarlos²⁴⁴. En esta época ya nos encontramos ante un canal de comunicación que cuenta con un desarrollo sustancial como es el correo electrónico, para poder compartir información en tiempo diferido, rompiendo las fronteras territoriales. Sin embargo, surge la pregunta necesaria respecto a quiénes acceden a éste canal: existen todavía límites que si bien dejaron de estar marcados por fronteras geográficas, marcarán distancias y asimetrías de orden fundamentalmente económico, de desarrollo tecnológico y de infraestructura para acceder al uso del mismo. En consecuencia, existe una participación de voces y pensamientos diversos, mas no plurales pues no se llega todavía a dar apertura a mayores segmentos de la población. En esta época el acceso a este canal no ha llegado aún a los ciudadanos, dado que los principales usuarios son actores sociales que están involucrados en un proceso de toma de decisiones públicas y privadas desde las esferas del poder. Llegados a este punto, se puede observar que las limitaciones en el uso de este canal de comunicación –así como del ejercicio de derechos que éste facilita– no están dadas por aspectos como lo es la atribución de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet; sino que se presentan por los intereses propios y directos de los círculos de poder que

²⁴¹ *Vid.*, entre otros, Leiner, Barry *et al.* *Brief History of the Internet*, *Óp. cit.*, p. 3; y, Delgado Kloos, Carlos y García Rubio, Carlos. “Historia de Internet”. *Óp. cit.*, p. 93.

²⁴² Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales...* *Óp. cit.*, p. 37.

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ *Ibíd.*

dominan el acceso a éste, sean militares, estatales, corporativos, financieros o del conocimiento. Además, si bien es rescatable cuán importante es que en éstas décadas los ciudadanos hayan podido acceder a información pública a través de los medios de comunicación tradicionales; no se puede perder de vista que, dada la naturaleza de éstos, todavía existe un proceso de “editorialización” de los contenidos que se pretende difundir y que aún no se encuentra disponible la posibilidad de que los ciudadanos del común puedan dialogar, participar y generar consensos de manera activa y así ejercer su rol como principales actores de una sociedad democrática.

A medida que pasaban los años, cada vez se incorporaban más personas, empresas y universidades a la red ARPANET a nivel mundial²⁴⁵ y así ésta pasó a denominarse DARPA Internet, para posteriormente ser conocida simplemente como Internet²⁴⁶. Además, otras universidades, institutos de negocios e investigación comenzaron a desarrollar redes similares de conectividad²⁴⁷, como por ejemplo “[...] BITNET, CSNET, FIDONET y USENET” y permitieron no solamente conexiones entre los usuarios pertenecientes a cada red, sino también comunicaciones y conexiones entre cada una de las redes y sus respectivos usuarios²⁴⁸. En este punto se da un giro fundamental pues Internet trasciende el ámbito de lo militar para convertirse en una herramienta que también será utilizada en los centros generadores de ciencia y conocimiento. Además, pasa a ser pleno objeto de interés económico de las grandes empresas que junto a la comercialización de un ordenador cautivarían al mundo con el software y su amplia variedad de aplicaciones disponibles. En

²⁴⁵ Cfr. Delgado Kloos, Carlos y García Rubio, Carlos. “Historia de Internet” *Óp. cit.*, p. 93.

²⁴⁶ Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales...* *Óp. cit.*, p. 37.

²⁴⁷ Vid. Delgado Kloos, Carlos y García Rubio, Carlos. “Historia de Internet”. *Óp. cit.*, p. 95.

²⁴⁸ Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales...* *Óp. cit.*, p. 37.

1982 se establecieron los protocolos TCP/IP para la conexión de las redes de Internet²⁴⁹ y la *World Wide Web* (WWW) inició su funcionamiento en 1989²⁵⁰.

Es precisamente con la WWW que el acceso y uso de Internet comenzó a estar disponible para el ciudadano del común y así se comenzó a desplegar una forma completamente nueva de interacción entre los éstos, que se alejó diametralmente de las formas de comunicación a las que se hizo referencia en líneas anteriores y que se venían utilizando hasta entonces. Gracias al progreso de la tecnología “[...] las redes de ordenadores permit[ieron] la posibilidad de comunicación bidireccionalmente sin estar orientadas hacia nadie en concreto pero que tienen un carácter de «muchos a muchos»”²⁵¹. El desarrollo alcanzado por Internet –que tiene incidencia en los procesos de transmisión de información y comunicación entre las personas– ha modificado sustancialmente dos elementos presentes en los procesos de interacción: tiempo y espacio. A esto se suma un tercer elemento que constituye la característica que distingue a la interacción a través de Internet de los modos de interacción convencionales hasta entonces: la aceleración del tiempo de respuesta de participación, pues gracias a Internet los sujetos podemos estar en todo momento, en cualquier momento y en cualquier lugar, respondiendo de inmediato a situaciones que se dan en espacios cercanos o lejanos, nos hemos convertido en actores activos y ubicuos.

En los ’90, el proyecto ARPANET se deslindó completamente del control directo del gobierno estadounidense y en 1995 quedó a cargo de un consorcio de proveedores

²⁴⁹ Llanaza González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 37. Al respecto, *vid.* Delgado Kloos, Carlos y García Rubio, Carlos. “Historia de Internet”. *Óp. cit.*, p. 95.

²⁵⁰ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 43.

²⁵¹ Thomson, John B. *Los medios y la modernidad. Óp. cit.*, p. 121.

encargados de su comercialización²⁵². Hasta ese entonces, “[...] la red ha crecido de 4 a 600.000 ordenadores en 5.000 redes separadas a lo largo de más de 100 países”²⁵³. Durante esta década el perfeccionamiento y evolución de Internet tuvo un giro significativo relacionado directamente con dos fenómenos que se desarrollarán de manera gradual y sostenida. El primero es la popularización de los gigantes de la computación, como por ejemplo IBM, Hewlett-Packard, Apple, entre otros, que comenzaron a integrar hardware y software y a comercializar los ordenadores de manera que estén al alcance de los ciudadanos del común y así facilitar un uso más abierto y generalizado de Internet en la sociedad. El segundo es que tanto el correo electrónico como la WWW inician su proceso de masificación. A través del uso cada vez más generalizado de esta herramienta de comunicación que permite la disminución de tiempo y costos en transacciones de diverso orden y en la transmisión de información, se comienza a generar un ejercicio muy interesante –aunque especializado aún– de la toma de la palabra: surgen voces plurales en un papel que ya no es el de Gutenberg, sino que es intangible y totalmente visible a la vez. Serán las ONGs, organizaciones de la sociedad civil, – y paulatinamente los ciudadanos– y ya no únicamente los Estados quienes comienzan a discutir las grandes problemáticas que dejan de incidir en un modo vertical exclusivamente; sino de manera esencialmente transversal a las realidades propias de lo local, que empiezan a tener un impacto en lo global.

²⁵² Cfr. Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet*. *Óp. cit.*, p. 43; y Delgado Kloos, Carlos y García Rubio, Carlos. “Historia de Internet”. *Óp. cit.*, p. 97; Abbate, Jane. “Government, Business, and the Making of the Internet”. *Óp. cit.*, pp. 149.

²⁵³ Delgado Kloos, Carlos y García Rubio, Carlos. “Historia de Internet”. *Óp. cit.*, p. 97.

En esta década, merece atención además el papel fundamental que jugó la televisión y que empezaba a jugar Internet a fin de difundir información y fomentar la opinión y el debate ciudadano así como la interacción y comunicación. Un observable a destacar es la polémica suscitada a raíz de la difusión de los denominados “Vladvideos” –ocurrida en el año 2000– en los cuales se registraron varios de los actos de corrupción que tuvieron desde la llegada al poder de Fujimori en 1990, en los que estuvo involucrado su Jefe de Inteligencia, Vladimiro Montesinos –quien incluso es quien decidió dejar constancia de los mismos en las referidas cintas–²⁵⁴. Como es de conocimiento general, esto agravó la crisis política que atravesaba Perú y derivó en la renuncia –aunque no fue aceptada– y posterior cesación por parte del Congreso de Fujimori²⁵⁵. Este ejemplo sirve para resaltar que si bien existieron protestas ciudadanas y críticas a los actos de corrupción y, en ese sentido, existió presión y participación ciudadana, el rol de los medios tradicionales fue crucial en la definición de la agenda pública y en la difusión de información a fin de permitir que los ciudadanos pudieran formarse una opinión.

En sentido similar, es destacable cómo el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en México aprovechó desde 1994 la fuerza y popularidad que estaba tomando Internet para darse a conocer, difundir sus causas y así ²⁵⁶. Se puede observar el poder de

²⁵⁴ Sobre los “Vladvideos”, *vid.*, por ejemplo, Carrión, Julio. *The Fujimori Legacy: the rise of electoral authoritarianism in Peru*. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2006, pp. 286 y ss.; Palomino, Fernando. “Perú: Marketing Político y Vladvideos”. *Chasqui – Revista Latinoamericana de Comunicación* 75 (2001), pp. 32 – 39; y, Cánepa, Gisela. “La corrupción como espectáculo: El show de los vladi-videos”. *Revista Chilena de Antropología Visual* 7 (2006), pp. 1 – 13. <http://www.rchav.cl/imagenes7/imprimir/canepa.pdf> (acceso: 29/01/2015).

²⁵⁵ *Vid.* “Hace catorce años, el exdictador Alberto Fujimori renunció a la Presidencia por fax”. *La República.pe*. 19/11/2014. <http://www.larepublica.pe/19-11-2014/hace-catorce-anos-el-exdictador-alberto-fujimori-renuncio-a-la-presidencia-por-fax> (acceso: 29/01/2015).

²⁵⁶ *Vid.*, por ejemplo, Cleaver, Harry M. “The Zapatista Effect: The Internet and the Rise of an Alternative Political Fabric”. *Journal of International Affairs*, 51 (1998), pp. 621 y ss; *Cfr.* Quintero

Internet, como canal de comunicación para convocar a protestas y contribuir a la formación de la opinión pública de los ciudadanos. Si bien con ocasión del caso de los “Vladivideos” se expresó que los medios juegan un rol fundamental al definir la agenda pública de quienes ejercen el poder político; no es menos cierto que, en la actualidad, son los propios ciudadanos los que desempeñan ese papel, pues su activa intervención en la red y las facilidades tecnológicas de la actualidad –piénsese, por ejemplo en el Internet móvil, los *smartphones*, las *tablets*– han permitido esta especie y nivel de participación tan importante en una sociedad verdaderamente democrática.

A partir de entonces, la red de redes comenzó a crecer rápidamente, gracias al acceso gratuito y abierto a los protocolos y sus especificaciones²⁵⁷ y cada vez utilizó nueva tecnología que se encontraba en constante evolución²⁵⁸. A pesar de tener un origen militar, en la actualidad Internet tiene un sinnúmero de usos y propósitos, como científico, comercial e informativo y, el desarrollo tecnológico ha permitido que éste sea “[...] comercializad[o] e incorporad[o] en forma masiva”²⁵⁹. Tras el apareamiento de la WWW inició el uso abierto de Internet, entendiendo éste como la posibilidad de que cualquier individuo que tenga conexión a la red pueda conectarse a ésta, usando estándares y protocolos que están disponibles al público y, por lo tanto, pueden ser utilizados por quien lo desee; y accediendo, sin cortapisas ni limitaciones impuestas por los Estados, no

Domínguez, Annie Erika. *Resistencia y activismo político en Internet: El caso del Ejército Zapatista de Liberación Nacional de México (EZLN) 1994-2006*. Tesis de grado. Universidad del Cauca. Popayán 2010, pp. 22-32, 40-62.

²⁵⁷ Cfr. Leiner, Barry *et al.* *Brief History of the Internet*. *Óp. cit.*, p. 10.

²⁵⁸ Cfr. Leiner, Barry *et al.* *Brief History of the Internet*. *Óp. cit.*, p. 14; Krüger, Oliver. “Gaia, God and the Internet: The History of Evolution and the Utopia of Community in Media Society. *Numen: International Review for the History of Religions* Vol. 54 No. 2 (2007), pp. 142 y 143.

²⁵⁹ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet*. *Óp. cit.*, p. 43.

solamente a contenidos y formas de discurso, sino también haciendo uso de las plataformas y equipos que considere convenientes²⁶⁰. En definitiva, a través de Internet hay una construcción de sentido no solo de la comunicación en sí misma y los mensajes que se difunden, sino de las diversas o diferentes interrelaciones que los sujetos establecen dentro y fuera de la red. La trascendencia de este canal de comunicación no se agota en la facilidad para acceder y difundir información, sino también en cómo la herramienta y ese acceso permite el ejercicio de otros derechos fundamentales.

Gracias a Internet, el día de hoy los ciudadanos somos actores primordiales que se relacionan de modo directo con los procesos de decisión que se dan al interior de los Estados a los que pertenecemos e incluso fuera de sus fronteras. Piénsese, por ejemplo en un *tweet* cualquiera, en el que se interpela a un mandatario de un determinado país. Dados los procesos de globalización de la cultura, esta acción ya no es ajena al conocimiento y, muchas veces, a la participación de las personas que se encuentran lejos o fuera de las fronteras donde dicho hecho tuvo lugar. Un caso reciente, a modo de ejemplo, es *tweet* de la presidenta de Argentina, Cristina Fernández de Kirchner (@CFKArgentina) a través del cual, a modo de “broma” en uno de sus recientes viajes a China ridiculizó el modo en que los ciudadanos chinos manifiestan su oralidad²⁶¹. Ante esto, las expresiones vertidas por @CFKArgentina fueron comentadas en China, Argentina, y en tantos otros países como puntos de vista que hubo respecto de lo que ello implicaba. Todo esto se dio, principalmente, a través de Twitter y las opiniones que surgieron en la red iban desde el

²⁶⁰ Ruiz Gómez, Luis Manuel. “Neutralidad de red y desarrollo de las TIC”. *Revista Universitaria Europea* XX (2014), p. 76. <http://www.revistarue.eu/RUE/032014.pdf> (acceso: 29 de diciembre de 2014).

²⁶¹ *Vid.*, “Los tweets de Cristina desde China: «¿Serán todos de «La Cámpola» y vinieron sólo por el aloy y el petróleo?»». *Todo Noticias*. 04/02/2015. http://tn.com.ar/politica/los-tweets-de-cristina-desde-china-seran-todos-de-la-campola-y-vinieron-solo-por-el-aloz-y-el-petrol_568284 (08/02/2015).

expresar el descontento por una broma que se la consideraba “sin gracia” hasta considerar que era un distractor para desviar la atención de la opinión pública de lo que acontecía en ese momento en Argentina: la muerte que aún ha sido aún esclarecida del fiscal Nisman²⁶².

La relevancia de esta investigación surge, precisamente, al considerar ese papel esencial que tiene Internet en las libertades ciudadanas, incluyendo la libertad de expresión en razón del cual cabe cuestionarse si la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet constituiría una limitación de ésta. Asimismo, en caso de que la respuesta sea afirmativa resulta necesario determinar si esa restricción sería legítima o no, en qué supuestos y bajo qué condiciones y si es necesaria la existencia de una norma que proscriba la posibilidad de atribución de responsabilidad a los intermediarios de Internet a fin de proteger este derecho. Todo esto será abordado con mayor detalle en el capítulo siguiente.

Retomando la temática del progreso inigualable que ha alcanzado Internet, es de destacar que un indicador éste, a modo de ejemplo, es el aumento en el número de personas con acceso a banda ancha móvil o fija. En el 2014 se alcanzó un total de 711 millones de suscripciones a banda ancha fija a nivel mundial; comparado con el total de 220 millones en el año 2005, lo cual evidencia un progreso, aunque diferenciado, tanto en países desarrolladas como en vías de desarrollo²⁶³. De manera similar, el mercado de banda ancha móvil también ha aumentado de manera considerable y, mientras que en países en vías de

²⁶² Sobre la muerte del fiscal Nisman, *vid.*, entre otros, Peregil, Francisco. “El Gobierno argentino denuncia al espía que colaboraba con Nisman”. *El País*. 25/02/2015. http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/25/actualidad/1424869066_628062.html (acceso: 26/02/2015).

²⁶³ International Telecommunication Union. *Measuring the Information Society Report 2014*, p. 4. http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/mis2014/MIS2014_without_Annex_4.pdf (Acceso: 02 de enero de 2015).

desarrollo la penetración de este mercado es de un 11.5%; en los países desarrollados ésta ha alcanzado un 26%²⁶⁴. Esto va de la mano con el incremento de las capacidades de la *backbone* y de banda ancha a nivel internacional²⁶⁵; a finales del 2013 las redes de fibra óptica y de transmisión *backbone* a nivel mundial, excluyendo las de Europa y Norteamérica, alcanzaban una longitud de más de 11.7 millones de kilómetros²⁶⁶.

Además, el acceso a Internet en los hogares es el indicador que garantiza una Sociedad de la Información inclusiva, en la cual personas de todas las edades, géneros, etc., están en posibilidad de acceder a la red²⁶⁷. En el 2009, un 30% de los hogares a nivel mundial tenía acceso a Internet²⁶⁸. En el año 2013 esta cifra ascendió a 40% y, para finales del 2014 la misma aumentó a 44%²⁶⁹. En este mismo año, el porcentaje de hogares con acceso a Internet en países desarrollados es de 78%, en países en vías de desarrollo es de 31% y en los países menos desarrollados es de 5%²⁷⁰. Si bien queda mucho camino por recorrer para que esta brecha disminuya, y alcanzar un desarrollo a nivel mundial, estas cifras dan cuenta del innegable crecimiento que ha tenido Internet en todo el mundo. En consecuencia, la participación activa y directa de los distintos actores sociales en tiempo real cada vez va en aumento.

Las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) inciden de modo transversal en distintos órdenes de la sociedad. Como se ha venido sosteniendo, el intercambio de

²⁶⁴ *Id.*, p. 5.

²⁶⁵ *Id.*, p. 7.

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ *Id.*, p. 10.

²⁶⁸ *Id.*, p. 11.

²⁶⁹ *Ibíd.*

²⁷⁰ *Ibíd.*

información que se lleva a cabo gracias a Internet es tan variado, que no se trata solamente de información comercial o académica²⁷¹. Internet ha facilitado el surgimiento de “comunidades” o “agrupaciones” de personas con intereses similares, sea políticos, sociales, culturales, de entretenimiento o de cualquier carácter en el seno del ciberespacio²⁷². Adicionalmente, el acelerado progreso de la tecnología en los últimos años ha permitido cosas que, tiempo atrás, podían ocurrir solamente en la imaginación. El hecho de tener en dispositivos móviles, especialmente *smartphones*, la posibilidad de acceder de manera directa e inmediata y permanente a Internet, y con ello poder comunicarnos en tiempo real a través de una serie de *apps* (aplicaciones), o de poder navegar en la *web* y recibir información de todo tipo con solo buscarla y tener la posibilidad de respuesta inmediata; nos confirma que Internet es un canal que potencia el ejercicio de la libertad de expresión tanto en su dimensión individual como en su dimensión social. Es fundamental también tener en cuenta que no se trata solo del avance tecnológico, sino también de las apropiaciones que los ciudadanos han hecho respecto de los canales de comunicación y las facilidades que Internet brinda para de esta manera poder, entre otras cosas, ejercer nuestro derecho al escrutinio de las actividades estatales y exigir una rendición de cuentas por parte de las mismas. No sobra recalcar que esta participación activa de los ciudadanos en la formación de diálogos, debates y consensos sobre los asuntos que atañen a la colectividad es lo que fortalece un sistema democrático; lo destacable es que Internet no solo permite que esos diálogos se lleven a cabo, sino que también es una garantía y un mecanismo a

²⁷¹ Moles Plaza, Ramón J. *Derecho y control en Internet. La regulabilidad en Internet*. Barcelona: Ariel Derecho, 2004, p. 26.

²⁷² *Ibíd.*

través del cual voces de todo tipo tienen acceso a la participación en el mismo y así se fomenta y protege el pluralismo.

Antes de que Internet esté disponible para nosotros en todo momento y en todo lugar, la tecnología que se tenía a la mano permanentemente era el SMS y, como es de esperar, ese mecanismo tampoco fue la excepción a la hora de considerar su papel de facilitador del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. A continuación dos ejemplos concretos que tuvieron lugar antes del año 2007, año en que se llevó a cabo el lanzamiento del iPhone, que vendría a revolucionar nuestra concepción de la tecnología no solo por su diseño innovador, sino porque abrió la posibilidad de que los ciudadanos tengamos con nosotros la puerta de acceso a Internet en todo momento. El primero se refiere a la protesta estudiantil denominada “Revolución de los Pingüinos” ocurrida en Chile durante el primer mandato de Michelle Bachelet²⁷³. Los actores destacados de estas protestas fueron los estudiantes, quienes realizaban a través de las protestas varias exigencias al Gobierno respecto a temas que les afectaban de manera directa²⁷⁴. Estos estudiantes lograron organizar y convocar protestas masivas en las calles de Santiago con “apenas” el envío de SMS²⁷⁵, lo cual nuevamente demuestra lo trascendente que han sido las TIC para convocar de manera rápida e inmediata a quienes estén interesados en apoyar distintas causas. En Ecuador ocurrió un fenómeno similar en el año 2004 en la época en que “Los Forajidos” salieron a

²⁷³ Cfr. Silva Pinochet, Beatriz. “La «Revolución Pinguina» y el cambio cultural en Chile”. *Archivo Chile*, pp. 1-3, 12-23. http://www.archivochile.com/carril_c/cc2012/cc2012-062.pdf (acceso: 29/01/2015); y, Álvarez Cárdenas, María del Rosario. *El papel virtual*. Tesis de grado. Universidad de Chile. Santiago, 2013, pp. 21-23. <http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115633/EL%20PAPEL%20VIRTUAL.%20MEMORIA%20TITULO.pdf?sequence=1> (acceso: 29/01/2015).

²⁷⁴ *Ibíd.*

²⁷⁵ *Ibíd.*

las calles, lo cual tuvo como consecuencia la caída del ex presidente Lucio Gutiérrez²⁷⁶. Además del papel fundamental que jugó una emisora local de radio en la convocatoria a las calles –así como el espacio que ofrecían para que los ciudadanos expresen su opinión y descontento con el gobierno– los mensajes SMS también permitieron organizar el avance de las protestas desde distintos puntos de la ciudad de Quito y un aglutinamiento estratégico de los ciudadanos que protestaban hasta llegar a la Plaza de la Independencia acompañados del sonido de las cacerolas²⁷⁷.

Algo muy similar a lo relatado con ocasión de estos casos ocurre en la actualidad, pues Internet potencia el flujo, la potencia y la velocidad de las comunicaciones lo cual se deriva de las características que le son inherentes. Se debe tener presente que este canal de comunicación permite también generar respuestas inmediatas frente a actuaciones o eventos que ocurren en un espacio físico lejano o cercano. Si no fuera por Internet no podríamos estar al tanto inmediatamente de todas las atrocidades y excesos que ocurren en la actualidad, por ejemplo, en Venezuela y no sería posible que tanto los ciudadanos que se encuentran dentro del territorio venezolano, como los que se encuentran fuera de él, puedan acceder a esa información –sea en formato de texto, imagen o video– así como tampoco lo sería que se pueda cuestionar, opinar y debatir acerca de lo que sucede. Lo mismo se puede decir acerca de lo que ocurre en Medio Oriente, Asia, Europa o África; evidentemente los casos que se podría mencionar son innumerables y escapan al objeto de la presente investigación.

²⁷⁶ Cfr. Cárate Tandalia, Edison Iván. *¡Que se vayan todos! Leadership, Formal Organization and Social Movements: The Case of the «Rebelión de los Forajidos»*. Tesis de Maestría. Universidad de Pittsburgh. Pittsburgh, 2009, pp. 27 – 35. http://d-scholarship.pitt.edu/9098/1/Carate_etd2009.pdf (acceso: 29/01/2015).

²⁷⁷ *Id.*, p. 20.

Asimismo, gracias a las posibilidades que nos ofrece Internet el mundo entero pudo estar al tanto de que luego de la desaparición de los 43 estudiantes de Ayotzinapa en México en el 2014, el día en que Malala Yuosafzai recibía el premio Nobel de la Paz, en la ceremonia de entrega de dicho reconocimiento en Oslo un joven que se encontraba en el público saltó al escenario con la bandera mexicana manchada con sangre pidiendo que no se olviden de lo que ocurrió en su país²⁷⁸. De hecho, en mi opinión este acto fue –en parte– impulsado porque dicho joven sabía que este acto sería difundido vía Internet de inmediato y que el mundo entero llegaría a conocer acerca del mismo y, a la vez, a emitir sus juicios y exigencias al respecto. Para mí este acto tiene dos lecturas: la primera es, evidentemente, la protesta como tal por el gravísimo estado de violencia en México y, la segunda, la intención de visibilizar frente al mundo el silencio guardado por el Estado mexicano en relación con las atrocidades cometidas no solo en Iguala, sino desde hace décadas atrás. Como era de esperar, este hecho tuvo una trascendencia inmediata en redes sociales, donde no solo se generaron voces de protesta por el derecho a la vida, y el rechazo a la verdad oficial construida a través de la Procuraduría Mexicana. Sino que tuvo un efecto mayor, sumado al de semanas posteriores a la desaparición de los estudiantes en Iguala, pues a raíz de las desapariciones los ciudadanos en diferentes ciudades de México –y del resto del mundo– salieron a las calles a fin de exigir que se lleven a cabo las investigaciones correspondientes, se establezca la verdad acerca de lo sucedida y se haga justicia, todo esto al grito de “¡Vivos se los llevaron, vivos los queremos!” y “Nos faltan 43”²⁷⁹. Esta acción

²⁷⁸ Vid., por ejemplo, “Malala Yousafzai sympathizes with Mexican who disrupted Nobel ceremony”. *Global News*. 11/12/2014. <http://globalnews.ca/news/1721137/malala-yousafzai-sympathizes-with-mexican-who-disrupted-nobel-ceremony/> (acceso: 26/02/2015).

²⁷⁹ Vid., entre otros, “Otra bandera ondeó en Iguala: «Nos faltan 43»”. *La Jornada*. 24/02/2015. <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2015/02/24/otra-bandera-ondeo-en-iguala-nos-faltan-43> (acceso:

de convocatoria a través de una interacción producida por la participación de los sujetos en el ámbito virtual hubiera sido impensable, por ejemplo, en la Argentina de las Madres de la Plaza de Mayo en la década de los ´80 no solo porque las TIC no alcanzaban el grado de desarrollo con el que cuentan el día de hoy; sino porque la acción político-ciudadana tenía como escenario fundamental la convocatoria a las calles y a la plaza pública por medio de una acción más directa persona a persona en un espacio perfectamente localizado y limitado. Quienes podían adherirse a la causa de las Madres de la Plaza de Mayo, y no se encontraban en Buenos Aires lo hacían –repárese nuevamente– en un tiempo diferido a través, por ejemplo, de un documento impreso o un documento audiovisual que necesariamente estaban condicionados por un proceso de producción, realización, edición y distribución de los contenidos con los cuales se convocaba a la adherencia a la causa. Como se ha reiterado varias veces, en la actualidad esa interacción a través de Internet es inmediata y no obedece a fronteras geográficas.

No se debe desestimar los efectos que la interacción de los ciudadanos tiene en Internet, pues en la actualidad es un hecho por demás demostrable la participación y crítica emitida por los mismos en la red influye y cambia las agendas públicas tanto de orden global como local, en el ámbito público y en el privado –basta con mirar la reciente renuncia de quien ejercía el cargo de Procurador General de México a la época de las

27/02/2015); “Uruguay clama por jóvenes mexicanos: «Vivos los llevaron, vivos los queremos»”. *La República*. 17/11/2014. <http://www.larepublica.ec/blog/internacional/2014/11/17/uruguay-jovenes-mexicanos-vivos-llevaron-vivos-queremos/> (acceso: 27/02/2015); “Chicago con #Ayotzinapa a 5 meses de la desaparición forzada”. *Vine*. 27/02/2015. <https://vine.co/v/O2jzix7eW1b> (acceso: 27/02/2015); Tourliere, Mathieu. “Expertos de la CIDH arribarán a México por caso Ayotzinapa”. 27/02/2015. <http://www.proceso.com.mx/?p=397162> (acceso: 27/02/2015).

referidas ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas²⁸⁰—. En consecuencia, no resulta extraño que los gobiernos autoritarios y despóticos realicen cada vez más esfuerzos por imponer restricciones a la interacción de los ciudadanos en Internet en forma de censura, monitoreo y/o filtrado de contenidos, bloqueos de acceso a contenidos determinados o *websites* enteros, imposición de bloqueos a cuentas de usuarios, vigilancia a usuarios, entre otros. Esto es, a mi parecer, inaceptable, tomando en cuenta no solo la trascendencia de Internet para el ejercicio de la libertad de expresión, sino también considerando la importancia que organismos intergubernamentales y, en especial sus órganos especializados en la protección y promoción de los derechos humanos, han reconocido a este canal de comunicación a partir del 2011, incluso declarando el acceso a Internet como un derecho humano básico²⁸¹.

2.2. Funcionamiento de Internet

En el presente acápite se expondrá, en términos generales, los fundamentos básicos respecto del funcionamiento de Internet en base a los criterios de los autores citados en el mismo²⁸². La información contenida en éste —así como en el que sigue— es de orden técnico, necesaria para la comprensión y diferenciación de cómo operan los intermediarios de Internet. En consecuencia, y tomando en cuenta que estos aspectos técnicos no constituyen el núcleo de la presente investigación, se ha considerado pertinente realizar únicamente una

²⁸⁰ Cfr. “Mexico attorney general who handled student massacre probe to step down”. *Reuters*. 27/02/2015. <http://www.reuters.com/article/2015/02/27/us-mexico-attorneygeneral-idUSKBN0LV1HR20150227> (acceso: 27/02/2015).

²⁸¹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. “Reporte del Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de 16 de mayo de 2011”. A/HRC/17/27. http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf (acceso: 01/01/2015).

²⁸² Vid. también, a modo de base, Weber, Sandra. *The Internet*. Philadelphia: Chelsea House Publishers, 2004.

descripción somera y puntual de la terminología y funcionamiento destacando que la presente descripción no pretende, de ninguna manera, ser exhaustiva; sino brindar al lector herramientas básicas para la comprensión de los mismos.

BACKBONE.-

La base de la infraestructura de conectividad de Internet es un sistema de autopistas o rutas denominadas columnas vertebrales o *backbones* que sirven para encauzar todo el tráfico de información que circula red²⁸³. Éstos conforman la autopista o sistema más extenso de redes interconectadas y pertenecen a los proveedores de servicios de Internet (*Internet Service Providers*, o ISP por sus siglas en inglés) que se dedican a conceder licencias para poder acceder a la red²⁸⁴. Estas *backbones* se conectan con otras rutas principales, constituyendo una *superhighway pipeline* “[...] que atraviesa los Estados Unidos y se extiende a Europa, Japón, Asia y el resto del mundo”²⁸⁵.

En Estados Unidos, por ejemplo, estas rutas se interconectan en varios puntos que se conocen como *Metropolitan Area Exchanges* (MAEs), o *Network Access Points* (NAPs) cuya función es conectar el *backbone* a otras redes a través del uso de tecnología y redes de alta velocidad²⁸⁶.

TCP.-

²⁸³ Cfr. Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 40; Shuler, Rus. “How does the Internet Work?”. *Pomeroy*. 2002. <http://web.stanford.edu/class/msande91si/www-spr04/readings/week1/InternetWhitepaper.htm> (acceso: 28/01/2015).

²⁸⁴ Cfr. Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 40; Shuler, Rus. “How does the Internet Work?”. *Óp. cit.*; McNamee, Joe *et al.* “How the Internet Works”. *European Digital Rights: The EDRi papers* 3 (2012), p. 3. https://edri.org/files/2012EDRiPapers/how_the_internet_works.pdf (acceso: 28/01/2015).

²⁸⁵ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 40.

²⁸⁶ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 40; asimismo, *vid.* Shuler, Rus. “How does the Internet Work?”. *Óp. cit.*

El protocolo TCP/IP es el sistema codificador que se utiliza para que los datos que se transfieren entre computadores estén escritos en “lenguaje” electrónico y está compuesto por el *Transmission Control Protocol* y el *Internet Protocol*²⁸⁷. Este protocolo, que es utilizado por todos y cada uno de los ordenadores que envían y reciben datos a través de la red Internet, conforma un “[...] *paquete conector*, un tipo de red que intenta minimizar la posibilidad de perder cualquier dato que se envía por el cableado”²⁸⁸. Si bien no es el único, es el protocolo de Internet más conocido y utilizado²⁸⁹ y tiene la capacidad de, en tan solo segundos,

[...] fragmenta[r] cada pieza de los datos enviados –como un mensaje de e-mail-, agrupándolos en pequeños conjuntos llamados *paquetes*, los cuales, codificados electrónicamente, poseen direcciones *Web* de remitente y destinatario. El protocolo IP reconfigura el dato como se supone que va a ser recibido en el punto A desde el B, atravesando una serie de guías –asemejándose a una oficina de correo tradicional, en especial, a su sección de clasificación. Cada guía examina el destino al cual se dirigen los paquetes que recibe y luego los pasa a otra, hasta que son recibidos en su destino final. Si una ruta no funcionara, se reasignan otras; y una vez que esté verificado por TCP que los paquetes están intactos, éstos se montan para volver a formar el mensaje original²⁹⁰.

WEB.-

Por otro lado, tenemos a la *Web* que, si bien podría confundirse como un sinónimo de Internet, se trata de un concepto diferente²⁹¹. Mientras que Internet, como hemos explicado, es una red que interconecta ordenadores a nivel global a fin de compartir e intercambiar

²⁸⁷ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 50; Shuler, Rus. “How does the Internet Work?”. *Óp. cit.*; Raymond, Eric. *The Unix and Internet Fundamentals HOWTO*. <http://www.tldp.org/HOWTO/Unix-and-Internet-Fundamentals-HOWTO/internet.html> (acceso: 28/01/2015).

²⁸⁸ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 50.

²⁸⁹ *Cfr.* Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 50; Shuler, Rus. “How does the Internet Work?”. *Óp. cit.*; Raymond, Eric. *The Unix and Internet Fundamentals HOWTO. Óp. cit.*

²⁹⁰ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 50.

²⁹¹ *Id.*, p. 52.

información; la WWW “[...] es un subconjunto de Internet [que consiste en] una colección de documentos relacionados [...]” y trabaja en base al protocolo *Hipertext Transfer Protocol* (HTTP)²⁹². En definitiva, “[...] Internet existe independientemente de la red (WWW), pero la red no puede existir sin Internet”²⁹³.

La *Web* funciona a través del uso de lo que vendrían a ser una suerte de páginas individuales que, combinadas, sirven para formar sitios o páginas *web*²⁹⁴. Éstas “[...] se escriben en HTML [o] idioma de señalización de hipertextos que dice al *browser* de la *Web* cómo desplegar la página y sus elementos”²⁹⁵. Así, con el uso de hipervínculos, se puede relacionar dentro de una misma página diferentes tipos de contenidos que pueden tener una ubicación diferente, lo cual evita la necesidad de escribir direcciones completas y exactas para poder acceder a los mismos²⁹⁶. La *web*, valiéndose del HTTP, está en capacidad de desplegar contenidos en diferentes formatos –texto, imagen, audio, video– pues tanto el explorador o *browser* que se utiliza para leer las páginas como los servidores que alojan las mismas y sus contenidos funcionan con el referido protocolo²⁹⁷.

DIRECCIÓN IP.-

Todo esto es posible gracias a las direcciones IP, que consiste en “[...] un sistema de direcciones que cada computadora de la red contabiliza [en el que cada dirección está

²⁹² Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 52; ver también Shuler, Rus. “How does the Internet Work?”. *Óp. cit.*; Raymond, Eric. *The Unix and Internet Fundamentals HOWTO. Óp. cit.*; McNamee, Joe *et al.* “How the Internet Works”. *Óp. cit.*, pp. 8–9.

²⁹³ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 52.

²⁹⁴ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 52; ver también Shuler, Rus. “How does the Internet Work?”. *Óp. cit.*; Raymond, Eric. *The Unix and Internet Fundamentals HOWTO. Óp. cit.*; McNamee, Joe *et al.* “How the Internet Works”. *Óp. cit.*, pp. 8–9.

²⁹⁵ *Ibíd.*

²⁹⁶ *Ibíd.*

²⁹⁷ *Ibíd.*

conformada por] un número de cuatro a doce dígitos, que identifica a una computadora específica conectada a Internet”²⁹⁸. Cada servidor de Internet está identificado con la misma dirección y, las correspondientes a los usuarios, son asignadas por los Proveedores de Servicio de Internet con los que éstos contratan²⁹⁹.

DNS.-

Otro tipo de direcciones de Internet son los nombres de dominio (DNS³⁰⁰ por sus siglas en inglés), que “[...] crean una sola identidad, para una serie de computadoras usadas por una compañía o una institución. De esta manera, mientras en una compañía puede haber treinta y ocho servidores, cada uno con su propia dirección de IP, todos comparten un nombre de dominio común [...]”³⁰¹. Sin embargo,

[...] si queremos conseguir una página específica, almacenada en cualquiera de esas computadoras, necesitaremos una dirección más precisa. Eso es porque cada página *Web*, en Internet, e inclusive los objetos que vemos desplegados delante de cada una de ellas tienen su propia y única dirección como recurso de localización uniforme (*uniform resource locator*: URL), que le dice a nuestro *browser* exactamente por dónde debe seguir el servidor para encontrar una página. Por ejemplo, en el URL <http://www.cnet.com/resources/index.html> tenemos: el protocolo http:/, la dirección del server o dominio /www.cnet.com y el directorio /resources/, en el cual se halla la página index.html³⁰².

²⁹⁸ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 53; también *vid.* Shuler, Rus. “How does the Internet Work?”. *Óp. cit.*

²⁹⁹ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 53; también *vid.* Shuler, Rus. “How does the Internet Work?”. *Óp. cit.*; Zuckerman, Ethan & McLaughlin. *Introduction to Internet Architecture and Institutions*. August, 2003, p. 2. <http://cyber.law.harvard.edu/digitaldemocracy/internetarchitecture.pdf> (acceso: 28/01/2015).

³⁰⁰ El *Domain Name System* “[...] introduce el sistema de direccionamiento actual del tipo máquina.nombre.dominio, donde los dominios inicialmente son .gov, .mil, .edu, .org, .net, .com y códigos de dos letras para identificar a los países [...]”. Delgado Kloos, Carlos y García Rubio, Carlos. “Historia de Internet”. *Óp. cit.*, p. 95.

³⁰¹ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, pp. 53 y 54. *Vid.* también Shuler, Rus. “How does the Internet Work?”. *Óp. cit.*; Zuckerman, Ethan & McLaughlin. *Introduction to Internet Architecture and Institutions. Óp. cit.*, p. 10.

³⁰² Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 54.

INTERCONEXIÓN.-

Actualmente, la conexión de los usuarios a Internet puede darse a través de la conexión a enrutadores o *routers*³⁰³ “[...] mediante la conexión directa de su ordenador a una de las redes conectadas a Internet [...]”³⁰⁴ o a través de la conexión de su propio ordenador con “[...] el servidor de un proveedor de servicios cuya red ya está conectada [...]”³⁰⁵. La mayoría de usuarios accede a Internet en virtud de la segunda alternativa, usando un módem, y gracias a la intermediación de un proveedor de servicios de internet (ISP); más adelante volveremos sobre este punto. Además, la conexión es notablemente más veloz, pues se hace uso de banda ancha para acceder a conexiones de fibra óptica³⁰⁶ que permiten el transporte de los datos, usando los protocolos ya explicados, para mostrar finalmente los mensajes o contenidos.

ARQUITECTURA.-

Los principios en los que se funda la arquitectura de la red de redes que sirven para explicar cómo los mencionados elementos y protocolos interactúan a fin de que los contenidos o datos puedan ser transmitidos a través de Internet son: modularidad, estratificación u extremo a extremo³⁰⁷.

³⁰³ Cfr. Shuler, Rus. “How does the Internet Work?”. *Óp. cit.*; Zuckerman, Ethan & McLaughlin. *Introduction to Internet Architecture and Institutions*. *Óp. cit.*, p. 6.

³⁰⁴ Herranz Conde, Cristina. “Los proveedores de servicios de Internet”. *Régimen Jurídico de Internet*. Cremades, Javier *et al.* (coords.). *Óp. cit.*, p. 795.

³⁰⁵ *Ibíd.*

³⁰⁶ Vid. Cfr. Macharia, Joel. “Internet is no longer a luxury: Fibre-optics could leap-frog Africa into the future”. *Africa Renewal*. April 2014, p. 18. <http://www.un.org/africarenewal/magazine/april-2014/internet-access-no-longer-luxury> (acceso: 30 de diciembre de 2014).

³⁰⁷ Cfr. Van Schewick, Barbara. *Internet Architecture and Innovation*. Cambridge: The MIT Press, 2010, pp. 165 y ss.

El principio de modularidad se refiere a que los diversos componentes o aplicaciones – entendiéndose elementos de *hardware* o de *software*– no se encuentren estrechamente relacionados entre sí; es decir, que estén fragmentados en distintos módulos a fin de que no sean completamente interdependientes entre sí para asegurar un adecuado funcionamiento una vez que éstos se combinen o “trabajen” en conjunto³⁰⁸.

En cuanto al principio de estratificación, por su parte, es el complemento del principio de modularidad, pues determina cómo deben interactuar los elementos clasificados en los distintos módulos a fin de lograr un funcionamiento óptimo de cada una de estas capas o módulos³⁰⁹.

Ahora bien, el principio de extremo a extremo tiene que ver con la definición de las funciones específicas que llevará a cabo cada una de las capas mencionadas y lo que éste propone es una interacción de manera vertical y horizontal de los diferentes módulos o capas con miras a que se logren las transmisiones de datos, en conjunto con la aplicación de los dos principios ya referidos³¹⁰. Este principio de diseño determina en qué puntos habrá más o menos “inteligencia” o funciones cruciales y la idea es que esto ocurra en los extremos³¹¹.

Finalmente, es destacable que no existe un ente de naturaleza gubernamental, académica o empresarial que se dedique a la administración o control de Internet; así como no existe una sola vía o ruta a través de la cual circulan los contenidos –utilizando la

³⁰⁸ *Ibíd.*

³⁰⁹ *Ibíd.*

³¹⁰ *Ibíd.*

³¹¹ *Cfr.* Lessig, Lawrence. “The Internet under Siege”. *Foreign Policy* 127 (2001), pp. 58. <http://www.jstor.org/discover/10.2307/3183294?sid=21105489011021&uid=2&uid=4> (acceso: 29/01/2015).

infraestructura ya referida– y, en consecuencia, “[...] no sería técnicamente factible para una entidad individual controlar toda la información de Internet”³¹². Esta aclaración no solo resulta lógica al hablar de un entorno abierto y pluralista, como lo es Internet; sino que es crucial, pues es necesario tener en cuenta que las autoridades –legislativas, administrativas o judiciales– en el ejercicio de sus competencias deberán siempre tener presente la complejidad y el alto contenido técnico de Internet al analizar la pertinencia o no de sancionar leyes, definir las políticas en relación a la regulación o no de Internet, o bien atribuir responsabilidad jurídica –de cualquier naturaleza– a los intermediarios de Internet en razón de los contenidos publicados o divulgados por sus usuarios. Todo esto, sin perjuicio de que los principios y consideraciones referentes a la compatibilidad –o no– de estas regulaciones o decisiones con el derecho a la libertad de expresión, es decir el problema jurídico sobre el cual recae esta investigación, serán analizados con mayor detalle en líneas siguientes y no son materia del presente apartado.

2.3. Los intermediarios de Internet: proveedores de servicios en Internet (ISP) y operadores de servicios en línea (OSP)

Como se ha hecho mención en líneas anteriores, el avance tecnológico que nos ha permitido potenciar el acceso a Internet, así como las ventajas que el uso de este canal trae aparejadas al momento de comunicarnos e interactuar ha revolucionado esta era y nuestras vidas. Más importante aún que el avance tecnológico es la manera en que los ciudadanos nos hemos apropiado de esa tecnología, para darle los usos que necesitamos, que nos

³¹² Llanea González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 37.

sirven, que nos entretienen y, sobre todo, que nos fortalecen y reivindican como ciudadanos activos y participativos.

Estamos, literalmente, frente a una revolución de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, tal como lo fue en su momento la revolución industrial, en la cual la innovación y la rapidez en las comunicaciones son cruciales y tienen un crecimiento sin precedentes. Sin embargo, a pesar de utilizar Internet –de una u otra manera– de manera habitual y permanente, la mayoría de usuarios tenemos desconocimiento casi completo acerca de las especificidades y aspectos técnicos que permiten la el funcionamiento de este canal para la comunicación.

La interconexión a través de Internet funciona gracias a “[...] una amplia variedad de avenidas de acceso al ciberespacio en general y a Internet en particular”³¹³. Existen dos métodos que permiten acceder a la conexión de Internet a saber: (i) a través de una “[...] terminal que esté directa y permanentemente conectada a una red de ordenadores que, a su vez, se encuentra directa o indirectamente conectadas a Internet [...]”³¹⁴; o (ii) mediante una computadora personal con módem, que utilice una línea de transmisión “[...] con conexión a un ordenador conectado, a su vez, a una red de ordenadores que, directa o indirectamente, se encuentran conectados a Internet”³¹⁵. En este último supuesto,

[...] la conexión a Internet se realiza a través de un operador de servicios de Internet (*Internet Service Provider* o ISP) que se encuentra conectado a la red global a través de cuya conexión se encamina el tráfico procedente de la nueva red agregada³¹⁶.

³¹³ *Id.*, p. 81.

³¹⁴ *Ibíd.*

³¹⁵ *Ibíd.*

³¹⁶ *Ibíd.*

En consecuencia, todo el intercambio de datos que tiene lugar en Internet no es más que la suma de todo el tráfico virtual de información de la gran cantidad de ISP existentes a nivel mundial³¹⁷. Este tráfico se encuentra concentrado en lo que algunos autores denominan puntos neutros³¹⁸. Es en estos puntos neutros donde es posible “[...] negociar mejores condiciones con los suministradores de infraestructuras de transporte o *carriers*”³¹⁹.

Por otro lado, el *backbone* es una red de infraestructuras de banda ancha, “[...] basadas en fibra óptica que recorren los principales puntos de concentración de tráfico de cada continente, gestionadas por contados operadores en el mundo”³²⁰. Los ISP, al prestar sus servicios, permiten que cualquiera de las subredes que estén conectadas y dependan de Internet puedan acceder a éste simplemente con el uso de un protocolo IP³²¹. Además, dado que los únicos obstáculos o limitaciones existentes son los impuestos por el propio titular de la red superior, la cantidad de redes conectadas a Internet se ha incrementado considerablemente³²². Adicionalmente, los diferentes ISP que permiten el acceso y conexión a Internet tienen distintas funciones y responsabilidades, lo cual ha permitido la organización eficiente de Internet³²³. Todo esto es posible gracias a la intervención de los

³¹⁷ Cfr. Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 81; Zuckerman, Ethan & McLaughlin. *Introduction to Internet Architecture and Institutions. Óp. cit.*, p. 13.

³¹⁸ Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 81.

³¹⁹ *Ibíd.*

³²⁰ Cfr. Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 81; Zuckerman, Ethan & McLaughlin. *Introduction to Internet Architecture and Institutions. Óp. cit.*, p. 2.

³²¹ Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 81.

³²² *Ibíd.*

³²³ Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 81. Sobre los diferentes tipos de intermediarios y sus funciones *vid.* por ejemplo *Communications Decency Act*, 47 U.S.C. §230 (f); *Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. §512 (k); Directiva Europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, (2000), punto considerativo (18).

OSP que ofrecen servicios de distinta índole como por ejemplo motores de búsqueda, servicio de correo electrónico, de mensajería instantánea, explorador *web*, de almacenamiento masivo, blogs, entre otros³²⁴; en suma, son servicios que permiten el acceso y el intercambio a datos, audio, voz, imagen, video.

En definitiva, existe una “[...] separación entre redes y servicios [...]”³²⁵ y, consecuentemente, cada uno de los múltiples servicios necesarios está sostenido por una red “[...] mediante los protocolos específicos para cada [uno de éstos]”³²⁶. En ese orden de ideas, hay varios “[...] agentes que intervienen o pueden intervenir en la interconexión de redes, máquinas y en la provisión de servicios y contenidos”³²⁷. Si bien existen diferentes denominaciones para éstos, la diferencia radica en las especificidades de los servicios que prestan y en sus funciones³²⁸. Es preciso tener claro que la lista de ISP y OSP que se expone a continuación no es una lista taxativa –así como la terminología podría variar dependiendo de los autores o las leyes específicas– y, a los efectos que persigue esta

³²⁴ *Vid.*, por ejemplo, Comisión Europea, Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29. “Privacidad en Internet: -Enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea-”. 5063/00/ES/FINAL WP 37. Adoptado el 21 de noviembre de 2000, pp. 12-15. <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2000/wp37es.pdf> (acceso: 29/01/2015); y, Lipszyc, Delia. “Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional”. *XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital” organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España y Ministerio de Industria y Comercio de la República de Paraguay en Asunción, 7 a 11 de noviembre 2005*. OMPI-SGAE/DA/ASU/05/7, 3 de noviembre de 2005, p. 2-5. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_7.pdf (acceso: 29/01/2015).

³²⁵ Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 82.

³²⁶ *Ibíd.*

³²⁷ *Ibíd.*

³²⁸ Herranz Conde, Cristina. “Los proveedores de servicios de Internet”. *Óp. cit.*, p. 793.

investigación, se describirá brevemente las funciones de los más relevantes al hablar de responsabilidad de intermediarios de Internet por contenidos publicados por sus usuarios.

2.3.1. Proveedores de conexión y acceso

Los proveedores de conexión, en términos generales, son los encargados de facilitar “las conexiones de telecomunicaciones”³²⁹. Este tipo de intermediario es el que hace posible que “[...] un determinado usuario se conecte con la red Internet [...]” habilitando el acceso necesario para ello³³⁰. Estos proveedores de acceso (IAP por sus siglas en inglés) “[...] proporciona[n] la red de acceso que conecta a los usuarios lineales con los ISP, a través de redes públicas”³³¹. A estos intermediarios también se los conoce como *carriers* –de acceso-, o como ISP (en su acepción restringida) y su función, en otras palabras, es la de “realiza[r] la simple transmisión y distribución de la información”³³². Es decir, son los encargados de conectar a los usuarios con Internet³³³.

Algunos de éstos pueden ofrecer otro tipo de servicios, como el de “[...] almacenamiento de contenidos producidos por el propio servidor, por los usuarios o por terceros”³³⁴.

2.3.2. Proveedores de tránsito

Cuando hablamos de *carriers* –de tránsito- nos referimos a

[...] los operadores de telecomunicaciones que disponen de grandes redes públicas de datos que se interconectan entre sí creando una gran red abierta que, junto con otras redes

³²⁹ Hocsman, Heriberto Simón. *Negocios en Internet... Óp. cit.*, p. 319.

³³⁰ *Ibíd.*

³³¹ Llanaza González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 82.

³³² Hocsman, Heriberto Simón. *Negocios en Internet... Óp. cit.*, p. 319.

³³³ Llanaza González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 82.

³³⁴ Hocsman, Heriberto Simón. *Negocios en Internet... Óp. cit.*, p. 319.

conectadas conforman la gran red de redes, Internet. Dicho de otro modo, el *carrier* y operador de telecomunicaciones realiza el transporte de la información por su red y da acceso a Internet a los proveedores de servicios de Internet”³³⁵.

Los “[c]oncentradores del Tráfico en Internet u operadores de *backbone*” son los que “suministra[n] la infraestructura de transporte para la conexión de la red Internet de los ISP y de los grandes usuarios de la misma”³³⁶, siendo el complemento necesario de los intermediarios de acceso. Esto sucede debido a que

[e]l proveedor de servicios se conecta normalmente a Internet a través de un circuito de datos dedicado que contrata con un *carrier*. Dicho circuito suele ser una línea punto a punto que conecta el nodo del proveedor de servicios con el nodo del *carrier* mediante redes específicamente diseñadas para la transmisión de datos en modo paquete (denominadas Redes *Frame Relay*), consiguiendo que la transmisión sea más fiable y a velocidades más altas. De esta forma, se crea un Canal Virtual Permanente [CVP]”³³⁷.

Este CVP no es más que “[...] un protocolo orientado a la tecnología de conmutación de paquetes ofrecido por las compañías telefónicas para proporcionar [...] conexiones digitales más eficientes de un punto a otro”³³⁸.

2.3.3. Proveedores de alojamiento

Los proveedores de servicios de alojamiento, o de *hosting*, facilitan la prestación de distintos servicios, como podrían ser *websites*, correo electrónico, mensajería instantánea, noticias, entre otros, “[...] mediante el alquiler de la capacidad de los servidores y de las comunicaciones”³³⁹. El hospedaje, almacenamiento o *hosting* “[c]onsiste en el alojamiento en el servidor del proveedor de servicios de la información (personal o empresarial) que el

³³⁵ Herranz Conde, Cristina. “Los proveedores de servicios de Internet”. *Óp. cit.*, p. 796.

³³⁶ Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales...* *Óp. cit.*, p. 82.

³³⁷ Herranz Conde, Cristina. “Los proveedores de servicios de Internet”. *Óp. cit.*, p. 796.

³³⁸ *Ibíd.*

³³⁹ Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales...* *Óp. cit.*, p. 82.

destinatario del servicio o cliente quiere poner a disposición de los usuarios de Internet”³⁴⁰. Sin este servicio, los potenciales *websites* que no cuenten con la infraestructura y capacidad técnica necesaria para almacenar en un servidor sus propios contenidos, simplemente no podrían existir en la red. Estos servicios no se limitan al mero almacenamiento, sino que se extienden a, y hacen posible, la gestión, mantenimiento y actualización de la página *web*³⁴¹.

2.3.4. Motores de búsqueda

Los buscadores, o motores de búsqueda, son operadores de servicios que permiten a los usuarios buscar, dentro del universo de miles de millones de sitios *web* que se encuentran almacenados en la red de redes, lo que los referidos usuarios estén intentando encontrar a través del uso de palabras clave³⁴². Estos sitios se encuentran indexados a los sistemas o programas que utilizan estos motores lo cual hace posible que éstos aparezcan en los resultados de una búsqueda, utilizando los protocolos, algoritmos y demás especificaciones técnicas que correspondan, sin intervención humana –excepto la del usuario que delimita su búsqueda con el uso las referidas palabras clave–³⁴³. De no existir éstos, los usuarios “[...] estaríamos limitados a encontrar información escribiendo en un navegador los nombres de dominios de las páginas web que conocemos y buscando dentro de cada página la

³⁴⁰ Herranz Conde, Cristina. “Los proveedores de servicios de Internet”. *Óp. cit.*, p. 798.

³⁴¹ Hocsmán, Heriberto Simón. *Negocios en Internet... Óp. cit.*, p. 116.

³⁴² Cfr. Stark, Natalia. *Motores de búsqueda en Internet*. Universidad Nacional de Luján. 10/11/2001, p. 1 y 2. <http://www.unlu.edu.ar/~tyr/tyr/TYR-motor/stark-motor.pdf> (acceso: 29/01/2015).

³⁴³ Cfr. Stark, Natalia. *Motores de búsqueda en Internet*. *Óp. cit.*, p. 1 y 2; Less Andrade, Pedro. “Funcionamiento de Motores de Búsqueda y Tecnología de Google”. *Información sobre iniciativas y actividades de Google en Latinoamérica*. 16/10/2008. <http://googleamericalatinablog.blogspot.com/2008/10/funcionamiento-de-los-motores-de.html> (acceso: 29/01/2015).

información que realmente nos interesa [...]”³⁴⁴; sin la ayuda de éstos, evidentemente, no podríamos acceder a la misma cantidad de información a la que accedemos hoy por hoy, menos aún con la misma rapidez.

2.3.5. Proveedores de contenido

De otro lado, existen también los proveedores de contenidos que son los que “[...] genera[n] información en forma de páginas *web*, vídeo, audio, noticias, para su puesta a disposición del público en un servidor de Internet”³⁴⁵. Estos contenidos, ofrecidos a los usuarios, “[...] pueden ser producidos por el proveedor o un tercero, asumiendo [o no] la responsabilidad editorial de ellos”³⁴⁶. Este es el eslabón más abierto de “[...] la cadena de valor de los servicios de Internet [...]” y, en consecuencia, es el más difícil de definir, pues los contenidos pueden extenderse en cuanto a forma y fondo a una infinidad de opciones³⁴⁷. En esta clasificación se encuentran, por ejemplo, las redes sociales, los *websites* de todo tipo, los blogs, las páginas de medios de comunicación tradicionales, entre otros.

En resumen, los ISP son los encargados de proveer toda la infraestructura –entiéndase tuberías o *plumbing*, cableado, etc.– a fin de direccionar todo el tráfico en la red para que los OSP puedan ofertar sus servicios a los usuarios –que son los que finalmente nosotros tal calidad percibimos–. Respecto a estos agentes, es preciso considerar que la agrupación en categorías se realiza a efectos de posibilitar una mejor comprensión de los roles inherentes

³⁴⁴ Cfr. Less Andrade, Pedro. “Funcionamiento de Motores de Búsqueda y Tecnología de Google”. *Óp. cit.*

³⁴⁵ Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales...* *Óp. cit.*, p. 82.

³⁴⁶ Hocsmán, Heriberto Simón. *Negocios en Internet...* *Óp. cit.*, p. 319.

³⁴⁷ Rodríguez Illera, Reinaldo. “Internet y Telecomunicaciones: El reparto de la cadena de valor”. *Régimen Jurídico de Internet*. Cremades, Javier *et al.* (coords.). *Óp. cit.*, p. 155.

a cada actividad de intermediación: sin embargo, estas actividades no son exclusivas entre sí y un mismo intermediario podría estar incluido en más de una categoría en la medida en que preste más de uno de los servicios o cumpla más de una de las funciones ya expresadas. Por otro lado, es crucial tener en cuenta que los intermediarios de Internet utilizan en la gran mayoría de sus actividades sistemas o aplicaciones automáticas en lugar de funcionar con intervención humana³⁴⁸. Finalmente, cabe aclarar que para los efectos que nos ocupan en la presente investigación se considerará como intermediarios a los agentes que se dediquen a prestar estos servicios o a realizar estas actividades respecto de contenidos que son elaborados por sí mismos en el marco de esa actividad específica; sino que se los considerará cuando estamos ante supuestos en los que éstos permiten el acceso, transportan, alojan, indexan o hacen disponible los contenidos de terceros³⁴⁹.

2.4. Internet y Libertad de Expresión

Internet es un espacio que no está limitado por fronteras geográficas y supone un foro completamente innovador para la comunicación, que permite la trasmisión y recepción de ideas, opiniones, expresiones artísticas, información y, en definitiva, de cualquier tipo de contenidos a una velocidad impresionante. A través de la diversidad de páginas *web*, correo electrónico, sistemas de mensajería instantánea, redes sociales, aplicaciones, entre otros, y

³⁴⁸ Perset, Karine. *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2010. DSTI/ICCP(2009)9/FINAL, p. 10. <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf> (acceso: 31/01/2015).

³⁴⁹ En similar sentido *vid. Cfr.* Perset, Karine. *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2010. DSTI/ICCP(2009)9/FINAL, p. 10. <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf> (acceso: 31/01/2015).

The following activities are not considered as within the scope of "Internet intermediaries" in this report: Internet publishing and broadcasting providers that are not intermediaries, i.e. that publish or broadcast their own content via the Internet [...].

con el avance tecnológico que atravesamos, estamos solamente a unos cuantos botones y segundos de distancia de toda la información que podamos imaginar.

Empero, las grandes modificaciones en las vigencias sociales hacen necesario que el Derecho se adapte a las mismas. Así, “Internet como [...] cualquier red o espacio abierto de acceso a la información o a la distribución, [...] supone un cambio crucial en las relaciones sociales que afecta también al ámbito jurídico”³⁵⁰. Esto implica, evidentemente, que además de la suerte de regulaciones a las que está sujeto Internet que se han mencionado líneas atrás, “esta nueva dimensión [en la cual nos desenvolvemos] trae aparejada una nueva categoría de derechos a proteger”³⁵¹.

Dado que Internet es un espacio que permite ejercer derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la libertad de expresión, “la soberanía de los Estados ha encontrado en Internet un obstáculo: la libertad en la red se ha convertido en una manifestación decisiva de las libertades públicas, en una nueva expresión de las garantías de los ciudadanos”³⁵².

Por consiguiente, es de suma importancia analizar, visibilizar y priorizar

[...] la defensa de las libertades en las redes abiertas de comunicación, pues esta libertad en estado puro comienza a constituir un reto para los gobiernos que quieren ver en las razones de interés general y seguridad pública una justificación o legitimidad para controlar la localización y el acceso de información en la red, así como una necesidad de identificar a los usuarios que envían determinados mensajes o acceden a un sitio de Internet concreto³⁵³.

A través de Internet, la libertad de expresión se potencia, pues esta herramienta facilita el acceso a información y contenidos publicados por otros, así como la difusión de los

³⁵⁰ Moles Plaza, Ramón J. *Derecho y control en Internet. La regulabilidad en Internet. Óp. cit.*, p. 15.

³⁵¹ Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet. Óp. cit.*, p. 64.

³⁵² Moles Plaza, Ramón J. *Derecho y control en Internet. La regulabilidad en Internet. Óp. cit.*, p. 21.

³⁵³ *Id.*, p. 22.

contenidos o ideas propios y así, “[...] teóricamente, se alcanzaría el ideal democrático de la información como bien común, accesible para todos y susceptible de ser suministrada por todos al común de la ciudadanía”³⁵⁴.

Como se ha reiterado a lo largo de este documento, la libertad de expresión es esencial para el desarrollo y fortalecimiento de una sociedad democrática. En ese sentido, no solamente es fundamental el hecho de que todos pueden acceder y suministrar información; sino que, además, todos pueden expresar sus opiniones acerca de la información a la que acceden. El estar bien informados, así como la emisión de opiniones, da pie al debate esencial para el funcionamiento de la democracia y la garantía del pluralismo.

Lo ocurrido durante las “Primaveras Árabes”, que se iniciaron a finales del año 2010 es un claro ejemplo de ello. Con este término se conoce a las revoluciones democráticas que tuvieron lugar en ciertos países árabes en las cuales la sociedad civil se alzó en protestas contra los regímenes despóticos y autoritarios, demandando un cambio hacia la democracia y respeto a los derechos humanos fundamentales. Muchos analistas están de acuerdo en que este movimiento comenzó con la difusión en Internet del video en que un joven vendedor de frutas en Túnez se prendió fuego a sí mismo frente a un edificio del gobierno en señal de protesta por la corrupción y abusos del régimen vigente a la época³⁵⁵. Ese hecho desencadenó una serie de protestas y levantamientos contra los gobiernos en “[...] Túnez[,] Argelia, Líbano, Jordania, Mauritania, Sudán, Omán, Arabia Saudí, Egipto, Siria, Yemen,

³⁵⁴ Gutiérrez, José Luis. “Internet y la libertad de expresión”. *Régimen Jurídico de Internet*. Javier CREMADES *et al.* (coords.). Madrid: La Ley, 2002, p. 155.

³⁵⁵ *Cfr.* Revilla, Marisa y Hovanyi, Réka. “La “primavera árabe” y las revoluciones en Oriente Medio y Norte de África: episodios, acontecimientos y dinámicas” presentado en *XI Congreso Español de Sociología, GT 20. Movimientos Sociales, Acción Colectiva y Cambio Social* (2013), p. 1. <http://www.fes-web.org/uploads/files/modules/congress/11/papers/1895.pdf> (Acceso: 2 de enero de 2015).

Yibuti, Irak, Somalia, Bahreín, Libia, Kuwait y Marruecos”³⁵⁶. Los diversos acontecimientos que ocurrieron en cada uno de estos países, y sus respectivas consecuencias, merecen cada uno si propia historia y análisis y no son objeto de la presente tesina. Sin embargo, todos ellos tienen en común no solamente el haber “[...] transformado [de una u otra manera] las dinámicas políticas de [esos países]”³⁵⁷; sino también el rol clave y efecto catalizador que tuvo Internet en estas manifestaciones. La

[...] creciente importancia de Internet y los cauces que ofrece (a través de blogs y redes sociales, por ejemplo) para estructurar, coordinar y mejorar las capacidades de reacción de los movimientos de oposición, por un lado; y de mantener el contacto con el exterior, tanto para sortear el bloqueo informativo al que puede someter un régimen dictatorial a sus ciudadanos y a las sociedades occidentales, como para romper el aislamiento impuesto por una dictadura a sus disidentes³⁵⁸.

Si bien el uso de Internet ha sido crucial para evadir o restar eficacia a los medios más usuales o tradicionales de censura; lamentablemente, los avances que ha tenido la red de redes han servido también como instrumentos de represión y censura. Así, “[d]esde los inicios de las revueltas, hasta hoy en día, los gobiernos bloquean las cuentas y el acceso a Internet todas las veces que pueden hacerlo, piden información y datos sobre los usuarios [...]”³⁵⁹. De manera similar, tanto los ISP como los gobiernos cuentan con la posibilidad de monitorear cada movimiento de los usuarios gracias a puntos centrales en la infraestructura

³⁵⁶ *Id.*, p. 2.

³⁵⁷ *Id.*, p. 4.

³⁵⁸ Cordero Fuertes, Juan Antonio. “Tentativas de control de Internet durante las primaveras árabes: el caso de Egipto”. *IV Jornadas de Estudios de Seguridad, Instituto Universitario “Gutiérrez Mellado”/UNED* (2012), p. 3.
http://www.academia.edu/1885766/Tentativas_de_control_de_Internet_durante_las_primaveras_%C3%A1rabes_el_caso_de_Egipto (Acceso: 30 de diciembre de 2014).

³⁵⁹ Revilla, Marisa y Hovanyi, Réka. “La “primavera árabe” y las revoluciones en Oriente Medio y Norte de África: episodios, acontecimientos y dinámicas”. *Óp. cit.*, p. 12.

de Internet, lo cual excede el mero monitoreo o filtrado de contenidos³⁶⁰. Estas nuevas formas de censura van incluso más allá, por ejemplo, durante la Primavera Árabe, el régimen de Hosni Mubarak, en Egipto ordenó a empresas de telecomunicación deshabilitar completamente el acceso a Internet a través de conexiones de banda ancha fija o móvil³⁶¹, desconectando por completo a su país del resto del mundo, físico y digital.

Ahora bien, es de destacar no solamente que el acceso a Internet es un derecho humano en sí mismo, sino también que los seres humanos somos titulares de nuestros derechos tanto en línea como cuando no estamos conectados a Internet y, en ese sentido, todos estos derechos deben ser protegidos en ambas circunstancias³⁶². Esto tiene particular relevancia con respecto al derecho a la libertad de expresión que, como se ha mencionado, se potencia con el uso de Internet como herramienta de comunicación. Además, es necesario tomar en cuenta que el rápido crecimiento y desarrollo de las TIC también posibilita la capacidad de control o vigilancia sobre los ciudadanos, lo que constituye un altísimo riesgo de potencial vulneración del derecho a la intimidad, también un derecho fundamental inherente a la dignidad humana³⁶³ reconocido en instrumentos internacionales de Derechos Humanos³⁶⁴.

³⁶⁰ Pouwelse, Johan. “Moving Toward a Censorship-free Internet”. *The IETF Journal* 8 (2012), p. 16. <http://www.internetsociety.org/sites/default/files/pub-IETFJv8.2-20121012-en.pdf> (Acceso: 30 de diciembre de 2014).

³⁶¹ *Ibíd.*

³⁶² Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. “The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet” 29 de junio de 2012. A/HRC/20/L.30, p. 2. http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.doc (acceso: 01 de enero de 2015).

³⁶³ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. “El derecho a la privacidad en la era digital de 20 de noviembre de 2013”. A/C.3/68/L.45/Rev.1, p. 1. http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.3/68/L.45/Rev.1&referer=http://www.article19.org/resources.php/resource/37593/en/63-civil-society-groups-call-on-un-to-protect-free-expression-online&Lang=S (acceso: 02 de enero de 2015).

³⁶⁴ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). Artículo V; Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Artículo 12; Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y

A mediados del 2014, la organización no gubernamental *Article 19*, en representación de 63 organizaciones de la sociedad civil, solicitó al Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas que recuerde a los Estados su obligación de “[...] promover y facilitar un acceso a Internet universal, equitativo, asequible y de alta calidad, basándose en los derechos humanos, el Estado de Derecho y la neutralidad en la red, incluso durante épocas de disturbios”³⁶⁵. Además, recalcó la necesidad de condenar los bloqueos a las comunicaciones, la vigilancia a los usuarios, la recolección, procesamiento e interceptación de todas las formas de comunicación en tanto son en esencia desproporcionadas y constituyen una vulneración de derechos fundamentales como la libertad de expresión, asociación y reunión³⁶⁶. Asimismo, instó a dicho organismo a conminar a los Estados a tomar las acciones pertinentes para garantizar una efectiva protección a estos derechos en las interacciones de los ciudadanos en Internet³⁶⁷.

Por otro lado, los relatores especiales para la libertad de expresión de la ONU, de las Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), de la OEA y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), en su declaración conjunta del 6 de mayo de 2014 abordaron, entre otros temas, el “[...] rol clave [de Internet] para posibilitar la universalidad de la libertad de expresión”³⁶⁸. De la misma

de las Libertades Fundamentales (1950). Artículo 8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Artículo 17; y, Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 12.

³⁶⁵ Smith, Andrew. *The Internet and Human Rights*. Declaración conjunta presentada en la 26ª sesión del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (2014), p. 1. http://www.article19.org/data/files/annual_reports_and_accounts/Oral_Statement.pdf (Acceso: 2 de diciembre de 2014). Traducción libre.

³⁶⁶ *Ibíd.*

³⁶⁷ *Ibíd.*

³⁶⁸ *Declaración Conjunta sobre universalidad y el derecho a la libertad de expresión*. Firmada por Relator Especial sobre la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, el Representante para la Libertad de

manera, en este instrumento se exponen los principios aplicables al hablar de libertad de expresión en Internet, entre ellos: que Internet es sujeto de protección, en tanto canal que permite el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; que toda restricción a este derecho deberá aplicarse con especial cautela, y se deberán considerar que una restricción en una jurisdicción determinada podría tener efectos en otras; y, que es deber especial de los Estados la promoción activa de un acceso universal a Internet, con completo apego y respeto al principio de neutralidad en la red, la no discriminación, entre otros³⁶⁹.

En ocasiones anteriores estas autoridades en materia de libertad de expresión han publicado declaraciones conjuntas similares y las que se refieren de manera directa al ejercicio de este derecho en Internet son las de los años 2001³⁷⁰, 2005³⁷¹, 2010³⁷², 2011³⁷³, 2012³⁷⁴, 2013³⁷⁵ y 2014³⁷⁶.

Prensa de la OSCE, la Relatora Especial sobre la Libertad de Expresión de la OEA y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la CADHP el 6 de mayo de 2014, literal h).

³⁶⁹ *Declaración Conjunta sobre universalidad y el derecho a la libertad de expresión. Óp. cit.*, literal h) incisos i), ii) y iii).

³⁷⁰ *Declaración Conjunta sobre Desafíos a la Libertad de Expresión en el nuevo siglo.* Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión en el año 2001.

³⁷¹ *Declaración Conjunta sobre Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión.* Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión el 21 de diciembre de 2005.

³⁷² *Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década.* Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos el 2 de febrero de 2010 y *Declaración Conjunta sobre Wikileaks.* Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Expresión y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 21 de diciembre de 2010.

En estas declaraciones, los Relatores Especiales han establecido ciertos lineamientos que tienen especial relevancia al analizar el derecho a la libertad de expresión en Internet. En primer lugar, han reconocido la creciente importancia de Internet para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión³⁷⁷ y la necesidad de protegerlo³⁷⁸. También han recalcado que este derecho puede ejercerse en cualquier medio –o canal– de comunicación, entre ellos Internet³⁷⁹ y que las normas que establezcan los Estados como restricciones legítimas a la libertad de expresión, dentro del marco de lo permisible, deberán ser normas generales y de ninguna manera se deben adoptar normas específicas para restringir el contenido de Internet³⁸⁰.

³⁷³ *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Firmada... el 1 de junio de 2011. *Óp. cit.*

³⁷⁴ *Declaración Conjunta realizada por el Relator Especial de Naciones Unidas (ONU) ...* el 20 de enero de 2012. *Óp. cit.*

³⁷⁵ *Declaración Conjunta sobre Programas de Vigilancia y su Impacto en la Libertad de Expresión*. Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión el 21 de junio de 2013.

³⁷⁶ *Declaración Conjunta sobre universalidad y el derecho a la libertad de expresión*. *Óp. cit.*

³⁷⁷ *Declaración Conjunta sobre Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión*. *Óp. cit.*; *Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década*. *Óp. cit.*; *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Firmada... el 1 de junio de 2011. *Óp. cit.*; y, *Declaración Conjunta realizada por el Relator Especial de Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y Expresión y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA* el 20 de enero de 2012.

³⁷⁸ *Declaración Conjunta sobre Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión*. Firmada ... el 21 de diciembre de 2005. *Óp. cit.*

³⁷⁹ *Declaración Conjunta sobre Desafíos a la Libertad de Expresión en el nuevo siglo*. Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión en el año 2001.

³⁸⁰ *Declaración Conjunta sobre Desafíos a la Libertad de Expresión en el nuevo siglo*. Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión en el año 2001.

En ese sentido, han destacado que cualquier restricción que se pretenda imponer al ejercicio al derecho de libertad de expresión en Internet, además de cumplir con el test tripartito de legitimidad, deberá adoptarse tomando en cuenta la particular naturaleza del Internet³⁸¹. Así, al examinar la proporcionalidad de dicha restricción, deberá “[...] ponderar[se] el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses”³⁸². En consecuencia, los estándares y enfoques aplicables a medios de comunicación tradicionales no pueden ser simplemente replicados para Internet³⁸³, pues este medio supone desafíos particulares para la defensa y protección efectiva de la libertad de expresión.

Asimismo, los Relatores Especiales han dejado claro que los organismos de regulación y control de Internet deberán ser “[...] protegidos de la interferencia política y comercial del gobierno [...] y que l]a regulación a nivel nacional de los nombres de dominio de Internet nunca debe ser utilizada como un medio para controlar su contenido”³⁸⁴.

³⁸¹ *Declaración Conjunta sobre Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión*. Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión el 21 de diciembre de 2005; y, *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) el 1 de junio de 2011, punto 1, literal a.

³⁸² *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Firmada... el 1 de junio de 2011, *Óp. cit.*, punto 1, literal b.

³⁸³ *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Firmada... el 1 de junio de 2011, *Óp. cit.*, punto 1, literal c.

³⁸⁴ *Declaración Conjunta sobre Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión*. Firmada... el 21 de diciembre de 2005.

Paralelamente, han señalado que no se deberá requerir la obtención de registros, permisos o licencias para operar sitios de Internet o cualquier otro medio que sirva para la difusión de contenidos, con la sola excepción de los registros necesarios “[...] por razones puramente técnicas [...]” como, por ejemplo, el registro de nombres de dominio³⁸⁵. Este tipo de limitaciones han sido consideradas como ilegítimas³⁸⁶ en la medida en que inhiben el pleno ejercicio del derecho de recibir y difundir ideas, expresiones y opiniones y restringen el pluralismo informativo³⁸⁷.

Además, han expresado la necesidad de que se promueva la accesibilidad universal a Internet³⁸⁸, incluso a través “[d]el apoyo al establecimiento de centros de tecnología de las comunicaciones y la información”³⁸⁹ y de la asignación de recursos suficientes para, por ejemplo, establecer “[...] puntos de acceso en la vía pública [...]”³⁹⁰. Los Relatores Especiales han reafirmado la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas que garanticen la accesibilidad³⁹¹ y disminuyan la brecha digital entre los sectores más

³⁸⁵ *Declaración Conjunta sobre Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión*. Firmada... 21 de diciembre de 2005. *Óp. cit.*

³⁸⁶ *Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década*. Firmada el 2 de febrero de 2010. *Óp. cit.*

³⁸⁷ *Ibíd.*

³⁸⁸ *Declaración Conjunta sobre Desafíos a la Libertad de Expresión en el nuevo siglo*. Firmada... en el año 2001. *Óp. cit.*, Asimismo, *vid.* Internet Rights and Principles Coalition. *10 Internet Rights and Principles*. http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2014/06/IRPC_10RightsandPrinciples_28May2014-11.pdf (acceso: 27/02/2015).

³⁸⁹ *Declaración Conjunta sobre Desafíos a la Libertad de Expresión en el nuevo siglo*. Firmada... en el año 2001. *Óp. cit.*

³⁹⁰ *Declaración Conjunta sobre Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión*. Firmada... el 21 de diciembre de 2005. *Óp. cit.*

³⁹¹ Internet Rights and Principles Coalition. *10 Internet Rights and Principles*. http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2014/06/IRPC_10RightsandPrinciples_28May2014-11.pdf (acceso: 27/02/2015).

favorecidos y los más vulnerables y marginados³⁹² en la medida en que el acceso a Internet contribuye, además, el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el derecho al trabajo, el derecho de asociación y reunión, el derecho a la educación, a la salud, entre otros³⁹³.

Por otra parte, los Relatores Especiales han expresado su preocupación por los medios ilegítimos que los Estados han utilizado para restringir la libertad de expresión en línea³⁹⁴, como por ejemplo: la imposición de *firewalls* y filtros, con fines de fragmentar la red³⁹⁵; los bloqueos estatales a dominios y páginas *web* con determinados contenidos que puedan resultar incompatibles con los ideales de los gobiernos³⁹⁶; y, la adopción de normas ambiguas u oscuras que, entre otras cosas, permitan que se lleven a cabo varios litigios o que no establezcan con claridad la jurisdicción competente³⁹⁷. Otras formas de restricción ilegítima son: el impedir a poblaciones o grupos sociales enteros el acceso a Internet, o imponerles reducciones en la velocidad del mismo, lo cual no se encuentra justificado, aun cuando existiere el alegado propósito de precautelar la seguridad nacional o el orden

³⁹² *Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década*. Firmada... el 2 de febrero de 2010. *Óp. cit.*

³⁹³ *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Firmada... el 1 de junio de 2011. *Óp. cit.*

³⁹⁴ *Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década*. Firmada... el 2 de febrero de 2010, *Óp. cit.*, punto 9; y, *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Firmada... el 1 de junio de 2011.

³⁹⁵ *Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década*. Firmada... 2 de febrero de 2010, *Óp. cit.*, punto 9 literal a).

³⁹⁶ *Ibíd.*

³⁹⁷ *Ibíd.*

público³⁹⁸ y, la imposición de sanciones que constituyan un impedimento al acceso a Internet³⁹⁹.

En atención a esto, también han desarrollado una serie de principios aplicables. Por ejemplo, que

[l]as personas no deben ser consideradas responsables por el contenido de Internet que no es de su autoría, a menos que hayan adoptado el contenido como propio o se hayan negado a obedecer una orden de un tribunal para remover ese contenido. [Adicionalmente, l]a jurisdicción en casos relativos a Internet debe restringirse a aquellos Estados en los que el autor se haya establecido o a los cuales el contenido se haya dirigido específicamente; no debe establecerse la jurisdicción en un Estado simplemente porque el contenido haya sido descargado allí⁴⁰⁰.

Asimismo, recomiendan que la competencia para conocer causas relacionadas con libertad de expresión en Internet deberá radicarse, de manera exclusiva, en el Estado que tenga el vínculo más estrecho con la controversia a fin de evitar el *fórum shopping*; la competencia deberá establecerse ya sea por el domicilio del autor, porque el contenido se publicó desde ese Estado o sus efectos potencialmente lesivos se generaron en éste⁴⁰¹. Además, en el evento de discursos o contenidos publicados “[...] con el mismo formato y en el mismo lugar, los plazos para la interposición de acciones judiciales deberían computarse desde la primera vez que fueron publicados [...]” y se debe garantizar que solamente sea posible la presentación de una única acción por daños causados por dichos

³⁹⁸ *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Firmada... el 1 de junio de 2011, *Óp. cit.*, punto 6 literal b).

³⁹⁹ *Id.*, punto 6 literal c).

⁴⁰⁰ *Declaración Conjunta sobre Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión... Óp. cit.*

⁴⁰¹ *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Firmada... el 1 de junio de 2011, *Óp. cit.*, punto 4 literal a).

contenidos, así como “[...] una única reparación por los daños sufridos en todas las jurisdicciones (regla de la "publicación única")”⁴⁰².

Por otro lado, los Relatores Especiales han dejado claro que la aplicación de bloqueos o filtros “[...] de sistemas no controlados por usuarios finales [...]”, independientemente de quien la impone, constituye censura previa y es una restricción ilegítima a la libertad de expresión⁴⁰³. En el caso de que se promocionen productos de filtros para sistemas controlados por usuarios finales, los proveedores de los mismos deberán proporcionar “[...] información clara a los usuarios finales acerca de cómo funcionan [éstos] y sus potenciales defectos en términos de filtros excesivamente abarcativos”⁴⁰⁴; de manera que esté suficientemente claro el funcionamiento de dichos productos, así como “[...] las posibles desventajas [de un] filtrado [que] result[e] excesivo”⁴⁰⁵. Además, la medida excepcional de “[...] bloqueo obligatorio de sitios *web* enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) [...]” deberá justificarse de manera minuciosa a la luz del test de legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión⁴⁰⁶.

Otro principio contenido en las Declaraciones Conjuntas es el de neutralidad en la red, que se refiere a que “[e]l tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido,

⁴⁰² *Id.*, punto 4 literal c).

⁴⁰³ *Declaración Conjunta sobre Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión. Óp. cit.*, 21 de diciembre de 2005; *Declaración Conjunta sobre Wikileaks. Óp. cit.*, punto 5; y, *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. Firmada... el 1 de junio de 2011, Óp. cit.*, punto 3 literal b).

⁴⁰⁴ *Declaración Conjunta sobre Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión. Óp. cit.*, 21 de diciembre de 2005

⁴⁰⁵ *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. Firmada... 1 de junio de 2011, Óp. cit.*, punto 3 literal c).

⁴⁰⁶ *Id.*, punto 3 literal a).

autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación”⁴⁰⁷. Consecuentemente, los Estados deben exigir a los intermediarios de Internet que actúen con transparencia frente a sus usuarios y les proporcionen información suficiente e inteligible “[...] respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información [...]”⁴⁰⁸.

Finalmente, los Relatores Especiales manifestado que los Estados no deberán atribuir responsabilidad jurídica a “[n]inguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet [...]” como son los intermediarios de Internet, por ejemplo los que ya se ha explicado en líneas anteriores, en razón de contenidos que hayan ido generados por otras personas y respecto de los cuáles éstos sólo hayan servido como meros transmisores, y en tanto no “[...] se niegue[n] a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo [...]”⁴⁰⁹. Además, es menester tener en cuenta que para que los intermediarios estén protegidos frente a eventuales responsabilidades por contenidos de terceros éstos no deberán ser obligados, de manera extrajudicial, a cancelar o retirar contenidos cuando la orden no ofrezca justificación y garantía suficiente de protección al derecho a la libertad de expresión⁴¹⁰.

Una vez concluida la explicación, en términos generales, del origen, la evolución y la trascendencia de Internet para las comunicaciones, así como de su funcionamiento y su estrecha vinculación con el derecho a la libertad de expresión; en el siguiente capítulo se procederá a explicar con mayor profundidad el impacto de una atribución de

⁴⁰⁷ *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Firmada... 1 de junio de 2011, *Óp. cit.*, punto 5 literal a).

⁴⁰⁸ *Id.*, punto 5 literal b).

⁴⁰⁹ *Id.*, punto 2 literal a).

⁴¹⁰ *Id.*

responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet respecto del derecho a la libertad de expresión.

Capítulo 3.- Incidencia de la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet por los contenidos publicados por sus usuarios en el derecho a la libertad de expresión

Tras haber analizado, entre otros aspectos, la relevancia del derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática y la trascendencia de Internet como un canal para facilitar el ejercicio de este derecho; el presente capítulo tiene por objetivo determinar de qué manera la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet originada en los contenidos divulgados por sus usuarios afecta el derecho a la libertad de expresión. Para ello, se iniciará con una exposición inicial de las nociones básicas y los tipos de responsabilidad jurídica vinculados con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en términos generales. Posteriormente, se explicará –a través de doctrina, legislación y jurisprudencia comparada en la medida que las leyes o casos que se exponen han sido consideradas hitos en la materia o que éstos planteen estándares y enfoques distintos frente a la problemática que nos ocupa, y decisiones o doctrina de organismos internacionales de protección de derechos humanos, entre otros– las distintas posiciones respecto a la conveniencia o no de atribuir responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet en los términos ya referidos y se presentarán los distintos sistemas de atribución de responsabilidad y de obligaciones alternativas impuestas a los intermediarios de Internet existentes. Finalmente, se responderá al problema jurídico planteado en la presente investigación y se esbozará una propuesta para el contexto ecuatoriano a fin de garantizar y proteger de una mejor manera el derecho a la libertad de expresión de los ciudadanos en el ámbito *online* en relación con la problemática de la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet.

3.1. Formas de atribución de responsabilidad jurídica vinculadas con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión

A continuación se explicarán nociones generales para entender los tipos de responsabilidad jurídica que podrían originarse en razón de un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión y que darán luces para comprender, además, el problema jurídico planteado en esta investigación. Es fundamental tener en cuenta desde un inicio que hay distintas regulaciones y consecuencias de una atribución de responsabilidad jurídica a la persona que ha abusado en el ejercicio de tal derecho, por un lado, y las que se relacionan con la atribución de responsabilidad a un intermediario de Internet que no ha participado en la elaboración de los contenidos que podrían considerarse abusivos, por otro. En la presente sección se hará un énfasis en las primeras, a través de la exposición de disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por otra parte, es de destacar que las disquisiciones a nivel doctrinario o jurisprudencial –propias del derecho administrativo, civil o penal, por ejemplo– respecto de los conceptos generales que se plantearán a continuación escapan el objeto y alcance de esta investigación, por lo que quedan excluidas de la misma.

3.1.1. Responsabilidad administrativa

De manera similar a las regulaciones propias del derecho civil que buscan proteger a los sujetos de potenciales daños – patrimoniales o extrapatrimoniales– que pudieran sufrir; los ordenamientos jurídicos prevén normas o regulaciones de carácter administrativo que

tienen por objeto prevenir daños⁴¹¹. Este tipo de regulaciones encuentran fundamento en la potestad sancionadora de la Administración Pública en virtud de la cual ésta tiene la “[...] capacidad de ordenar las rectificaciones indispensables a fin de que la ley sea debidamente cumplida [por los administrados] y la entidad pública alcance mayores grados de eficacia, eficiencia y oportunidad” siempre dentro de los límites del principio de legalidad⁴¹².

En lo que respecta al derecho a la libertad de expresión, la Ley Orgánica de Comunicación (LOC) prevé varias sanciones de este tipo, en razón de infracciones a las disposiciones de dicha norma, que serán impuestas tras el procedimiento administrativo de corresponda por la Superintendencia de la Información y Comunicación⁴¹³. Así, el artículo 19 del referido cuerpo legal prescribe que en lo que respecta a éste, se entenderá por responsabilidad ulterior “[...] la obligación que tiene toda persona de asumir las consecuencias administrativas posteriores a difundir contenidos que lesionen los derechos establecidos en la Constitución y en particular los derechos de la comunicación y la seguridad pública del Estado [...]” independientemente de las acciones de naturaleza civil o penal que pudieran iniciarse⁴¹⁴. De manera similar existe un régimen de responsabilidad ulterior para los medios de comunicación cuando éstos asuman de manera expresa los contenidos que se difundan a través suyo o no sean atribuidos a una persona específica de

⁴¹¹ Cfr. Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 48.

⁴¹² Cfr. Secaira Durango, Patricio. *Curso breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004, p. 126.

⁴¹³ Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 22 de 25 de junio de 2013. Artículo 55.

⁴¹⁴ *Id.*, Artículo 19.

manera expresa⁴¹⁵. Es fundamental aclarar que, si bien la propia ley excluye de su ámbito de aplicación los contenidos que se expresen de modo personal en Internet⁴¹⁶, también incluye dentro de su *scope* los contenidos difundidos por los medios de comunicación tradicionales –entiéndase radio, prensa, televisión– que pudieran ser replicados en sus plataformas *web*⁴¹⁷. En consecuencia, dentro del régimen de responsabilidad de los medios está incluida la que podría originarse en los contenidos publicados por los ciudadanos del común a modo de comentarios en sus *websites*⁴¹⁸ si no se cumple con determinados requisitos⁴¹⁹. A mi modo de ver, esta es una posibilidad o puerta abierta para una atribución de responsabilidad a intermediarios de Internet –en tanto dichos medios son, además, Prestadores de Servicios en Línea que permiten un acceso a la información– contemplada en la ley. Esto independientemente del hecho de que desde hace algún tiempo ya no se

⁴¹⁵ Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 22 de 25 de junio de 2013. Artículo 4. Asimismo, *vid.* Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 170 de 27 de enero de 2014. Artículo 20.

⁴¹⁶ Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 22 de 25 de junio de 2013. Artículo 4. Asimismo, *vid.* Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 170 de 27 de enero de 2014. Artículo 3.

⁴¹⁷ Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 22 de 25 de junio de 2013. Artículo 5. Asimismo, *vid.* Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 170 de 27 de enero de 2014. Artículo 3.

⁴¹⁸ Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 22 de 25 de junio de 2013. Artículo 20 inciso 1.

⁴¹⁹ *Id.*. Artículo 20 inciso 2.

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.*

puede encontrar dicha opción en los sitios de los medios de comunicación⁴²⁰ lo cual ya es un acto de censura ocasionada por presiones –directas o indirectas– que no deberían existir en una sociedad democrática en la cual el libre flujo de información, ideas u opiniones, por duras o chocantes que sean, debe ser protegido y en la cual un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión debería ser decidido por la autoridad competente y no por otros agentes.

Otros ejemplos que prevé la ley ecuatoriana sobre la responsabilidad administrativa por un potencial ejercicio abusivo de la libertad de expresión son la ocasionada en razón del linchamiento mediático⁴²¹, de la publicación o difusión de contenidos catalogados por la ley como “de circulación restringida”⁴²², de carácter discriminatorio⁴²³, violento⁴²⁴ o sexualmente explícito⁴²⁵. De acuerdo con la ley, una especie de esta responsabilidad son las disculpas públicas a las que estará obligado el medio en los casos específicos en los cuales se determine este particular⁴²⁶. Asimismo, la ley contempla la posibilidad de sanciones

⁴²⁰ En este sentido *vid.*, por ejemplo, Presidencia de la República del Ecuador. *Oficio No. PR-SECOM-2012-000184-O*. 18 de septiembre de 2012. http://www.andes.info.ec/sites/default/files/Carta-Presidencia-Republica-PDF-Kb_ECMFIL20120930_0004-1.pdf (acceso: 26/02/2015); “Este diario suspende comentarios de lectores por Internet”. *La Hora*. 18/10/2012. <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101409298#.VQEdAaOwWSo> (acceso: 26/02/2015);

⁴²¹ Sobre el linchamiento mediático, *vid.* Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 22 de 25 de junio de 2013. Artículo 26.

Queda prohibida 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.

⁴²² Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 22 de 25 de junio de 2013. Artículo 30.

⁴²³ *Cfr. Id.*, Artículos 61 – 64.

⁴²⁴ *Cfr. Id.*, Artículos 66 – 67.

⁴²⁵ *Cfr.* Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 22 de 25 de junio de 2013. Artículo 68.

⁴²⁶ *Vid.*, por ejemplo, *Id.* Artículos 23 numerales 1 y 2, 26 numerales 1 y 2, 64 numerales 1 y 2.

administrativas de carácter pecuniario, entre otros supuestos, en el evento en que no se cumpla con las obligaciones de los medios de permitir a los potenciales afectados por la información difundida por éstos el ejercicio a sus derechos de rectificación⁴²⁷ y de respuesta⁴²⁸, o cuando exista reincidencias en ciertas conductas tipificadas como punibles⁴²⁹.

Como se expresó líneas atrás, los OSP que a la postre sean medios de comunicación podrán estar expuestos a las sanciones que prevé esta ley que, en mi opinión, utiliza un lenguaje amplísimo y ambiguo que podría resultar en interpretaciones arbitrarias y que restrinjan la libertad de expresión en un mayor grado del necesario frente a una situación de alegado abuso de este derecho. Ante este escenario, los intermediarios se blindarán a través de la imposición de mecanismos de censura a los ciudadanos como sucedió con la deshabilitación de la opción para realizar comentarios después de las noticias publicadas por ellos.

3.1.2. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil, por su parte, consiste en la obligación de reparar que tiene quien ha ocasionado un daño a otro⁴³⁰. El objeto de esta investigación recae sobre la responsabilidad extracontractual –a la cual se hará referencia a partir de ahora– pues los potenciales daños que podrían ocasionarse por los contenidos publicados por los usuarios

⁴²⁷ *Cfr. Id.*. Artículo 23.

⁴²⁸ *Cfr. Id.* Artículo 24.

⁴²⁹ *Cfr. Id.* Artículos 23 numerales 3 y 4, 25 inciso 2, y 64 numerales 3 y 4.

⁴³⁰ Sobre la materia, *vid.*, entre muchos otros, Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual. Óp. cit.*. Asimismo, *vid.* Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 2214, 2216 y 2229.

de Internet escapan al incumplimiento de las obligaciones contraídas por el intermediario de Internet respecto a éstos en el marco de la relación contractual.

Ahora bien, para que pueda atribuirse responsabilidad civil es necesario que concurren ciertos requisitos como lo son: (i) una actuación libre realizada por un sujeto capaz, (ii) la existencia de un daño ocasionado, y (iii) la relación causal entre el hecho del tercero y el daño ocasionado⁴³¹.

Al hablar de responsabilidad subjetiva –la correspondiente al régimen general de responsabilidad civil que opera con o sin norma expresa–, es imprescindible que exista el elemento de la culpabilidad, manifestado en forma de dolo o de negligencia y, según corresponda, se estará ante la presencia de un delito o cuasidelito civil respectivamente⁴³². Por otro lado, la responsabilidad objetiva –que es un régimen excepcional previamente establecido por la ley– simplemente requiere que exista una relación causal entre el daño y la persona que lo ocasionó sin importar el elemento subjetivo culpa ni el grado de diligencia empleado y en esos supuestos quien desempeña la actividad prevista en la ley deberá asumir los riesgos inherentes a ella⁴³³. La aplicabilidad de un régimen u otro de responsabilidad dependerá del ordenamiento jurídico vigente pues, como se ha mencionado, el régimen de responsabilidad objetiva es de derecho estricto y, en consecuencia, requiere de norma expresa.

⁴³¹ Cfr. Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Óp.cit., pp. 59, 60.

⁴³² Cfr. Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Óp.cit., pp. 15, 16, 25, 27. En ese sentido, *vid.* Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1453 y 2214.

⁴³³ Cfr. Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Óp.cit., pp. 15 – 17 , 25, 29, 30.

Por otro lado, existe otra categorización de la responsabilidad civil y se refiere a la responsabilidad por hecho propio o por hecho ajeno. En el primer caso estamos ante “[...] una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente”⁴³⁴. En contraste, en el segundo supuesto se habla de un régimen en el cual un determinado sujeto deberá responder tanto por los hechos de terceros “[...] incapaces de ilícito civil pero que están bajo cuidado de otr[o]” o bien por hechos provocados por sujetos capaces en circunstancias en que la propia ley ha previsto una atribución de responsabilidad para la persona que “[...] ejerce sobre ell[os] autoridad o cuidado”⁴³⁵.

Si bien no es un secreto para nadie que a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Comunicación el abuso en el inicio de procesos civiles contra medios y periodistas ha disminuido considerablemente, pues ahora se sigue el proceso previsto en este cuerpo legal; la aplicación del régimen de responsabilidad civil sigue siendo una opción como restricción legítima del derecho a la libertad de expresión –en la medida en que concurren los requisitos del ya explicado test tripartito y se analice minuciosamente cada caso concreto–. Además de las normas de la mencionada LOC que se establecen responsabilidad administrativa para los medios escritos o audiovisuales que a la vez son intermediarios de Internet –OSP específicamente– en razón de sus actuaciones en línea, no existen –todavía– en nuestra legislación normas específicas para la atribución de responsabilidad a estos intermediarios. Dado que el resto de intermediarios –tanto ISP

⁴³⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno (título 35 del libro IV del Código civil)*. Santiago: Imprenta Universitaria, 1943, p. 292. Asimismo, *vid.* Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 2214, 2220 y 2229.

⁴³⁵ *Cfr.* Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual. Óp.cit.*, p. 167. En el mismo sentido, *vid.* Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 2220.

como OSP– se encuentran expresamente excluidos del ámbito de dicha ley, el régimen que se aplicaría en caso de pretender atribuirles responsabilidad en razón de supuestos abusos del derecho a la libertad de expresión de sus usuarios vendría a ser el de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva en razón de los daños ocasionados por los contenidos difundidos por éstos.

3.1.3. Responsabilidad penal

Dejando de lado toda disquisición que escapa el ámbito de estudio que nos ocupa en esta investigación, se puede definir a la responsabilidad penal –en su acepción más amplia– como “[...] la obligación que afecta a toda persona que comete un delito, de cumplir la pena que la ley ha previsto para su ejecución”⁴³⁶ y al delito como el acto típico, antijurídico y culpable⁴³⁷. Empero, para que el sujeto infractor esté obligado a soportar las penas que surgen como consecuencia de su inobservancia de la ley, no basta únicamente con que se configure el delito sino que se verifique “[...] también el cumplimiento de las condiciones objetivas de punibilidad y la ausencia de excusas legales absolutorias”⁴³⁸.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) vigente en el Ecuador desde agosto del 2014 contempla una serie de delitos que imponen sanciones en el evento de que en ejercicio de la libertad de expresión se lesionen derechos o bienes jurídicos protegidos por dicha norma.

⁴³⁶ De la Fuente Hulaud, Felipe. “Sobre el concepto de responsabilidad criminal en nuestro código penal”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XIII (1989 – 1990), p. 115.

⁴³⁷ De la Fuente Hulaud, Felipe. “Sobre el concepto de responsabilidad criminal en nuestro código penal”. *Óp.cit.*, p. 115. Asimismo, *vid.* Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 18.

⁴³⁸ De la Fuente Hulaud, Felipe. “Sobre el concepto de responsabilidad criminal en nuestro código penal”. *Óp.cit.*, pp. 118 – 119.

Ejemplos de éstos son el delito de discriminación⁴³⁹, la violación a la intimidad⁴⁴⁰, la calumnia –catalogada como un delito contra el derecho al honor y al buen nombre–⁴⁴¹, el de pánico financiero⁴⁴², los delitos de rebelión⁴⁴³, apología⁴⁴⁴. Dado el lenguaje vago y falto de

⁴³⁹ Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014. Artículo 176.

Art. 176.- 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.

Si la infracción puntualizada en este artículo es ordenada o ejecutada por las o los servidores públicos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

⁴⁴⁰ *Id.* Artículo 178.

Artículo 178.- Violación a la intimidad.- La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo [sic], objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo [sic] en la que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.

⁴⁴¹ *Id.* Artículo 182.

Artículo 182.- Calumnia.- La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con pena privativa de la libertad de seis meses a dos años.

No constituyen calumnia los pronunciamientos vertidos ante autoridades, jueces y tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en razón de la defensa de la causa.

No será responsable de calumnias quien probare la veracidad de las imputaciones. Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba sobre la imputación de un delito que hubiere sido objeto de una sentencia ratificatoria de la inocencia del procesado, de sobreseimiento o archivo.

No habrá lugar a responsabilidad penal si el autor de calumnias, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia ejecutoriada, siempre que la publicación de retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación. La retractación no constituye una forma de aceptación de culpabilidad.

⁴⁴² *Id.* Artículo 322.

Artículo 322.- Pánico financiero.- La persona que divulgue noticias falsas que causen alarma en la población y provoquen el retiro masivo de los depósitos de cualquier institución del sistema financiero y las de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera, que pongan en peligro la estabilidad o provoquen el cierre definitivo de la institución, será sancionada con pena privativa de la libertad de cinco a siete años.

⁴⁴³ *Id.* Artículo 336.

precisión –inaceptable a mi juicio en la tipificación de una infracción de cualquier naturaleza– utilizado en la tipificación de todos estos delitos, a mi modo de ver existe un riesgo gravísimo de que se sancione la mera opinión así como expresiones legítimas protegidas por el derecho a la libertad de expresión y, lo más grave aún, es que en un ambiente de intolerancia a la diversidad de opiniones y a la crítica esto podría convertirse en la regla general obviando el principio de utilizar el derecho penal como *ultima ratio*.

Además, el COIP prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas con independencia de la de las personas naturales, cuando éstas han cometido un delito –por acción u omisión– en beneficio de aquella o de sus asociados⁴⁴⁵. Si bien la disposición

Artículo 336.- Rebelión.- La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que realice uno o varios de los siguientes actos será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.

1. *Se levante en armas, para derrocar al gobierno o dificultar el ejercicio de sus atribuciones.*
2. *Impida la reunión de la Asamblea Nacional o la disuelva.*
3. *Impida las elecciones convocadas.*
4. *Promueva, ayude o sostenga cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado.*

⁴⁴⁴ *Id.* Artículo 365.

Artículo 365.- Apología.- La persona que por cualquier medio haga apología de un delito o de una persona sentenciada de un delito, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.

⁴⁴⁵ *Id.* Artículo 49.

Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para el beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito.

contiene una lista de qué sujetos o funcionarios podrían generar la responsabilidad penal de la persona jurídica con su actuación delictiva, a mi modo de ver este es un artículo excesivamente vago que podría dar pie a una amplísima interpretación por parte de los jueces quienes podrían determinar, en definitiva, que las actuaciones de cualquier involucrado en el giro ordinario de dichas personas jurídicas podrían conllevar una responsabilidad penal para éstas con penas que podrían abarcar hasta la disolución de las mismas⁴⁴⁶. En estos escenarios, existiría la posibilidad de sancionar a medios de comunicación, así como a intermediarios de Internet –incluso si están domiciliados en el extranjero⁴⁴⁷– en la medida en que los jueces interpreten que las actuaciones delictivas personas naturales vinculadas con éstas han beneficiado a la persona jurídica, lo cual a mi parecer es gravísimo y deja un amplio campo para arbitrariedades y sanciones a medios o intermediarios que se caracterizan por tener una línea editorial crítica, por ejemplo, al gobierno de turno.

3.2. La atribución de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet originada por los contenidos publicados por sus usuarios en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión

3.2.1. Generalidades

Internet ha revolucionado la manera en que los ciudadanos se comunican e interactúan entre sí, y de manera progresiva éstos se han apoderado de las diferentes herramientas que

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.

⁴⁴⁶ *Id.* Artículo 71 numeral 3.

⁴⁴⁷ *Id.* Artículo 49.

ofrece este canal para ello. Actualmente, Internet sirve para difundir y acceder a contenidos de diversa índole para satisfacer nuestras necesidades educativas, culturales, políticas, de entretenimiento, económicas, entre otras. En este contexto puede darse el caso de que ciertos contenidos o informaciones que se publiquen en Internet afecten o lesionen bienes jurídicos dignos de protección, como lo son los derechos de los demás, la seguridad nacional o el orden público⁴⁴⁸ y, en consecuencia, que se incurra en un abuso de la libertad de expresión. Como se mencionó en líneas anteriores esta determinación la deberá realizar la autoridad competente, en estricto apego a las normas jurídicas aplicables a la materia – incluyendo las contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos–. Es precisamente en ese escenario donde se aplicarían los tipos de responsabilidad jurídica que se acaba de explicar respecto de quienes han hecho un ejercicio abusivo de su derecho a la libertad de expresión, en la medida en que corresponda y se cumpla con el ya mencionado test tripartito.

Por otro lado, también se ha señalado que existe un creciente interés de los Estados en vigilar y controlar las actividades de sus ciudadanos en el ciberespacio. Si bien se podría partir de la premisa de que a través de estos controles o regulaciones los Estados tienen un interés legítimo en proteger diversos bienes jurídicos; el control excesivo, o planteado en términos generales sin consideraciones especiales respecto de los derechos que podrían verse afectados y sin límites en Internet –así como en el ámbito *offline*– podría dar pie a que se cometan abusos a las libertades ciudadanas que resulten incompatibles con los derechos fundamentales y los valores de una sociedad democrática.

⁴⁴⁸ *Vid.* Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 13 inciso 2.

Como se explicó con ocasión del capítulo 2, existen diferentes tipos de agentes que, gracias al uso de los protocolos y las especificaciones técnicas que se esbozó, permiten que se lleven a cabo las transacciones de diversa índole, así como la difusión y recepción de información, contenidos y datos que tienen lugar en Internet. Estos agentes son denominados intermediarios de Internet y sus actividades varían desde la provisión de acceso, conectividad, alojamiento y tránsito hasta el servicio de indexación, búsqueda y despliegue de contenidos, entre otros⁴⁴⁹. Evidentemente, su existencia es indispensable para que el proceso de interacción y comunicación en Internet, así como también el acceso a muchos otros beneficios de esta herramienta pueda darse. Además, “[d]ependiendo del tipo de intermediario, y del servicio ofrecido, los intermediarios controlan con quién y cómo pueden comunicarse sus usuarios”⁴⁵⁰.

Dada la naturaleza de las actividades propias de los intermediarios de Internet, no resulta sorprendente que una de las maneras en que los Estados realizan el referido control y monitoreo sea a través de éstos, a fin de “[... vigilar,] regular y controlar las actividades *online* de los individuos y su acceso a la información”⁴⁵¹. En un informe reciente, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés) ha esquematizado las principales formas en las cuales los intermediarios de Internet restringen la libertad de expresión *online*⁴⁵². En este informe, dichas limitaciones están agrupadas en categorías, tomando como criterio el tipo de

⁴⁴⁹ Cfr. Perset, Karine. *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*. Óp. cit., p. 6-8.

⁴⁵⁰ MacKinnon, Rebeca *et al.* *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*. Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)/Internet Society, 2014, p. 23. Traducción libre.

⁴⁵¹ *Ibíd.*

⁴⁵² Cfr. *Id.*, pp. 23-25.

intermediarios de Internet que podrían establecerlas y éstas son: (i) las que podrían ser impuestas por ISP, o a nivel de conectividad; (ii) las que podrían ser establecerse por OSP, o a nivel de plataforma; y (iii) las que podrían ser determinadas por ambos tipos de intermediarios vinculadas a la privacidad de los usuarios.

En relación a la ya referida categoría (i) restricciones a nivel de conectividad, el informe detalla tres formas de restricción: la imposición de filtros o bloqueos en el acceso a determinados “[...] sitios *web* enteros, páginas o palabras clave específicas [...]”⁴⁵³; desconexión o interrupción completa del servicio en determinadas zonas geográficas⁴⁵⁴; y, prestación no neutral de servicios que podría ocasionar una conexión más lenta o cobro de cargos adicionales al acceder a determinados tipos de contenidos⁴⁵⁵.

En cuanto a la categoría (ii) restricciones a nivel de plataforma, el informe concluye que tanto los OSP, como autoridades gubernamentales que tengan “[...] acceso técnico directo a las funciones centrales de la plataforma [...]”⁴⁵⁶ podrían, a pedido de usuarios, gobiernos o en razón de los términos del servicio de los propios intermediarios, remover contenidos completos, desactivar cuentas de usuarios, o bloquear dichos contenidos para

⁴⁵³ OpenNet Initiative. *About Filtering*. <https://opennet.net/about-filtering> (acceso: 27/02/2015). Citado en: MacKinnon, Rebeca *et al.* *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*. *Óp. cit.*, p.23. Traducción libre.

⁴⁵⁴ MacKinnon, Rebeca *et al.* *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*. *Óp. cit.*, p.23. Traducción libre.

⁴⁵⁵ *Id.*, p.24. Traducción libre.

⁴⁵⁶ *Cfr.* Zuckerman, Ethan. “Intermediary Censorship”. *Access Controlled: The Shaping of Power, Rights, and Rule in Cyberspace*. Deibert, Ronald (ed.). Cambridge: MIT Press, 2010, pp. 71-85. www.access-controlled.net/wp-content/PDFs/chapter-5.pdf. Citado en: MacKinnon, Rebeca *et al.* *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*. *Óp. cit.*, p.24.

evitar que éstos sean vistos por determinados usuarios –usualmente utilizando un criterio geográfico–⁴⁵⁷.

Ahora bien, en lo que toca a la categoría (iii) restricciones relacionadas con la privacidad de los usuarios a nivel de conectividad o a nivel de plataforma, el mencionado informe destaca, nuevamente, tres maneras de restringir la libertad de expresión: en primer lugar las relacionadas con el monitoreo o la recolección de datos, que podría derivar en una auto censura⁴⁵⁸; en segundo lugar las restricciones ocasionadas por falta de seguridad respecto de cómo se utiliza, transmite o almacenan los datos referentes al contenido circulado⁴⁵⁹; y, finalmente, la que tiene que ver con los controles que se otorga a los usuarios respecto del uso y preservación de su información personal⁴⁶⁰. En este punto es destacable la importancia del anonimato al momento de hablar de libertad de expresión en línea⁴⁶¹ y, además, la conclusión a la que llega el informe –con la cual concuerdo plenamente– en relación al hecho de que los usuarios que sospechen o consideren que sus actividades en la red están siendo expuestas o monitoreadas en violación a su derecho a la privacidad se sentirían menos libres de expresarse en este canal de comunicación⁴⁶² lo cual generaría disuasión e incluso autocensura⁴⁶³.

⁴⁵⁷ Cfr. MacKinnon, Rebeca *et al.* *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*. Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)/Internet Society, 2014, p.24.

⁴⁵⁸ *Ibíd.*

⁴⁵⁹ *Ibíd.*

⁴⁶⁰ Cfr. MacKinnon, Rebeca *et al.* *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*. *Óp. cit.*, p. 25.

⁴⁶¹ *Vid.*, por ejemplo, Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. “Reporte del Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de 16 de mayo de 2011”. *Óp. cit.*, párr. 53

⁴⁶² Cfr. MacKinnon, Rebeca *et al.* *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*. *Óp. cit.*, p. 24.

⁴⁶³ Sobre el anonimato en la red *vid.*, entre muchos otros, *Statement for online Freedom of Expression, Anonymity, and Privacy in Ecuador*. <https://www.accessnow.org/pages/ecuador-free-expression-letter> (acceso:

Ahora bien, tras haber explicado brevemente el rol fundamental que tienen los intermediarios de Internet para permitir el acceso y difusión de información en la red, y cómo el funcionamiento de éstos permite una potencial interferencia o limitación respecto del derecho a la libertad de expresión; es preciso señalar que los gobiernos han aprovechado esta capacidad técnica –o posición privilegiada– a fin de utilizarlos como “[...] un aliado –voluntario u obligado– para sus propósitos” de regular el comportamiento en línea de sus ciudadanos⁴⁶⁴. Esto es posible a través de la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet originada o fundamentada en un presunto ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión de quienes utilicen sus servicios. Esta responsabilidad vendría a ser una responsabilidad extracontractual, en la medida en que no se origina por el incumplimiento de las obligaciones contraídas en una relación contractual con los potenciales afectados; sino que se origina en el hecho de un tercero, es decir, quien elaboró, editó y/o publicó el contenido presuntamente lesivo.

La atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet por los contenidos que publiquen sus usuarios encuentra uno de sus fundamentos en la teoría de los *gatekeepers* o guardianes⁴⁶⁵. En ésta se plantea que pueden existir conductas que los Estados no pueden controlar –por diversas razones, inclusive de orden técnico y de

09/02/2015); “Problemas con el anonimato digital”. *Apertura Radical*. 13/03/2015. <http://www.aperturaradical.org/problemas-con-el-anonimato-digital/> (acceso: 16/03/2015).

⁴⁶⁴ Cortés Castillo, Carlos. “Vigilancia de la red: ¿qué significa monitorear y detectar contenidos en Internet?”. *Internet y derechos humanos: Aportes para la discusión en América Latina*. Bertoni, Eduardo (comp.). Buenos Aires: Universidad de Palermo, Facultad de Derecho, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, 2014, p. 47.

⁴⁶⁵ Cfr. Zittrain, Jonathan. “A History of Online Gatekeeping”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 19, No. 2, Spring 2006, ps. 253-298. Citado en: Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Internet y derechos humanos: Aportes para la discusión en América Latina*. Bertoni, Eduardo (comp.). Buenos Aires: Universidad de Palermo, Facultad de Derecho, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, 2014, p. 66.

infraestructura— y que, empero, existen agentes que se encuentran en una mayor capacidad o posición para controlarlas, vigilarlas o regularlas⁴⁶⁶. Sin embargo, en muchas ocasiones a estos agentes o intermediarios les resulta indiferente si los usuarios de sus servicios —por ejemplo— incurren o no en las actividades que el Estado pretende monitorear, controlar o evitar y, en consecuencia, éste impone incentivos —en el caso que nos atañe obligaciones legales, con la posibilidad de sanciones correspondientes en el evento de su incumplimiento— para que estos intermediarios ejerzan dichas funciones de guardián⁴⁶⁷. Los principales criterios que se han identificado a nivel doctrinario para recurrir a este mecanismo de control son: (i) que las sanciones existentes a nivel de legislación no estén en capacidad de desincentivar la determinada conducta, (ii) la falta de motivación para que los intermediarios o guardianes tengan la iniciativa de disuadir dicha conducta por su propia cuenta, (iii) que los *gatekeepers* estén en capacidad real y razonable de detener la referida actividad, independientemente de las otras opciones que puedan tener los potenciales infractores para realizarla, y (iv) los costos en los que deberá incurrir el intermediario a fin de cumplir con la obligación estatal no deberán ser desproporcionados, pues caso contrario se corre el riesgo de que el guardián tome la decisión de no prestar el servicio por completo a fin de evitar las sanciones legales y la afectación no solamente sería para los usuarios del servicio —potenciales infractores—, sino también para el Estado que no podrá valerse del intermediario para prevenir la actividad indeseada⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Cfr. Laidlaw, Emily. *Internet Gatekeepers, Human Rights and Corporate Social Responsibilities*. Tesis doctoral. *Óp. cit.*, pp. 50-68.

⁴⁶⁷ Cfr. Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Óp. cit.*, p. 64-68

⁴⁶⁸ Cfr. Kraakman, Reinier. “Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy”. *Journal of Law, Economics and Organization*. II:1, Yale Law School, 1986, p. 61. Citado en: Cortes Castillo,

Sentado esto, analizando los referidos criterios en relación al tema que nos ocupa encontramos que el utilizar a los intermediarios de Internet como *gatekeepers*, a través de la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet en razón de los contenidos publicados a sus usuarios, cumple con los criterios ya referidos para que a los Estados les resulte útil –aunque no necesariamente legítimo, necesario y proporcional⁴⁶⁹– valerse de éste método de control. En primer lugar, existe una conducta que no ha sido evitada con las prohibiciones o sanciones legales vigentes en el ordenamiento jurídico de los Estados. En este punto debe aclararse que se debe partir del supuesto de que esa actividad indeseada es la publicación en la *web* de contenidos que podrían implicar un ejercicio abusivo o no protegido por el derecho a la libertad de expresión de los usuarios⁴⁷⁰; pues el encasillar a todo tipo de expresiones –incluso las legítimas– devendría en un completo abuso estatal, pues éstas no tienen por qué ser objeto de sanción o de intentos de disuasión dentro de una sociedad democrática. Como un segundo punto, no es una sorpresa que, en principio, a los intermediarios de Internet les resulte indiferente o no les interese controlar o disuadir dichas actividades; pues evidentemente su objetivo fundamental, en tanto agente económico, es prestar su servicio y recibir la correspondiente remuneración para obtener utilidades. En relación al tercer criterio, es indiscutible, a la luz de los aspectos técnicos que se han detallado anteriormente, que éstos cuentan con la infraestructura y

Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Op. cit.*, pp. 66-67.

⁴⁶⁹ En este punto se hará referencia únicamente a la utilidad de recurrir a este método para controlar el intercambio de información en Internet que resulte ilegítimo; el análisis acerca de la legitimidad, razonabilidad, conveniencia, proporcionalidad respecto de la utilización del mismo se realizará en líneas siguientes.

⁴⁷⁰ Entendiendo ejercicio legítimo o abusivo bajo los criterios que se ha explicado con ocasión del Capítulo 1 del presente documento.

capacidad técnica necesarias para realizar este tipo de controles, a través de, por ejemplo, bloqueos de acceso o conectividad, filtrado o bajada de contenidos, entre otros. De hecho, si los intermediarios de Internet, impulsados por una obligación legal, llegaran a realizar estas actividades de vigilancia y control es evidente que los usuarios no tendrían otra alternativa que les permitiera colgar dichos contenidos en la *web* o difundirlos a través de ella. Por último, los costos para los intermediarios al actuar como *gatekeepers* serían razonables, pues al contar con la referida estructura y capacidad técnica no deberían incurrir en gastos excesivamente onerosos para hacerlo. Contrariamente, lo que a mi modo de ver sí podría resultar gravoso para los intermediarios y vendría a ser un costo irrazonable sería que se les impongan las sanciones correspondientes al incumplimiento de sus obligaciones legales de actuar como guardianes. El análisis respecto de la conveniencia o no, en términos de legitimidad, de utilizar este método se realizará posteriormente; pues el hecho de que éste resulte útil, no necesariamente implica que esta sea la mejor alternativa para que los Estados cumplan con su objetivo de proteger los bienes jurídicos que podrían verse afectados como consecuencia de un ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión de sus ciudadanos a través de Internet.

Como ya se expresó, la existencia o la evolución en las vigencias y relaciones sociales exige que el derecho preste atención a las mismas y se adapte a estas nuevas realidades. Así, a partir de la década de los '90 en que el acceso a Internet y su uso se masificó con el apareamiento de la WWW y del correo electrónico, dada la proliferación de la publicación y difusión de información a través de este canal de comunicación –y de los conflictos o controversias de carácter legal que surgieron con ocasión de este fenómeno– los Estados empezaron a preocuparse por normar –ya no desde el punto de vista meramente

regulatorio— las actividades en línea. En un inicio, esto sucedió a través del uso de las normas existentes para los medios de comunicación, en razón de la semejanza de las actividades en tanto ambas facilitan la circulación de información y contenidos y el principal aspecto que originó los debates fue la posible vulneración del derecho al honor como consecuencia de las expresiones vertidas a través de Internet⁴⁷¹.

Esto comenzó a debatirse en Estados Unidos en el contexto de dos casos célebres⁴⁷²: *Cubby vs. Compuserve* y *Stratton Oakmont vs. Prodigy*. En el primero —relacionado con dos OSP que ofrecían servicios de *bulletin boards* y una presunta difamación por parte de un autor que publicó contenidos a través de Compuserve— la autoridad judicial que conoció la causa determinó que no existe responsabilidad en tanto la autoría del contenido no era atribuible a la demandada y ésta simplemente cumplió funciones de mera transmisión de la información⁴⁷³, “[...] sin interferir en ella”⁴⁷⁴. En cambio, en el segundo caso —en el cual la compañía demandante inició la acción en razón de los comentarios vertidos por un usuario del servicio de *bulletin boards* ofrecido por la accionada— la Corte Suprema del Estado de

⁴⁷¹ Cfr. Laidlaw, Emily. “A Framework for Identifying Internet Information gatekeepers”, *International Review of Law, Computers and Technology*, 24:3, p. 265. Traducción informal. Citado en: Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Óp. cit.*, p. 71.

⁴⁷² Cfr. Zittrain, Jonathan. “A History of Online Gatekeeping”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 19, No. 2, Spring 2006, ps. 253-298 y *Cubby vs. Compuserve*, en Digital Media Law Project, disponible en: <http://www.dmlp.org/threats/cubby-v-compuserve>, y *Stratton Oakmont vs. Prodigy*, en Digital Media Law Project, disponible en: <http://www.dmlp.org/threats/stratton-oakmont-v-prodigy>. Citado en: Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Óp. cit.*, pp. 66 y 71. Asimismo, *vid.* Zittrain, Jonathan. “The Generative Internet”. *Harvard Law Review* Vol. 119, No. 7 (2006), pp. 1990-1992, 2007, 2008, 2016.

⁴⁷³ *Cubby Inc. v. Compuserve Inc.* 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991), pp. 3-6. <http://www.internetlibrary.com/pdf/Cubby-Compuserve-SDNY.pdf> (acceso: 27/02/2015). También *vid.* Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Óp. cit.*, p. 71.

⁴⁷⁴ Cfr. Hocsman, Heriberto. *Negocios en Internet...* *Óp. cit.*, p. 321; Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Óp. cit.*, p. 71.

New York consideró a Prodigy como un medio de comunicación que ejerce control editorial sobre los contenidos que están almacenados en sus servidores y, por lo tanto, responsable por el daño ocasionado en el caso concreto⁴⁷⁵.

Estos dos casos hitos resumen, en términos muy generales, algunos de los argumentos para considerar a un intermediario de Internet responsable por los contenidos vertidos por sus usuarios o no. A continuación se esbozarán otros de los principales argumentos que existen a favor y en contra de una atribución de responsabilidad civil a los intermediarios de Internet en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión.

3.2.2. Argumentos a favor de la atribución de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet

En líneas anteriores –con ocasión de la mención al caso *Stratton Oakmont*– se refirió uno de los principales argumentos a favor de la atribución de responsabilidad a intermediarios de Internet por los contenidos que sus usuarios cuelgan en la red: en el caso de los OSP sería dado que éstos actúan de manera similar a un editor en un medio tradicional, permiten que se materialice la publicación de dicha información y conocen los contenidos que se están publicando; mientras que en el caso de los ISP la responsabilidad vendría dada en razón de que éstos permiten o facilitan el acceso a dichos contenidos⁴⁷⁶.

Si bien el tipo de responsabilidad variará de acuerdo a la legislación vigente, a las circunstancias fácticas específicas y a las funciones que cumple el intermediario de Internet

⁴⁷⁵ *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Inc.* 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995). https://w2.eff.org/legal/cases/Stratton_Oakmont_Porush_v_Prodigy/stratton-oakmont_porush_v_prodigy_et-al.decision (acceso: 27/02/2015). En similar sentido *vid.* Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Óp. cit.*, p. 71.

⁴⁷⁶ *Vid.*, además, *cf.* Hocsman, Heriberto Simón. *Negocios en Internet... Óp. cit.*, pp. 322, 323.

involucrado en cada caso particular –pues como se ha explicado, puede que un intermediario de Internet pertenezca a más de una categoría en razón de sus actividades–, a continuación se esbozará, en un primer término de manera general, las responsabilidades a las que habría lugar. Frente a este evento, en caso de que la responsabilidad que se atribuirá a los intermediarios se asemeje a la de los autores de contenidos⁴⁷⁷, ésta vendría a ser una responsabilidad subjetiva y a fin de evitar la imposición de la misma estaría obligado a demostrar que no actuó con *reckless disregard* como lo plantea la ya referida doctrina de la real malicia o a señalar la fuente de la cual provino la información como lo exige la doctrina del reporte fiel. La imposición de este tipo de responsabilidad jurídica implicaría un deber de diligencia, tanto en los ISP –que ejerzan control efectivo de los contenidos⁴⁷⁸– como de los OSL según el cual éstos deberán monitorear de manera selectiva los contenidos a los que facilitan el acceso, transportan o alojan con la finalidad de impedir que dicha información llegue a vulnerar bienes jurídicos protegidos y derechos de otros⁴⁷⁹ a fin de poder ser eximidos de una eventual culpa.

Además existe la posición de que los intermediarios deberían asumir los riesgos de sus actividades y las consecuencias relacionadas⁴⁸⁰. Siguiendo ese criterio, se concluiría que la responsabilidad de éstos es de carácter objetivo sin importar si existió culpa o dolo por parte de los intermediarios y vendría dada únicamente por las características de la actividad riesgosa que desempeñan, es decir, la prestación de sus servicios.

⁴⁷⁷ Cfr. Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 177.

⁴⁷⁸ *Vid.*, entre otros, Hocsman, Heriberto Simón. *Negocios en Internet... Óp. cit.*, p. 323.

⁴⁷⁹ García Cabezas, Sandra. “La Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet por Infracciones de Derechos de Propiedad Intelectual”. *Publicación Conmemorativa XV Aniversario Asociación Antiguos Alumnos de Magister Lvcentinvs* (2010), p. 5. <http://www.uaipit.com/aaaml/SandraGarc.pdf> (acceso: 27/02/2015).

⁴⁸⁰ *Ibíd.*

El fundamento, en estos casos, para buscar responsabilizar a los intermediarios de Internet es que son ellos, al facilitar el acceso a la información, quienes se encuentran en una mejor posición –desde el punto de vista práctico y técnico– de prevenir un potencial daño ocasionado por los contenidos que los usuarios de sus servicios difunden⁴⁸¹. Como se mencionó anteriormente, esa es precisamente una de las razones por las que los Estados prefieren utilizar la teoría de *gatekeepers* como mecanismo para controlar los posibles ilícitos cometidos a través de un abuso de la libertad de expresión en Internet. Adicionalmente, se considera que resulta menos oneroso para el Estado –y para los presuntos potenciales afectados por los contenidos diseminados– identificar a los intermediarios de Internet que hacen posible el acceso de los contenidos, que ubicar a los autores de dicha información a fin de perseguir una reparación por el supuesto daño causado⁴⁸². Más aún, incluso se ha argumentado que dichos intermediarios podrían encontrarse en una situación de “[...] mayor solvencia [que el infractor] para reparar el daño cometido”⁴⁸³.

⁴⁸¹ Por ejemplo, *vid.* lo expresado en estos casos de responsabilidad de motores de búsqueda en Argentina: *Cfr.* Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 75 de la República Federal Argentina. *Da Cunha Virginia c/Yahoo de Argentina SRL y otro s/Daños y Perjuicios*. Expte. No. 99.620/2006. Sentencia de 29 de julio de 2009. <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/JurisprudenciaFalloDaaCunhacYahoo.html> (acceso: 15/02/2015); Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 95 de la República Federal Argentina. *Rodríguez María Belén c/Google INC. s/Daños y Perjuicios*. Expte. No. 99.613/2006. Sentencia de 4 de marzo de 2010. <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/JurisprudenciaFalloRodriguezcGoogle.html> (acceso: 15/02/2015); Xalabarder Plantada, Raquel. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2 (2006), pp. 2 y 11. <http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarder.pdf> (acceso: 10/02/2015).

⁴⁸² *Cfr.* García Cabezas, Sandra. “La Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet por Infracciones de Derechos de Propiedad Intelectual”. *Óp. cit.*, p. 6; Peguera Poch, Miguel. “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet”. *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Morales Prats, Fermín y Morales García, Oscar (coords.). Barcelona: Arazandi, 2001, p. 3.

⁴⁸³ Xalabarder Plantada, Raquel. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP)... *Óp. cit.*, pp. 2 y 11. En el mismo sentido, *vid.*, por ejemplo, García Cabezas, Sandra. “La Responsabilidad

En mi opinión, estos enfoques no son acertados en la medida en que los intermediarios de Internet –tanto ISP como OSP– son meros facilitadores para que sus usuarios puedan difundir los contenidos que elaboran y acceder a los que elaboran otros, facilitando así el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en ambas dimensiones. Resulta incluso descabellado pretender que los intermediarios monitoreen y estén al tanto de todo el universo de contenidos que circulan gracias a su infraestructura y servicios y peor aún pretender que éstos se conviertan en censores privados y además en jueces para determinar cuándo podría operar una restricción al derecho a la libertad de expresión de sus usuarios en razón de potenciales vulneraciones a otros bienes jurídicos originadas en los contenidos que éstos han difundido. Esto no solo sería una completa anulación a libertades fundamentales, entre ellas el derecho del debido proceso, sino también sería contraria a las características de pluralidad y apertura de Internet. Los Estados, al pretender controlar o vigilar la actuación en línea de sus ciudadanos a fin de evitar una conducta que pudiera resultar en un ejercicio abusivo de la libertad de expresión a través de los *gatekeepers* no solamente estarían imponiendo una carga excesiva en los intermediarios de Internet, sino también incumpliendo con sus obligaciones de respeto y garantía de derechos fundamentales como la libertad de expresión, las garantía del debido proceso y la protección judicial, entre otros.

Civil de los Proveedores de Servicios de Internet por Infracciones de Derechos de Propiedad Intelectual”. *Óp. cit.*, p. 6; Peguera Poch, Miguel. “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet”. *Óp. cit.*, p. 3; Martinet Farano, Béatrice. “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches. *TTLF Working Paper No. 14* (2012), pp. 6, 8. http://www.law.stanford.edu/sites/default/files/publication/300252/doc/slspublic/farano_wp14-4.pdf (acceso: 26/02/2015).

3.2.3. Argumentos en contra de la atribución de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet

Por otro lado, existe quienes sostienen que la atribución de responsabilidad a los intermediarios de Internet no es la solución adecuada para que los Estados cumplan con su objetivo de proteger determinados bienes jurídicos que pudieran estar en peligro. Este enfoque se sustenta sobre “[...] el principio de que los usuarios son los responsables finales por las acciones que realizan cuando acceden a Internet”⁴⁸⁴. Además parte de la postura, adecuada a mi parecer, que sostiene que al hablar de intermediarios de Internet –en la gran mayoría de los casos y a los efectos que nos ocupan en esta investigación– no estamos ante actores o agentes que *elaboran* los contenidos; sino ante los que facilitan el acceso a éstos a través de la conectividad y los distintos servicios que ya se ha mencionado⁴⁸⁵.

Es innegable que los ISP y los OSP son indispensables para que los ciudadanos que utilizamos esos servicios podamos comunicarnos e interactuar a través de Internet, buscando y emitiendo diferentes mensajes, puntos de vista, sentimientos, informaciones, expresiones artísticas. Empero, no se puede ignorar ni soslayar el hecho que dichos contenidos son elaborados y puestos a disposición por parte de quienes contratamos los servicios de los intermediarios de Internet, quienes vendrían a ser únicamente los facilitadores –como bien han considerado las autoridades judiciales Argentinas, por ejemplo– de los mismos y, en ningún momento han intervenido como autores ni editores de éstos. El pensar lo contrario podría conllevar algunos riesgos que se esboza a continuación.

⁴⁸⁴ Llanea González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 71.

⁴⁸⁵ *Id.*, p. 186.

En primer lugar, es evidente que los intermediarios al estar expuestos a la amenaza de una posible sanción aparejada a su responsabilidad jurídica por la información difundida por sus usuarios van a curarse en salud y cumplir con sus obligaciones legales de monitorear, vigilar y retirar o bloquear el acceso a contenidos en la red que podrían considerarse atentatorios a otros derechos, convirtiéndose así en una especie de censores privados⁴⁸⁶. Sin embargo, es necesario considerar que esto no es técnicamente posible en todos los casos pues en su mayoría existen situaciones en las cuales “[...] el volumen de información que alojan o transmiten hace inviable su supervisión”⁴⁸⁷. Esto no resulta riesgoso solamente respecto de los contenidos potencialmente nocivos, sino también –y en mayor medida– al tratarse de discursos o informaciones que estén amparadas por el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, vendría a imponerse una restricción ilegítima a la libertad de circular y recibir información de los ciudadanos que utilizan los servicios de los referidos intermediarios. Más aún, es posible que los gobiernos abusen de este escenario para, a través de sus *gatekeepers*, censurar contenidos que les resulten incómodos⁴⁸⁸.

Esto sería la consecuencia de la posibilidad de que los intermediarios se vean expuestos a este tipo de responsabilidad en razón de las leyes vigentes que regulan la libertad de

⁴⁸⁶ Cfr. MacKinnon, Rebeca *et al.* *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*. Óp. cit., p. 20.

At the same time, all commercially operated Internet intermediaries studied in this report do require users to agree to ‘terms of service’ before they are allowed to use the service. Sometimes such terms may restrict users’ speech that is actually protected by the law in some jurisdictions. (For example: Facebook and Twitter ban adult nudity and various forms of hate speech on their platforms in the United States even though most such content is not illegal in the US.) While the enforcement of such terms may resemble an editorial function, the legal basis for terms of service enforcement in the US and Europe (where internet intermediaries first emerged) is derived not from media law but from contract and commercial law, whereby companies have a right to require that users abide by terms of service in exchange for the provision of an online service operated by a private or commercial entity.

⁴⁸⁷ Peguera Poch, Miguel. “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet”. Óp. cit., p. 3.

⁴⁸⁸ Zuckerman, Ethan. “Intermediary Censorship”. Óp. cit., pp. 72-73.

expresión en general, o de leyes específicas sobre la materia redactadas en términos generales, ambiguas, oscuras y/o poco transparentes respecto de los deberes, obligaciones y métodos que podrán o deberán utilizar los intermediarios evitar una responsabilidad. Tampoco se debe dejar de lado que el proceso de toma de decisiones de los intermediarios, al momento de cumplir con sus obligaciones legales impuestas por las leyes que les atribuyen responsabilidad jurídica, debe ser transparente a fin de evitar que sus decisiones estén influenciadas por presiones políticas o que devengan en prácticas discriminatorias frente a determinados tipos de contenidos –o emisores de los mismos–⁴⁸⁹.

Hay quienes consideran que los OSP no son autores de los contenidos que se visualizan gracias a ellos, pero que tampoco pueden estar sometidos al mismo régimen que los ISP – pues no son meros conductores de la información– y que por lo tanto aquellos se encuentran en una zona gris en la cual es más difícil determinar el tipo de responsabilidad que se les ha de atribuir, pues es a través de sus plataformas y servidores que se puede publicar y difundir la información⁴⁹⁰, tomemos como ejemplo los motores de búsqueda, páginas *web* de toda índole, incluyendo las de medios de comunicación tradicionales como radio, prensa, televisión, redes sociales como Facebook, Twitter, entre otras. Sin embargo, a mi modo de ver, la exención general de responsabilidad y de obligaciones conexas para los intermediarios de Internet debería aplicarse tanto a ISP como a OSP en la medida en que ninguno de éstos interviene en la elaboración o creación de los contenidos que sus usuarios difunden a través del uso de la infraestructura y servicios de éstos.

⁴⁸⁹ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. “Reporte del Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de 16 de mayo de 2011”. *Óp. cit.*, párr. 42.

⁴⁹⁰ *Cfr.* Cheung, Anne. *Liability of Internet Host Providers in Defamation Actions: From Gatekeepers to Identifiers*. University of Kong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2014/013, pp. 1-2. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2428566 (acceso: 20/02/2015).

Para mí, es crucial tener en cuenta que los usuarios de los servicios prestados por los intermediarios están amparados por el debido proceso incluso si los contenidos que publican llegan a ser considerados contrarios a bienes jurídicos distintos del derecho a la libertad de expresión y en ese sentido, los bloqueos o dada de baja de contenidos por parte de los intermediarios de Internet como censores privados vendrían a ser inaceptables, sobre todo tomando en cuenta el hecho de que éstos podrían responder a presiones de gobiernos o intereses que pretendan censurar expresiones críticas que sean legítimas y que los usuarios autores de los contenidos no tendrían una manera efectiva de ejercer contradicción y su derecho a la defensa. En consecuencia, considero que estas medidas deberán responder por regla general a la decisión de una autoridad competente, de preferencia de naturaleza judicial, que garantice un debido proceso y derecho a la defensa de las partes en juego, así como una maximización del derecho a la libertad de expresión y que constate la verificación de los requisitos del test tripartito antes de imponer una restricción al mismo. En ese sentido, se debe ratificar además que los intermediarios de Internet juegan un papel fundamental para facilitar el ejercicio de la libertad de expresión en nuestra era; en lugar de buscar la manera de convertirlos en la principal limitación u obstáculo para el ejercicio de este derecho.

3.2.4. Ámbitos en los que se ha aplicado o pretendido aplicar la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet

3.2.4.1. Situaciones que involucran potenciales vulneraciones del derecho a la privacidad, honra y dignidad

Uno de los ámbitos en los que se genera tensión con el derecho a la libertad de expresión es en el escenario en que existan posibles vulneraciones al derecho a la privacidad o al honor de terceros en razón de los contenidos que se publiquen o difundan en Internet –así como en el ámbito *offline*–. En consecuencia, este es uno de los contextos en los cuales se ha pretendido responsabilizar a los intermediarios de Internet por los contenidos potencialmente nocivos a estos derechos que publiquen sus usuarios⁴⁹¹.

Un ejemplo de ello es el *boom* que tuvieron hace algunos años las demandas por daños y peticiones de medidas cautelares presentadas por varias celebridades y figuras públicas presentadas en contra de motores de búsqueda como Google, Yahoo y Bing por presuntas afectaciones a su honor y privacidad en Argentina⁴⁹². En estos casos, las pretensiones de los actores consistían en que se haga responsable a los motores de búsqueda por el hecho de que varios *websites* que se desplegaban como resultados al buscar los nombres de los actores hacían mención a actividades relacionadas con pornografía o prostitución –sin necesariamente relacionar estas actividades con los nombres de los actores– u otros

⁴⁹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Federal Argentina. *Rodríguez, María Belén c/Google Inc. s/daños y perjuicios*. Sentencia de 28 de octubre de 2014. <http://www.informaticalegal.com.ar/2014/10/28/sentencia-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion-csnj-rodriguez-maria-belen-c-google-inc-s-danos-y-perjuicios/> (acceso: 15/02/2015); y Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Federal Argentina. *Da Cunha, Virginia c/Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/daños y perjuicios*. Sentencia de 30 de diciembre de 2014. <http://www.lanacion.com.ar/1760000-corte-suprema-buscadores-no-son-responsables-del-contenido-virginia-da-cunha-barbara-lorenzo> (acceso: 15/02/2015).

⁴⁹² *Cfr.* Rabinovich, Eleanora. “Challenges Facing Freedom of Expression: Intermediary Liability in Argentine Case-Law”. *Asociación por los Derechos Civiles*. March 29 – 3, 2012, p. 1.

contenidos que los actores consideraban ofensivos a su honor y que, en consecuencia, pretendían que se ordene a dichos buscadores a eliminar el vínculo entre sus nombres y los referidos sitios⁴⁹³.

En este contexto se suscitaron, entre muchos otros, los precitados casos de la cantante Virginia Da Cunha y la modelo María Belén Rodríguez en los cuales se dieron las respectivas sentencias de la Suprema Corte de la Nación⁴⁹⁴. En el caso Da Cunha la autoridad judicial que conoció el caso en primera instancia consideró que si bien las compañías demandadas no habían elaborado los contenidos que suscitaron la controversia, éstas tuvieron el rol de facilitar o posibilitar el acceso a los mismos y, en consecuencia, debían ser consideradas responsables por los daños ocasionados en razón de éstos a la accionante. Por lo tanto, ordenó a las demandadas a “[...] elimina[r] de las vinculaciones entre [sus] buscadores [...] y los sitios de contenido sexual, erótico y/o pornográfico que contengan el nombre, imagen y fotografías [...] de la accionante”⁴⁹⁵. Más adelante, este fallo fue revocado en segunda instancia en razón de que no conviene atribuir responsabilidad a los intermediarios que proporcionan servicios de búsqueda cuando la información presuntamente nociva no haya sido creada por ellos sino simplemente

⁴⁹³ *Ibíd.*

⁴⁹⁴ *Cfr.* Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Federal Argentina. *Da Cunha, Virginia c/Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/daños y perjuicios*. Sentencia de 30 de diciembre de 2014.

⁴⁹⁵ *Cfr.* Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 75 de la República Federal Argentina. *Da Cunha Virginia c/Yahoo de Argentina SRL y otro s/Daños y Perjuicios*. Expte. No. 99.620/2006. Sentencia de 29 de julio de 2009. <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/JurisprudenciaFalloDaaCunhacYahoo.html> (acceso: 15/02/2015). En sentido similar *vid.* Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 95 de la República Federal Argentina. *Rodríguez María Belén c/Google INC. s/Daños y Perjuicios*. Expte. No. 99.613/2006. Sentencia de 4 de marzo de 2010. <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/JurisprudenciaFalloRodriguezcGoogle.html> (acceso: 15/02/2015).

organizada e indexada⁴⁹⁶, como sería la función de los OSP en aplicación de la doctrina de reporte fiel –conocida en el derecho argentino como doctrina Campillay⁴⁹⁷– y porque los ISP simplemente proveen la infraestructura y la conectividad.

En este tipo de casos, la importancia de evitar una responsabilidad a los intermediarios de Internet que no intervienen en el contenido y difusión de expresiones en Internet radica en la necesidad de evitar generar efectos inhibitorios o disuasivos en quien se expresa, así como la autocensura a fin de evitar imponer cortapisas innecesarias o irrazonables en el debate plural y democrático⁴⁹⁸. En ese sentido se pronunció la Suprema Corte de la Nación en el contexto de los casos Rodríguez y Da Cunha hacia finales del 2014⁴⁹⁹.

Un enfoque en este sentido es el contenido la sección §230 de la *Communications Decency Act* (CDA) de Estados Unidos que opta por “[r]emover los desincentivos para el desarrollo y utilización de tecnologías de bloqueo y filtrado que empodere a los padres a restringir el acceso de sus hijos a material objetable o inapropiado disponible en línea”⁵⁰⁰. La ley, entre otras disposiciones, establece muy claramente que los intermediarios –o usuarios de ISP o OSP “[...] o de un servicio interactivo de computación” será tratado como medio si fuera autor o medio respecto de información proveída por terceros⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro. Sentencia de 10 de agosto de 2010. Citada en: Rabinovich, Eleanora. “Challenges Facing Freedom of Expression: Intermediary Liability in Argentine Case-Law”. *Asociación por los Derechos Civiles*. March 29 – 3, 2012, p. 8.

⁴⁹⁷ Rabinovich, Eleanora. “Challenges Facing Freedom of Expression: Intermediary Liability in Argentine Case-Law”. *Asociación por los Derechos Civiles*. March 29 – 3, 2012, p. 11.

⁴⁹⁸ *Ibíd.*

⁴⁹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Federal Argentina. *Rodríguez, María Belén c/Google Inc. s/daños y perjuicios. Óp. cit.*; y Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Federal Argentina. *Da Cunha, Virginia c/Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/daños y perjuicios. Óp. cit.*

⁵⁰⁰ *Communications Decency Act*, 47 U.S.C. §230 (b) (4). Traducción libre.

⁵⁰¹ *Id.*, (c).

De manera similar a la CDA de Estados Unidos, la Directiva sobre Comercio Electrónico No. 2000/31/CE del Parlamento Europeo y Consejo de Europa (DCE) releva de responsabilidad a los intermediarios tránsito en razón de los contenidos publicados por sus usuarios en tanto éstos cumplan con tres criterios: (i) no haber iniciado la entrega de la información, (ii) no determinen el destinatario de la transmisión de información, y (iii) no hagan modificaciones ni seleccione la información que se transmite a través de ellos⁵⁰²; así queda configurado el principio de *mera transmisión*. Esta norma agrega que esta exención general de responsabilidad no excluirá la posibilidad de que una autoridad judicial o administrativa comine a un intermediario de Internet a evitar o dejar de cometer una conducta que constituya infracción⁵⁰³. De manera similar, la Directiva exime de responsabilidad a los proveedores de servicios de *caching* –o almacenamiento automático–⁵⁰⁴ y a los de servicios de alojamiento⁵⁰⁵ en tanto cumplan con condiciones similares a las ya referidas⁵⁰⁶. Asimismo, la Directiva Europea proscribe a los Estados miembro la imposición de un deber general de vigilancia o monitoreo, y búsquedas activas a los intermediarios que se acaba de mencionar respecto de “[contenidos], hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas⁵⁰⁷”.

⁵⁰² Directiva Europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, (2000). Artículo 12 inciso 1.

⁵⁰³ *Id.*, Artículo 12 inciso 2.

⁵⁰⁴ *Id.*, Artículo 13 inciso 1.

⁵⁰⁵ *Id.*, Artículo 14 inciso 1.

⁵⁰⁶ *Cfr.* Directiva Europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, (2000). Artículo 13 inciso 1 literales a) – e); y artículo 14 inciso 1 literales a) y b).

⁵⁰⁷ *Id.*, Artículo 15 inciso 1.

Análogamente, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de España⁵⁰⁸ establece el mismo régimen de exención de responsabilidades que la Directiva Europea⁵⁰⁹ y agregan la inmunidad frente a una posible responsabilidad para los motores de búsqueda o los intermediarios que “faciliten enlaces”⁵¹⁰. En ambos casos está contemplada la disposición de que para que opere la exención de responsabilidad es necesario que el intermediario no tenga conocimiento efectivo de que los contenidos que facilita vulneran bienes jurídicos⁵¹¹. A mi modo de ver, estas exenciones, en tanto reglas generales, deberían aplicarse extensivamente a todos los intermediarios de Internet, incluyendo los Prestadores de Servicios en Línea en tanto éstos no tengan injerencia en calidad de autores o editores de los contenidos que publiquen o cuelguen en la red sus usuarios.

Un ejemplo, entre muchos, de cómo la existencia de mecanismos que prevean la atribución de responsabilidad de los intermediarios de Internet afecta la libertad de expresión y puede prestarse a abusos en las restricciones arbitrarias de éste derecho es el pedido de bloqueo de 16 cuentas de Twitter, *websites* y sitios de Facebook, así como canales de Youtube y blogs por parte del Ministro de Telecomunicaciones de la India en el año 2012 por contenidos que eran, en definitiva, parodias respecto del Primer Ministro⁵¹².

⁵⁰⁸ Ley 34/2002 de 11 de julio de 2002.

⁵⁰⁹ *Cfr. Id.*, Artículos 13-16.

⁵¹⁰ *Cfr. Ley 34/2002 de 11 de julio de 2002. Artículos 13 inciso 1 literal e) y 14 inciso 1 literal b) ; y Ley 34/2002 de 11 de julio de 2002. Artículo 17.*

⁵¹¹ *Cfr. Id.*, Artículo 17.

⁵¹² *Cfr. Philip, Thomas Joji. “Government blocks Twitter handles of journalists, right-wing groups –here is the proof”. The Economic Times. 23/08/2012. http://articles.economictimes.indiatimes.com/2012-08-23/news/33342537_1_twitter-accounts-twitter-users-block-six-fake-accounts (acceso: 24/02/2015).*

Si bien en dicho pedido no se mencionan las provisiones de la *IT Act*⁵¹³ que podrían ampararlo este pedido prosperó⁵¹⁴ y constituye un ejemplo de cómo los funcionarios de gobierno podrían abusar de este tipo de normas para dar de baja contenidos que podrían resultarles incómodos y así impedir la crítica y el debate con diversidad de perspectivas y pluralidad de opiniones tan importante en una sociedad democrática.

Un caso a destacar relacionado con este asunto es el decidido en el 2013 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Delfi AS v. Estonia*, en el cual el referido Tribunal consideró que las actuaciones de las autoridades judiciales internas constituyeron una restricción “[...] justificada y proporcional” respecto del derecho a la libertad de expresión de la referida compañía⁵¹⁵. Dichas actuaciones se dieron en el marco de la acción iniciada contra Delfi AS por supuestos comentarios difamatorios publicados por los usuarios que accedían al sitio de noticias de la referida compañía⁵¹⁶. Entre los motivos para no considerar la exención de responsabilidad de Delfi, conforme la precitada Directiva de la Unión Europea, están que dicha empresa no tiene la calidad de un “*technical intermediary*”, sino que ha actuado como proveedor de contenidos, que eliminaba e incluso modificaba ciertos comentarios⁵¹⁷ lo cual a mi parecer es una interpretación que deja de lado otros estándares fundamentales acerca la materia, sobre todo respecto del derecho a la libertad de expresión.

⁵¹³ Cfr. India Information Technology Act (No. 21 of 2000).

⁵¹⁴ Cfr. Philip, Thomas Joji. “Government blocks Twitter handles of journalists, right-wing groups –here is the proof”. *The Economic Times*. 23/08/2012. http://articles.economictimes.indiatimes.com/2012-08-23/news/33342537_1_twitter-accounts-twitter-users-block-six-fake-accounts (acceso: 24/02/2015).

⁵¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Delfi AS v. Estonia*, Judgement of 10 October 2010, Application No. 64569/09, párr. 92. Traducción libre.

⁵¹⁶ *Id.*, párrs. 7-41. Traducción libre.

⁵¹⁷ *Id.*, párrs. 65. Traducción libre.

3.2.4.2. **Situaciones que involucran potenciales vulneraciones de derechos patrimoniales de propiedad intelectual (*copyright*)**

En este escenario, nos encontramos ante dos posiciones en tensión: quienes son titulares de derechos de propiedad intelectual respecto de un determinado material y alegan que ha existido un uso abusivo de su material protegido a través de la actuación de los usuarios en Internet y que éste vulnera sus derechos patrimoniales de propiedad intelectual y los ha perjudicado económicamente, por un lado; y los intermediarios de Internet que han hecho posible que sus usuarios accedan a dicho material, sin necesariamente tener si quiera conocimiento de los propósitos para los cuales éste ha de utilizarse, por otro⁵¹⁸. Tanto éstos últimos, como sus usuarios han abogado por la preservación de un Internet libre, que permita a todos acceder a la más amplia pluralidad de contenidos a través de este canal⁵¹⁹, como debería suceder en toda sociedad democrática.

Para comprender la razón de la controversia o tensión entre ambas posiciones es preciso comprender que la iniciativa por crear un marco legal que regule la responsabilidad de los intermediarios de Internet en este aspecto comenzó hacia mediados de los '90 en Estados Unidos, donde “[l]os estudios discográficos y la industria cinematográfica [quienes] veían a Internet como una amenaza para su negocio” exigieron al gobierno que promulgue una ley en ese sentido, lo cual resultó en la aprobación de la *Digital Millennium*

⁵¹⁸ Martinet Farano, Béatrice. “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”. *Óp. cit.*, p. 2.

⁵¹⁹ *Ibíd.*

Copyright Act (DMCA)⁵²⁰ que también tuvo como antecedente la adopción del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI o *WIPO* por sus siglas en inglés) sobre Derecho de Autor⁵²¹.

La tensión surge, evidentemente, porque el creciente uso de Internet facilita la aparición de, por ejemplo, piratería pues estamos ante “[...] una realidad en que todo contenido digital es susceptible de copiarse (con las mismas características del original) [...]”⁵²². En efecto, con el surgimiento de las redes *peer to peer* o P2P este tipo de descargas ha proliferado, no necesariamente con fines ilegítimos como por ejemplo incurrir en piratería, sino por ejemplo con miras a probar el material antes de adquirirlo o a fin de adquirir material que sería excesivamente oneroso adquirirlo de otra manera⁵²³. Incluso éstas redes han permitido la descarga de materiales cuyas licencias se encuentran abiertas⁵²⁴. La consecuencia lógica ante este escenario –excepto con el material libre de licencias–, a la luz de la legislación que ampara los derechos de autor, es que se active la protección de éstos, a menos que se logre comprobar la existencia de un uso justo, o

⁵²⁰ Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Óp. cit.*, p. 73.

⁵²¹ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996).

⁵²² Lessig, Lawrence. *Por una Cultura Libre: Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para clausurar la cultura y controlar la creatividad*, trad. de Antonio Córdoba/elástico.net, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005, ps. 49 y ss. Citado en: Bertoni, Eduardo. “La tensión entre la protección de la propiedad intelectual y el intercambio de contenidos en la red. A propósito del caso Cuevana en Argentina y la «Ley Lleras» en Colombia”. *Óp. cit.*, p. 93.

⁵²³ Bertoni, Eduardo. “La tensión entre la protección de la propiedad intelectual y el intercambio de contenidos en la red. A propósito del caso Cuevana en Argentina y la «Ley Lleras» en Colombia”. *Óp. cit.*, p. 93. Asimismo, *vid.* entre otros, Malaja, Polina. *The Liability of Internet Service Providers for Copyright Infringements: exception to copyright protection derived from freedom of expression*. Tesis de Maestría. Universidad de Lund. Lund, 2014, pp. 15 – 30. <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4580420&fileId=4580421> (acceso: 03/03/2015).

⁵²⁴ Bertoni, Eduardo. “La tensión entre la protección de la propiedad intelectual y el intercambio de contenidos en la red. A propósito del caso Cuevana en Argentina y la «Ley Lleras» en Colombia”. *Óp. cit.*, p. 93.

compatible con los derechos de autor, del material, sumado al hecho de que la tecnología ahora “[...] permit[e] que el dueño de los derechos de autor ejer[za] un control directo sobre cada copia de su trabajo”⁵²⁵. Así, existe normativa que ha sido adoptada a fin de proteger este tipo de derechos –con matices más o menos estrictos– como la que se expone a continuación.

Por ejemplo, el Tratado de la OMPI o en la declaración concertada respecto a la interpretación de su artículo 8 establece que “[...] el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado [...]”⁵²⁶. De esta lectura se desprende que a efectos del mencionado instrumento, los intermediarios de Internet – específicamente los ISP–, por ejemplo, no son considerados como emisores de las comunicaciones y, en consecuencia no deberían ser responsables por los contenidos que se transmitan gracias a la prestación de sus servicios. Este régimen de inmunidad o exención de responsabilidad fue muy similar en los términos establecidos por las ya referidas DMCA y Directiva de Comercio Electrónico de la Unión Europea⁵²⁷. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que sin bien las actividades de los intermediarios de Internet son en esencia las mismas desde la promulgación de normas como la DMCA y la Directiva de la Unión Europea; la manera en que esta provisión de servicio se lleva a cabo ha evolucionado y –por ejemplo– existen ahora intermediarios que tienen un rol más activo respecto de los contenidos o prestan

⁵²⁵ Lessig, Lawrence. *Por una Cultura Libre...* pp. 87 y ss. Citado en: Bertoni, Eduardo. “La tensión entre la protección de la propiedad intelectual y el intercambio de contenidos en la red. A propósito del caso Cuevana en Argentina y la «Ley Lleras» en Colombia”. *Óp. cit.*, p. 93.

⁵²⁶ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996). Artículo 8 y Declaración concertada respecto del Artículo 8.

⁵²⁷ Martinet Farano, Béatrice. “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches”. *Óp. cit.*, p. 3.

varios tipos de servicios⁵²⁸. Además, desde mi perspectiva debería extenderse esta exención general a otro tipo de intermediarios, como por ejemplo los OSP en la medida en que éstos no tienen por qué conocer todo el detalle de los contenidos o materiales a los que éstos facilitan el acceso. Por otro lado, la DMCA ha abierto la puerta a un sinnúmero de decisiones contra los intermediarios de Internet a pesar de contener la exención general de responsabilidad, pues esta norma también contempla un régimen que permite a los usuarios titulares de los derechos de autor que podrían ser infringidos iniciar un proceso simplificado y expedito para solicitar a los intermediarios de Internet la baja de los contenidos que estén siendo utilizados de manera que ocasionen dicha vulneración de derechos⁵²⁹. Este procedimiento se explicará en líneas siguientes al referirnos a los procedimientos de notificación y bajada (*notice and takedown*).

Por su parte, la sección §512 de la DMCA establece, en principio, un régimen general de inmunidad, o *safe harbors* para los intermediarios que provean (i) servicios de transmisión, enrutamiento, conexión o almacenamiento de contenidos⁵³⁰, a los que ofrezcan (ii) servicios de almacenamiento temporal en la memoria *cache*⁵³¹, (iii) por el almacenamiento en la dirección de un usuario del material que resida en una red o sistema que sea controlado por el proveedor o *hosting*⁵³² y (iv) los que ofrezcan el servicio de direccionar o vincular a los usuarios con los contenidos, como es el caso de los motores de

⁵²⁸ *Id.*, p. 5.

⁵²⁹ *Id.*, pp. 9 – 10.

⁵³⁰ *Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. §512 (a).

⁵³¹ *Id.*, §512 (b).

⁵³² *Id.*, §512 (c).

búsqueda u otros que realicen actividades de *linking*⁵³³ en la medida en que cumplan ciertas condiciones específicas que se detallarán a continuación.

En primer lugar, respecto a los requisitos que deberán cumplir los intermediarios de (i) transmisión o meros conductores a fin de no ser responsables jurídicamente por los contenidos potencialmente nocivos son: que la transmisión del contenido haya sido iniciada por otro; que los servicios se presten a través de un proceso automático sin que el proveedor de los mismos haga una selección de los materiales ni de los receptores de dicha información; que los proveedores no mantengan una copia de la información, de manera que sea accesible al público, en sus sistemas; y, que el proveedor haya transmitido el material sin haber modificado el contenido del mismo⁵³⁴. Ahora, respecto de los proveedores de (ii) servicios de *caching* éstos deberán cumplir con los mismos requisitos que los intermediarios de transmisión o *mere conduits* y, además: cumplir con todas las reglas que haya fijado el generador del contenido respecto a las actualizaciones del material, en tanto éstas sean acordes a las prácticas generalmente aceptadas en la industria; no interferir con cualquier tecnología; de cumplir con las restricciones de acceso proveídas por el generador del material; y, dar respuesta expedita a cualquier notificación referente a una vulneración de *copyright*, o deshabilitar el acceso al material de manera inmediata una vez que haya sido informado de la eliminación del material en el sitio originario o que éste será removido en cumplimiento de una orden judicial⁵³⁵. En lo que se refiere a los intermediarios de (iii) *hosting* y a los que ofrecen servicios de (iv) *linking* o referencia, a fin

⁵³³ *Id.*, §512 (c).

⁵³⁴ *Id.*, §512 (a).

⁵³⁵ *Id.*, (b).

de estar exentos de responsabilidad bastará con que éstos: no tengan certeza de que el material, o las actividades relacionadas con éste, sea vulneratorio; que a falta de dicha certeza, éstos no estén conscientes de hechos o circunstancias de las cuales se desprenda una apariencia de que el material podría infringir derechos; que una vez tengan dicha certeza o conocimiento remueva o deshabilite los accesos a los contenidos en cuestión de manera inmediata, o una vez que sean notificados de tal situación; y, que no reciban ningún beneficio financiero relacionado con la actividad infractora⁵³⁶.

En nuestra región, existen iniciativas o leyes aprobadas en la materia para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas con Estados Unidos en virtud de los Tratados de Libre Comercio celebrados con este Estado y dos ejemplos de ello son Colombia y Chile⁵³⁷. En cuanto a la primera, es destacable que hubo un proyecto de ley en el 2011 conocido como “Ley Lleras” que además de establecer las causas que podrían ocasionar una exención de responsabilidad a los intermediarios de Internet –diferenciando los casos de los ISP de los OSP– contemplaba también un régimen de retirada de contenidos similar al de la DMCA en la medida en que no disponía la necesidad de una orden judicial para el efecto⁵³⁸. Más adelante se aprobó la “Ley Lleras 2.0” que “[...] dedicó su articulado a la modificación de las normas sobre derechos de autor en cuanto a sus definiciones, derechos exclusivos, medidas tecnológicas de protección, y excepciones y limitaciones, pero

⁵³⁶ *Id.*, §512 (c) y (d).

⁵³⁷ *Cfr.* Lara, Juan Carlos y Vera, Francisco. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet”. *ONG Derechos Digitales Policy Paper No. 3*, pp. 16, 20, 23. <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf> (acceso: 15/01/2015).

⁵³⁸ *Cfr.* Lara, Juan Carlos y Vera, Francisco. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet”. *Óp. cit.*, p. 16.

excluyendo la regulación de los intermediarios”⁵³⁹. En cuanto al caso chileno, la normativa aprobada en el año 2010 prescribe tres requisitos a fin de que los intermediarios –excepto los OSP dedicados a prestar servicios de referencia, búsqueda o enlaces– y se refieren (i) al establecimiento de cláusulas que prevean la potestad de éstos de terminar los contratos celebrados con los OSP que hayan sido “[...] calificados judicialmente como infractores reincidentes de derechos de autor”; (ii) que éstos no obstaculicen las protecciones que se utilicen de manera generalizada para proteger el material en cuestión; y (iii) que se abstengan de generar el referido material y de seleccionar a los destinatarios del mismo”⁵⁴⁰.

En este último caso, los OSP que ofrezcan servicios de búsqueda, referencia o enlaces están sujetos a un régimen un tanto distinto del establecido por el DMCA, pues a pesar de tener que cumplir con requisitos u obligaciones similares como por ejemplo no obtener un beneficio –directo o indirecto– atribuible a la actividad infractora, o que retire o impida el acceso al material cuestionado de manera expedita, la norma chilena plantea un requisito adicional: es necesario que el intermediario de Internet no haya tenido conocimiento efectivo de que se estaba llevando a cabo una actividad infractora⁵⁴¹. Lo particular de esto es que la propia norma define conocimiento efectivo como la existencia de

⁵³⁹ Lara, Juan Carlos y Vera, Francisco. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet”. *Óp. cit.*, p. 16; Vargas Prieto, Juliana. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de almacenamiento de datos por infracciones a derechos de autor: una propuesta para la regulación colombiana”. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. Universidad de los Andes 10 (2013), pp. 24 – 26. <http://www.leyex.info/magazines/N1020137.pdf> (acceso: 27/01/2015). También *vid.* Cerda Silva, Alberto. “Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLII (2014), pp. 122 – 124, 126, 128, 130 – 135. <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n42/a04.pdf> (acceso: 19/02/2015).

⁵⁴⁰ Lara, Juan Carlos y Vera, Francisco. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet”. *Óp. cit.*, pp. 20 – 21. *Vid.*, además, Cerda Silva, Alberto. “Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea”. *Óp. cit.*, pp. 122 – 124, 126, 128, 130 – 135.

⁵⁴¹ Lara, Juan Carlos y Vera, Francisco. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet”. *Óp. cit.*, pp. 21 – 22. Además, *vid.* Cerda Silva, Alberto. “Limitación de responsabilidad de los prestadores de

[...] una orden judicial, emanada de autoridad competente, que ordene el retiro del contenido o el bloqueo de su acceso [...] que puede pedirse como medida cautelar judicial o prejudicial, [que] debe ponderar otros bienes puestos en riesgo [...] y puede consistir solamente respecto de los proveedores de conexión, transmisión o enrutamiento, en “medidas razonables” que impidan acceso a un contenido infractor sin implicar bloqueo de contenidos lícitos, y respecto de los proveedores de almacenamiento (temporal o no), en el retiro o el bloqueo al contenido ilícito o la terminación de los servicios infractores reincidentes⁵⁴².

Más aún, esta norma exige que en el marco de este procedimiento judicial –en el ámbito civil– el actor identifique de manera específica qué derechos alega vulnerados y que acredite su titularidad respecto de ellos; que individualice el material o contenido específico que considera vulneratorio a sus derechos, la forma en que éste se ha materializado y la ubicación del mismo⁵⁴³. Esta particular disposición que, en definitiva, proscribe la bajada o bloqueo de contenidos sin la intervención de una autoridad judicial que lo permita junto con la disposición que expresamente garantiza “[...] la posibilidad de oposición, a partir de la solicitud del proveedor de que se deje sin efecto la medida decretada [y de que] la propia autoridad tenga facultad para adoptar las medidas necesarias a fin de identificar a la persona que cometió la infracción”⁵⁴⁴ son verdaderamente destacables y un ejemplo a seguir en la materia –no solo relacionada con posibles vulneraciones de *copyright*, sino con la responsabilidad de intermediarios de Internet por contenidos ajenos en general–.

servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea”. *Óp. cit.*, pp. 122 – 124, 126, 128, 130 – 135.

⁵⁴² Lara, Juan Carlos y Vera, Francisco. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet”. *Óp. cit.*, pp. 20 – 21.

⁵⁴³ *Id.*, p. 22.

⁵⁴⁴ *Ibíd.*

3.2.4.3. Situaciones que involucran potenciales amenazas a la seguridad nacional o el orden público

Las normas que protegen la seguridad nacional, el orden público y conceptos indeterminados similares podrían también dar pie a que se pretenda atribuir responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet, en la medida en que –en casos excepcionales y debidamente justificados– la protección de estos bienes jurídicos podría ameritar una potencial restricción legítima del derecho a la libertad de expresión. Como en todos los casos mencionados anteriormente, existe debate si esa responsabilidad la deben o no asumir los intermediarios de Internet, al no ser ellos quienes han generado los contenidos que podrían resultar nocivos.

Por ejemplo, el proyecto de *Cybercrime Law* de Cambodia⁵⁴⁵, contiene disposiciones que si bien no hacen una referencia expresa a la atribución de responsabilidad para los intermediarios de Internet tipifica como punibles conductas como, por ejemplo, “[p]ublica[r] o continua[r] la publicación que pueda considerarse generadora de inseguridad, inestabilidad y cohesión política [...]”⁵⁴⁶ o “publica[r] o continua[r] la publicación [de información] que pueda considerarse no apegada a los hechos que injurie o debilite la integridad de cualquier agencia gubernamental, ministerio [...]”⁵⁴⁷ y las sanciona

⁵⁴⁵ Cfr. Human Rights Watch. *Concerns and Recommendations on Cambodia Submitted to the UN Human Rights Committee in advance of its Pre-Sessional Review of Cambodia*. 04/03/2015. <http://www.hrw.org/news/2015/03/04/human-rights-watch-concerns-and-recommendations-cambodia-submitted-un-human-rights-c> (acceso: 06/03/2015).

⁵⁴⁶ Kingdom of Cambodia, Nation Religion King. *Cybercrime Law*. Draft V. 1. Unofficial Translation to English. http://www.article19.org/data/files/medialibrary/37516/Draft-Law-On-CyberCrime_Englishv1.pdf (acceso: 09/03/2015).

⁵⁴⁷ *Id.*, Article 28 number 3.

con pena privativa de la libertad y multa⁵⁴⁸. Si bien no estamos hablando de una ley vigente, y tampoco hay una mención expresa a los intermediarios de Internet y al tipo de responsabilidad que se les aplicaría –pues toda la norma está redactada en términos ambiguos y generales– en mi opinión las dos disposiciones que se acaban de mencionar no solo son graves en términos de poder resultar contrarias a la libertad de expresión *offline*; sino que dejan la puerta abierta a que se sancione a los intermediarios de Internet de manera abusiva y arbitraria al facilitar el acceso –o permitir que se sigan publicando– materiales como los que establecen ambas conductas punibles. No está por demás mencionar que son conductas descritas de manera excesivamente amplia y que dan lugar a varias interpretaciones y podrían servir como sustento para acciones y decisiones arbitrarias a fin de sancionar discursos críticos perfectamente legítimos y amparados por el derecho a la libertad de expresión.

Algo similar es lo que podría ocurrir en Ecuador en razón de los tipos penales excesivamente amplios de rebelión y apología que contempla la norma penal vigente pues se utiliza un lenguaje excesivamente amplio que puede prestarse a varias interpretaciones así como a decisiones judiciales abusivas que restrinjan la libertad de expresión de manera directa a los emisores de los contenidos –*online* y *offline*– así como la imposición de responsabilidades a intermediarios de Internet por contenidos que pudieran afectar dichos

3. *Publications or continuation of publication that deemed to generate insecurity, instability, and political cohesiveness is a punishable offence [sic] of incarceration of one to three years and fined of 2,000,000.00 Riels (Two Million Riel) and up to 6,000,000.00 Riels (Six Million Riels).*

⁵⁴⁸ *Id.*, Article 28 number 4.

4. *Publications or continuation of publication that deemed to be non-factual which slanders or undermined[sic] the integrity of any governmental agencies, ministries, not limited to departments, federal or local levels, is a punishable offence or incarceration from one to three years and fined of 2,000,000.00 Riels (Two Million Riels) and up to 6,000,000.00 Riels (Six Million Riels).*

bienes jurídicos, o bien de obligaciones excesivamente onerosas de monitoreo y control sobre los mismos a fin de evitar una responsabilidad. En consecuencia, a fin de evitar potenciales efectos inhibitorios, autocensura, censura privada y, en general, lesiones abusivas e innecesarias al derecho a la libertad de expresión, la recomendación sigue siendo que se establezcan normas claras y precisas que, además, prescriban la necesidad de que los contenidos sean retirados únicamente a pedido de un juez que, respetando las garantías del debido proceso, incluyendo el derecho a la defensa de quien se expresa, haya analizado la pertinencia de la restricción a la luz del test tripartito que ya se ha explicado y cuando esta medida sea absolutamente necesaria.

3.2.4.4. Situaciones que involucran potenciales vulneraciones a los derechos de los niños relacionadas con material que podría constituir pornografía infantil

A pesar de lo que se ha mencionado a lo largo de este documento respecto a cómo Internet ha facilitado y revolucionado nuestras vidas, y ha maximizado el ejercicio de ciertos derechos, existen también escenarios contrarios a esta afirmación. Entre los temas más serios y delicados al hablar del impacto de Internet en los derechos de los niños se encuentra el de la pornografía infantil que puede ser diseminada de manera fácil a través de Internet⁵⁴⁹. Es indudable que este tipo de escenarios constituyen un fin legítimo para

⁵⁴⁹ Hick, Steven y Halpin, Edward. "Children's Rights and the Internet". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. 575 (2001), pp. 57, 60. En similar sentido *vid.* "Child Pornography, the Internet, and the Challenge of Updating Statutory Terms". *Harvard Law Review*, 122 No. 6 (2009), p. 2223.

<http://www.jstor.org/discover/10.2307/40379791?sid=21105701398701&uid=4&uid=2&uid=3739256&uid=3739864> (acceso: 22/02/2015).

imponer restricciones al derecho a la libertad de expresión, y en ese sentido se ha planteado también la posibilidad de hacer responsables a los intermediarios de Internet en razón de estos contenidos que circulan a través de sus redes. Por ejemplo en 1995 un tribunal en Alemania ordenó a la empresa Compuserve a bloquear el acceso de sus usuarios a material ilícito que se encontraba disponible en los grupos de discusión que este intermediario administraba, todo esto en el marco de un proceso judicial por haber difundido pornografía infantil⁵⁵⁰. Este no es más que uno de varios ejemplos al respecto, sin embargo a continuación se expondrán algunos de los enfoques desde los cuales se ha pretendido dar una solución a este problema.

El Libro Verde sobre la Protección de los Menores y la Dignidad Humana de la Comisión Europea establece un principio, a mi modo de ver, crucial en el sentido de que “[...] *el acceso a determinados tipos de contenidos puede prohibirse en el conjunto de la sociedad, sea cual sea la edad de los potenciales destinatarios y sea cual sea el soporte*”⁵⁵¹. Este principio tiene relación con las precitadas normas de la Convención de los Derechos del Niño, de su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el sentido de que, ante estos escenarios, es permisible una medida de restricción anticipada de este tipo de contenidos. Este instrumento incluso destaca la

⁵⁵⁰ Jijena Leiva, Renato Javier. *Contenidos de Internet: Censura o Libertad de Expresión*. Asociación Chilena de Usuarios de Internet (1999). <http://www.mass.co.cl/acui/leyes-jijena2.html> (acceso: 16/01/2015).

⁵⁵¹ Comisión Europea. *Libro Verde sobre la Protección de los Menores y la Dignidad Humana en los Servicios Audiovisuales y de la Información* COM(96) 483 de 16.10.1997, p. 7. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0483&rid=1> (acceso: 06/02/2015). El énfasis pertenece al texto original.

importancia y necesidad de “[...] inculpar la mera posesión de pornografía infantil [...]”⁵⁵². En el mencionado Libro Verde “[...] la responsabilidad de un usuario que carga material ilícito en la red y la de exención de responsabilidad de los operadores que simplemente lo transmiten parece claramente aceptada”⁵⁵³. Sin embargo, este documento contempla un vacío respecto a la determinación de responsabilidad de intermediarios de Internet que ofrezcan servicios de almacenamiento –temporal o definitivo– o de búsqueda y referencias⁵⁵⁴. Esta cuestión, empero, ha sido abordada por otros instrumentos como se explicará a continuación. Por ejemplo, legislaciones como las de Reino Unido, Alemania y Francia han previsto la posibilidad de atribuir responsabilidad a los proveedores de servicios de alojamiento en la medida en que se pueda haber una expectativa razonable de que éstos conozcan que los contenidos que alojan son, en principio, ilegales o que éstos no hayan adoptado las medidas razonables destinadas a dar de baja los mismos una vez que hayan tenido conocimiento de su existencia⁵⁵⁵.

Otro ejemplo es el del caso en que se cuestionó la *Internet Child Pornography Act* de Pensilvania que permitía a los fiscales a solicitar a un tribunal la orden destinada a que los ISP retiraran los contenidos o impidieran el acceso a éstos a los residentes de Pensilvania cuando exista una “[...] causa probable de que el contenido constituyera pornografía infantil” incluso prescindiendo de un proceso judicial contradictorio y, en ocasiones, de un proceso a través de “[...] Notificaciones Informales de Pornografía Infantil a los PSI que

⁵⁵² *Id.*, p. 15.

⁵⁵³ Comisión Europea. *Libro Verde sobre la Protección de los Menores y la Dignidad Humana en los Servicios Audiovisuales y de la Información COM(96) 483 de 16.10.1997*. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0483&rid=1> (acceso: 06/02/2015). Citado en: Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 187.

⁵⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵⁵ *Cfr.* Llana González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales... Óp. cit.*, p. 187.

alojaban sitios *web* que hubieran sido denunciados por un agente o un ciudadano y que la Fiscalía General hubiera identificado como posible pornografía infantil”⁵⁵⁶. En el contexto del caso *Center for Democracy and Technology c/ Pappert* la constitucionalidad de esta ley fue cuestionada bajo el argumento de que establecía una censura previa y prescindía de garantías procesales lo cual suponía una contravención a la Primera Enmienda y este argumento prosperó⁵⁵⁷. A raíz de este caso podemos diferenciar dos posibles enfoques: el que contenía la ley respecto de una restricción anticipada permisible en la medida en que exista una “causa probable” de la existencia de contenidos ilícitos; y el de la Corte de Distrito de Filadelfia que consideró este como un argumento insuficiente para establecer este tipo de restricción que debería ser establecida únicamente como resultado de un proceso judicial contradictorio en el cual se otorgue la posibilidad de defensa al emisor de los contenidos”⁵⁵⁸.

Si bien hay quienes consideran que el modelo contenido en la precitada Ley de Pensilvania, así como otros modelos que utilizan sistemas de filtrado para evitar la propagación de material que constituya pornografía infantil son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión en la medida en que éstos no permiten una contradicción en sede judicial, como tampoco una apelación a la decisión de retiro o bloqueo de contenidos⁵⁵⁹; a mi modo de ver, dada la naturaleza del bien jurídico que se pretende proteger y atendiendo al interés superior del niño, si bien un control judicial es importante,

⁵⁵⁶ *Cfr.* Nunciato, Dawn Carla. “Preservar la libertad en Internet en las Américas”. *Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina*. Bertoni, Eduardo (compilador). *Óp. cit.*, p. 41.

⁵⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁵⁸ *Id.*, pp. 41 – 42.

⁵⁵⁹ *Id.*, pp. 42 – 43.

considero que éste podría esperar frente a la inminencia de un potencial daño a los derechos de la infancia y la restricción anticipada de dichos contenidos resultaría ser un enfoque adecuado para la protección de éstos. Más adelante se profundizará más sobre este aspecto.

Retomando este último enfoque, en el cual una medida anticipada destinada a impedir la circulación de estos contenidos nocivos es considerada legítima, son destacables iniciativas como la de Brasil o Colombia que se exponen a continuación. La primera, se basa en dos normas, por un lado el Estatuto de la Niñez que tipifica como delito sancionable con reclusión de tres a seis años y sanción pecuniaria a los agentes que estén involucrados, entre otras actividades, con la transmisión, distribución, publicación, almacenamiento o el otorgamiento de acceso a material que constituya pornografía infantil en tanto éstos hayan sido notificados con la existencia de dicho contenido y hayan incumplido su obligación de bloquearlo o retirarlo⁵⁶⁰. Por otro lado la Ley 3.644 del Estado de Río de Janeiro que impone la obligación para los ISP que ofrezcan servicios de *hosting* de “promover la denuncia y de denunciar los casos encontrados”, además de la de notificar al Consejo Municipal de los Derechos de los Niños acerca de las páginas que se benefician de sus servicios y los responsables de las mismas cada tres meses⁵⁶¹. En cuanto a la iniciativa colombiana, no solo es destacable que la propagación de contenidos que constituyan pornografía infantil está tipificado como delito sino que, además, la ley

⁵⁶⁰ Cfr. Ruiz Gallardo, Claudio y Lara Gálvez, Juan Carlos. “Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica”. *Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina*. Bertoni, Eduardo (compilador). Buenos Aires: Universidad de Palermo – UP, 2012, p. 54. Ver también Lara, Juan Carlos y Vera, Francisco. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet”. *Óp. cit.*, p. 13.

⁵⁶¹ Ruiz Gallardo, Claudio y Lara Gálvez, Juan Carlos. “Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica”. *Óp. cit.*, p. 55. Ver asimismo, Lara, Juan Carlos y Vera, Francisco. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet”. *Óp. cit.*, p. 13.

proscribe a los intermediarios de Internet y sus usuarios el almacenamiento de pornografía infantil en formato de texto, imagen, audio o video, incluso cuando “existan indicios de que las personas representadas [en dicho material] son menores”⁵⁶². Además, la ley colombiana proscribire el alojamiento de vínculos “[...] que contengan o distribuyan material pornográfico relativo a menores”⁵⁶³, lo cual en opinión de Ruiz Gallardo y Lara Gálvez “obliga [a los buscadores] a poner un celo casi excesivo al momento de practicar un enlace”⁵⁶⁴ y prevé el establecimiento de mecanismos de bloqueo que impidan el acceso a este material⁵⁶⁵. Respecto a la posibilidad de establecimiento de sanciones administrativas y de las referidas obligaciones de filtrado y bloqueo, los precitados autores consideran que la aplicación de “[...] tales medidas, sin mediar sentencias ni procesos judiciales propiamente tales, implicará necesariamente obviar consideraciones sobre proporcionalidad, privacidad y debido proceso en virtud de la persecución de la pornografía infantil”⁵⁶⁶; afirmación con la cual estoy de acuerdo. Sin embargo, considero destacable un modelo con un enfoque como el colombiano no solo en la medida en que ha provocado que los ISP hayan mejorado sus controles frente a este tipo de material⁵⁶⁷, sino también en tanto otorga una amplia protección a los derechos de los niños, atendiendo al interés superior de éstos.

⁵⁶² Ruiz Gallardo, Claudio y Lara Gálvez, Juan Carlos. “Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica”. *Óp. cit.*, p. 56. *Vid.* también Lara, Juan Carlos y Vera, Francisco. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet”. *Óp. cit.*, p. 15.

⁵⁶³ *Ibíd.*

⁵⁶⁴ Ruiz Gallardo, Claudio y Lara Gálvez, Juan Carlos. “Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica”. *Óp. cit.*, p. 56.

⁵⁶⁵ *Id.*, p. 57.

⁵⁶⁶ *Ibíd.*

⁵⁶⁷ *Vid.*, por ejemplo, Rincón Cárdenas, Erick. *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006, p. 177.

En definitiva, este es el único escenario –de los que se analiza en esta investigación– que podría ameritar restricciones anticipadas a la libertad de expresión por las razones expuestas en líneas anteriores. Esta posición no guarda relación con la naturaleza de las funciones de los intermediarios de Internet, pues éstas no varían respecto de los otros escenarios analizados; sino que radica en la importancia y necesidad de protección de un bien jurídico superior como es el derecho de los niños. Si bien la propuesta específica se esbozará más adelante, no está de más mencionar que considero necesaria la existencia de un marco normativo integrador, que maximice la protección a los derechos de la niñez y adolescencia sin prescindir de la protección a la libertad de expresión, por lo cual si bien concuerdo con los enfoques planteados en los modelos brasilero y colombiano, también considero que un control judicial de las restricciones a la libertad de expresión –aunque posterior– en estos casos es imprescindible para una protección a éste derecho.

3.3. Obligaciones accesorias –o incentivos– ligados a la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet en razón de los contenidos publicados por sus usuarios en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión

Como se expresó anteriormente, para los *gatekeepers* es en principio indiferente la conducta de los usuarios de sus servicios y, en consecuencia, es necesario que los Estados prevean incentivos de carácter legal a fin de lograr que los intermediarios –de Internet en el caso que nos ocupa– realicen sus actividades de control, vigilancia e impedimento de las

actividades que podrían ser consideradas ilícitas⁵⁶⁸. La manera más eficiente de hacerlo es establecer un régimen de responsabilidad jurídica –no necesariamente uno específico– a los *gatekeepers* que fallen en el cumplimiento de dichas obligaciones. A continuación se expondrán de manera breve los principales sistemas o modelos de imposición de obligaciones a los intermediarios de Internet, a fin de ser exentos de responsabilidad por expresiones y contenidos ajenos.

3.3.1. Inmunidad absoluta

En este sistema los intermediarios de Internet están exentos de responsabilidad por las expresiones de sus usuarios de manera general y sin que exista una distinción entre las actividades o funciones específicas que éstos desempeñan⁵⁶⁹. Este modelo es el opuesto a un régimen de responsabilidad objetiva en los términos en que se explicó líneas arriba.

Uno de los ejemplos más claros de este enfoque, quizás, es la ya referida sección 230 de la *Communications Decency Act* de Estados Unidos que prescribe que los intermediarios de Internet –o usuarios– no podrán ser responsabilizados por contenidos ajenos –en formato de imagen, texto, audio o video– ni considerados como autores, editores o portavoces de la información contenida en éstos⁵⁷⁰. Si bien la intención inicial del legislador no era establecer tal régimen general de inmunidad y la mayor parte de esta ley fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema⁵⁷¹ en razón de que era contraria a la Primera

⁵⁶⁸ Cfr. Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Óp. cit.*, p. 65 – 66.

⁵⁶⁹ MacKinnon, Rebeca *et al.* *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*. *Óp. cit.*, p. 42.

⁵⁷⁰ *Communications Decency Act*, 47 U.S.C. §230 (c).

⁵⁷¹ *Vid.* Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Óp. cit.*, p. 76.

Enmienda al “[...] suprimi[r] una gran cantidad de expresión que los adultos tienen derecho constitucional de enviar y recibir” y que existen alternativas igual de efectivas y menos restrictivas de la libertad de expresión para proteger a los niños de contenidos de carácter obsceno que podrían vulnerar sus derechos⁵⁷².

Desde mi perspectiva este es el enfoque adecuado y debería constituir la regla general en razón de que garantiza una adecuada protección a la libertad de recibir y difundir ideas, opiniones, sentimientos sin cortapisas innecesarias a fin de fomentar una sociedad tolerante, crítica y plural, evitar la censura o la autocensura y los abusos en las restricciones a contenidos que pudieran resultar incómodos a determinados sectores de la sociedad. Empero, también hay quienes consideran que este régimen no es adecuado dado que las expresiones en Internet han ocasionado tales daños que éste debe ser replanteado, sobre todo considerando que muchas veces ha utilizado la inmunidad incluso para los intermediarios que han sido conscientes de la potencial ilicitud de ciertos contenidos circulados gracias a la prestación de sus servicios⁵⁷³.

Otro modelo destacable es el contenido en la recientemente aprobada Ley de Marco Civil para Internet de Brasil que además de garantizar la neutralidad en la red con términos claros⁵⁷⁴ contempla la exención de responsabilidad de los proveedores de conexión por

⁵⁷² *Ibíd.*

⁵⁷³ Levmore, S. y Nussbaum, M. (eds.), *The Offensive Internet. Speech, Privacy and Reputation*, Harvard University Press, Cambridge, 2010, pos. 45 (version Kindle). Traducción informal. Ver, también, Lemley, M., “Rationalizing Internet Safe Harbors”, *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 6, 2007, p. 101. IB. pos 1960. Citados en: Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Óp. cit.*, p. 77.

⁵⁷⁴ Marco Civil da Internet. Ley No. 12.965/2014. 24 de abril de 2014. Artículo 9. <https://thecdd.files.wordpress.com/2014/10/marco-civil-lei-nc2ba-12-965-2014-unnoficial-mirrored-english-translation.pdf> (acceso: 17/02/2015). Traducción libre.

contenidos ajenos⁵⁷⁵. Más aún, la norma prescribe a efectos de proteger la libertad de expresión y evitar escenarios de censura, los “proveedores de aplicaciones de Internet”⁵⁷⁶ solo podrán ser considerados responsables jurídicamente en el caso de que hayan incumplido su obligación de remover contenidos originada en una orden judicial que así lo exija⁵⁷⁷. Incluso el lenguaje utilizado es más preciso y detallado que el de, por ejemplo, las normas de Estados Unidos mencionadas en líneas anteriores, pues el artículo especifica que ante la presencia de tal orden, el intermediario deberá remover los contenidos que hayan sido determinados –judicialmente– como ilegítimos “dentro del marco de sus servicios [y del] plazo estipulado en dicha orden”⁵⁷⁸. Resulta más interesante aún la disposición que exige que la orden deberá incluir, bajo pena de nulidad, una identificación clara y específica del material y su ubicación de manera que no existan dudas acerca de ésta⁵⁷⁹. En suma, esta norma es un gran avance en la regulación de la responsabilidad de intermediarios de Internet en el mundo y constituye un referente a seguir –y mejorar–, pues contiene un lenguaje preciso que difícilmente podría dar lugar a interpretaciones que restrinjan en una mayor medida de lo posible la libertad de expresión y adopta la postura que desde mi perspectiva es la más adecuada para proteger en la mayor medida el derecho a la libertad de expresión.

⁵⁷⁵ *Id.*, Artículo 18. Traducción libre.

⁵⁷⁶ *Id.*, Artículo 19. Traducción libre. Nótese que en este artículo la norma hace referencia al “proveedor de aplicaciones de internet”, a diferencia del anterior en que se refería únicamente a “o proveedor de conexão”.

⁵⁷⁷ *Id.*, Artículo 19. Traducción libre.

⁵⁷⁸ *Ibíd.*

⁵⁷⁹ *Id.*, Artículo 19§1. Traducción libre.

3.3.2. Inmunidad condicionada

Sin perjuicio de lo anterior, para los Estados ha resultado más conveniente la adopción de modelos de inmunidad condicionada en los cuales se contemple la exención de responsabilidad de los intermediarios siempre y cuando éstos cumplan con las obligaciones o incentivos legales que se establezcan para el efecto. Evidentemente, para los intermediarios de Internet habrá una mayor motivación –en términos de costo-beneficio– para acogerse a estas obligaciones, aun a riesgo de convertirse en un censor privado y limitar la expresión de sus usuarios en Internet, que verse expuestos a la posibilidad de tener que enfrentar litigios, honorarios de abogados y una probable atribución de responsabilidad jurídica aparejada de las sanciones e incluso indemnización por daños a que haya lugar. Este modelo ha sido el predominante en las normas que diseñadas para la protección de los derechos de autor y hay quienes consideran que se trata de un enfoque conciliador entre los intereses de los titulares de estos derechos y los de los intermediarios de Internet⁵⁸⁰. A continuación se esbozará algunas de las obligaciones a las que hemos hecho referencia.

3.3.2.1. Obligación de monitoreo, filtrado y/o bloqueo de contenidos

Este tipo de obligaciones constituyen una práctica usual y recurrente, por ejemplo en China donde el gobierno ha obligado a los intermediarios de Internet a imponer una censura sistemática a determinadas categorías de contenidos, a través del filtrado de éstos gracias al

⁵⁸⁰ Ver, entre otros, Drahos, P. y Braithwate, J., *Information Feudalism. Who Owns the Knowledge Economy*. The New Press, Nueva York y Londres, 2002; Decherney, P., *Hollywood's Copyright Wars. From Edison to the Internet*, Columbia University Press, Nueva York, 2012; Jessica Litman en *Digital Copyright, Selected Works*, 2006. Citado en: Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Óp. cit.*, p. 78.

uso de palabras clave que han sido identificadas *a priori* como sensibles que podrían estar vinculadas a contenidos controversiales respecto de los cuales el gobierno chino tiene un interés en evitar su propagación entre sus ciudadanos⁵⁸¹. Estas prácticas han sido replicadas por Estados como Turquía⁵⁸², Tailandia⁵⁸³, Túnez⁵⁸⁴, Irán⁵⁸⁵, Australia⁵⁸⁶, Corea del Sur⁵⁸⁷, Corea del Norte⁵⁸⁸, entre muchos otros⁵⁸⁹. Estas obligaciones, si bien efectivas a efectos de censurar opiniones y expresiones de manera rápida y sistemática son contrarios a los principios de un Internet abierto y plural, así como una práctica manifiestamente ilegítima pues constituyen una amenaza inminente al derecho a recibir y difundir ideas de toda índole pudiendo incluso anular completamente el referido derecho. Sin embargo, dada su naturaleza no es sorprendente el que sean utilizadas por gobiernos totalitarios o autoritarios en donde la supresión de la crítica y de las libertades ciudadanas es crucial para la preservación de dichos regímenes.

En consecuencia, es necesario actuar con muchísima cautela al respecto y proscribir este tipo de actuaciones contrarias a la libertad de expresión a fin de asegurar que no se lleven a cabo. Esto, de alguna manera podría garantizarse a través de la promulgación de

⁵⁸¹ Zuckerman, Ethan. “Intermediary Censorship”. *Óp. cit.*, p. 73. Traducción libre.

⁵⁸² *Vid.*, por ejemplo, “Turkish Internet Legislation Threatens Free Expression and Privacy Rights”. *Global Network Initiative*. 22/01/2014. <https://www.globalnetworkinitiative.org/news/turkish-internet-legislation-threatens-free-expression-and-privacy-rights> (acceso: 26/02/2015).

⁵⁸³ *Vid.* entre otros, Saiyasombut, Saksith y Voices, Siam. “Thailand’s new cyber laws – Part 2: Changes to the Computer Crime Act”. 17/02/2015. <http://asiancorrespondent.com/130673/thailands-new-cyber-laws-part-2-changes-to-the-computer-crime-act/> (acceso: 27/02/2015).

⁵⁸⁴ *Cfr.* Reporters Without Borders. *World Day Against Cyber Censorship* 12 march 2010, pp. 30 – 31. http://en.rsf.org/IMG/pdf/Internet_enemies.pdf (acceso: 15/02/2015).

⁵⁸⁵ *Id.*, pp. 18 – 21.

⁵⁸⁶ *Cfr. Id.*, pp. 39 – 40.

⁵⁸⁷ *Cfr. Id.*, pp. 52 – 53.

⁵⁸⁸ *Cfr. Id.*, pp. 22 – 23.

⁵⁸⁹ *Vid.* entre muchos otros, *Id.*

normas que protejan la neutralidad en la red⁵⁹⁰ en términos claros y transparentes, reduciendo la ambigüedad. Este no es el caso, en mi opinión, de la recientemente entrada en vigencia Ley de Telecomunicaciones del Ecuador que, si bien contempla el principio de neutralidad en la red entre sus principios, objetivos, derechos de los abonados o clientes y obligaciones de los proveedores de servicios y objetivos⁵⁹¹; no contempla una definición de dicho principio y utiliza un lenguaje amplio que puede ocasionar interpretaciones y prácticas abusivas al respecto que devengan en la discriminación de contenidos y expresiones legítimas. Más aún, la propia norma contempla la posible excepción a este principio cuando exista una “orden de autoridad competente”, mas no establece –como mínimo– lineamientos o guías que rijan el actuar de dicha autoridad a fin de proteger el derecho a la libertad de expresión frente a potenciales abusos⁵⁹². A mi modo de ver la promulgación de esta norma, lejos de sentar precedentes positivos en el país, deja la puerta abierta a decisiones que restrinjan este derecho de manera ilegítima y que, aparejadas a las cada vez más frecuentes declaraciones por parte del presidente –como las mencionadas líneas atrás– tendrían el resultado de vigilar, controlar y por último limitar las actuaciones *online* de los ciudadanos del común, sobre todo los críticos.

3.3.2.2. Sistema de notificación y bajada (*notice and takedown*)

⁵⁹⁰ Vid. por ejemplo la Ley de Neutralidad de Chile. Ley 20453 de 26 de agosto de 2010. <http://www.leychile.cl/N?i=1016570&f=2010-08-26&p=> (acceso: 11/01/2015). Asimismo, vid. Marco Civil da Internet. Ley No. 12.965/2014. 24 de abril de 2014. Artículo 9. <https://thecdd.files.wordpress.com/2014/10/marco-civil-lei-nc2ba-12-965-2014-unnoficial-mirrored-english-translation.pdf> (acceso: 17/02/2015).

⁵⁹¹ Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Registro Oficial Suplemento No. 439 de 18 de febrero de 2015. Artículos 3 numeral 13, 4 inciso 2, 18 numeral 18, 24 numeral 18 y 66.

⁵⁹² Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Registro Oficial Suplemento No. 439 de 18 de febrero de 2015. Artículos 18 numeral 18, 24 numeral 18.

Como se explicó líneas atrás, tanto la Directiva de Comercio Electrónico de la Unión Europea como la DMCA de Estados Unidos prevén un sistema de *notice and take down* a fin de evitar que los intermediarios a los que estas normas se refieren sean responsables por los contenidos potencialmente nocivos generados por terceros. En el caso de la primera, los proveedores de servicios de *hosting* pueden ser exentos de tal responsabilidad en el caso de que retiren el contenido en cuestión apenas sean notificados o conozcan acerca de la actividad ilegal ligada a dicho contenido⁵⁹³.

Conforme a lo expuesto más arriba, la DMCA establece, por su parte, un régimen de *safe harbours* a los intermediarios de Internet en la medida en que cumplan con los requisitos prescritos por la ley. Sin embargo, éstos dejan de estar amparados por esta exención general de responsabilidad al momento que “[...] algún hecho o circunstancia indica que hay una actividad infractora manifiesta o cuando el titular del material notifica al [ISP]”⁵⁹⁴. El procedimiento que corresponde frente a tal escenario excluye de manera casi absoluta al usuario que generó o colgó el material controvertido en la red pues se inicia con la notificación por parte del titular de los derechos de autor hecha directamente al intermediario de Internet. En esta notificación el titular de los derechos no está obligado a “acreditar la vulneración de manera exhaustiva [pues basta con] afirmar de buena fe que considera tal uso ilegal” para que el proveedor esté obligado, sin validación de la veracidad o razonabilidad de lo aseverado por el titular, a retirar de manera inmediata el contenido a

⁵⁹³ Directiva Europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, (2000). Artículo 14. Citado en: Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. “Reporte del Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de 16 de mayo de 2011”. *Óp. cit.*, párr. 41.

⁵⁹⁴ Cortes Castillo, Carlos. “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”. *Óp. cit.*, pp. 78 – 79.

fin de evitar su responsabilidad⁵⁹⁵. Solo después de que el contenido haya sido dado de baja, el usuario se encuentra posibilitado a emitir una contranotificación en la que se oponga al retiro del material, se alegue un uso justo, una equivocación –o incluso un abuso del procedimiento– y deberá esperar entre 10 y 14 días para que el intermediario restablezca el contenido en caso de que el titular del derecho haya decidido abstenerse de iniciar un proceso judicial⁵⁹⁶. Este tipo de procedimientos vulnera no solo el derecho a la libertad de expresión al impedir el acceso a determinados contenidos y ser susceptible de abusos para provocar la retirada de contenidos perfectamente legítimos⁵⁹⁷, sino que además, vulnera garantías del debido proceso como se ha reiterado varias veces.

3.3.2.3. Sistema de notificación y notificación (*notice and notice*)

Otro modelo posible a los enfoques de inmunidad absoluta, responsabilidad objetiva o sistema de notificación y bajada en el contexto de una inmunidad condicionada es el sistema de notificación y notificación, previsto por ejemplo en la *Copyright Modernization Act* de Canadá, que implica la posibilidad de notificación a los usuarios por parte de los intermediarios de Internet que hayan recibido la queja o notificación respecto de un material potencialmente nocivo⁵⁹⁸. Esta notificación al usuario vendría aparejada de una

⁵⁹⁵ Bertoni, Eduardo. “La tensión entre la protección de la propiedad intelectual y el intercambio de contenidos en la red. A propósito del caso Cuevana en Argentina y la «Ley Lleras» en Colombia”. *Óp. cit.*, p. 95 - 96.

⁵⁹⁶ *Ibíd.*

⁵⁹⁷ Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. “Reporte del Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de 16 de mayo de 2011”. *Óp. cit.*, párr. 21.

⁵⁹⁸ *Vid.*, por ejemplo, “Notice and Notice Regime”. *Government of Canada*. <http://news.gc.ca/web/article-en.do?nid=858069> (acceso: 03/03/2015) y Article 19 Policy Brief. *Internet intermediaries: Dilemma of Liability*, pp. 19 – 20.

notificación al titular de los derechos de autor que alega la vulneración de los mismos y deberá incluir entre otros aspectos el nombre de la persona que inició la notificación o denuncia, la dirección en que se encuentra alojado el material potencialmente vulneratorio a esos derechos y la fecha y hora de cometimiento del supuesto acto ilícito⁵⁹⁹. La finalidad de este régimen es ofrecer al presunto infractor la posibilidad de responder a las alegaciones del denunciante dentro de un plazo establecido por la ley que podría resultar o bien en la retirada del contenido por parte del intermediario de Internet involucrado o en la remisión de la controversia a las autoridades judiciales correspondientes para que resuelvan sobre la misma⁶⁰⁰. A criterio de la ONG *Article 19* este método podría resultar adecuado en escenarios de alegadas situaciones de hostigamientos, vulneraciones al derecho al honor y privacidad o de derechos de autor y ayudaría “[...] a reducir la cantidad de pedidos abusivos” de retirada de contenidos⁶⁰¹. A mi modo de ver, si bien este sistema es una alternativa más garantista que el de *notice and takedown*; sigue siendo un sistema donde no hay una protección completa del derecho a la defensa y de las garantías del debido proceso de los usuarios potencialmente afectados por una decisión del intermediario de Internet. Además, si no se establecen reglas claras respecto de los procedimientos y casuales estrictas que podrían constituir una bajada de contenidos por parte de los intermediarios de Internet todavía se corre un riesgo de que se restrinjan expresiones legítimas en tanto las autoridades judiciales son quienes están en una mejor posición técnica para decidir sobre la

<http://www.article19.org/resources.php/resource/37242/en/internet-intermediaries:-dilemma-of-liability>
(acceso: 07/10/2013).

⁵⁹⁹ *Ibíd.*

⁶⁰⁰ *Ibíd.*

⁶⁰¹ *Cfr.* Article 19 Policy Brief. *Internet intermediaries: Dilemma of Liability*, *Óp. cit.*, p. 20.

licitud o no de los mismos y la consiguiente legitimidad o no de una restricción a la libertad de expresión a la luz de los estándares internacionales –entiéndase el test tripartito, por ejemplo– y las normas locales que protegen este derecho.

3.4. Propuestas y recomendaciones

Ahora bien, una vez analizados los fundamentos para la atribución –o no– de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet por contenidos ajenos, así como de algunos de los diferentes enfoques y regímenes posibles para el efecto; se procederá a esbozar una propuesta para abordar este problema jurídico en el Ecuador.

Lo primero que hay que considerar es que si bien existe en el Ecuador abundante legislación respecto de los supuestos que generarían responsabilidad jurídica en razón de un ejercicio abusivo de la libertad de expresión; no existe en nuestro ordenamiento jurídico un régimen general que regule la responsabilidad de los intermediarios de Internet por contenidos de sus usuarios que excedan los límites de este derecho, además de las ya referidas ambiguas e insuficientes normas sobre neutralidad en la red contenidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Frente a ese escenario, asoman a la vista algunas alternativas posibles. Como una primera alternativa podría dejarse las regulaciones vigentes tal como están y, en el evento de una controversia específica entraría en juego el régimen de responsabilidad extracontractual previsto en el Código Civil, o el de responsabilidad administrativa de la Ley Orgánica de Comunicación en la medida en que se trate exclusivamente de medios de comunicación tradicionales que operen como OSP en el ámbito *online*, o bien el de responsabilidad penal de las personas jurídicas contenido en el Código Orgánico Integral Penal. En esos eventos, serían los jueces que conozcan estas controversias los llamados a aplicar los principios y criterios expuestos a lo largo de este

documento para determinar si conviene o no una atribución de responsabilidad a estos agentes a la luz de sus obligaciones en materia de derechos humanos, específicamente en relación a la libertad de expresión y al debido proceso. Como se desprende de líneas anteriores, mi postura frente a este enfoque es que dejaría la puerta abierta a un sinnúmero de arbitrariedades y presiones innecesarias que restrinjan de manera ilegítima la libertad de expresión. Un resultado similar se originaría, a mi juicio, en caso de que se reformen las normas vigentes para que, por ejemplo, se decida atribuir responsabilidad –en régimen objetivo o de inmunidad condicionada– a los intermediarios de Internet por los contenidos generados por sus usuarios.

3.4.1. Promulgación de una ley que proscriba la atribución de responsabilidad a los intermediarios de Internet originada en los contenidos publicados por sus usuarios

La alternativa que propongo en esta investigación es la de adoptar una ley que contemple y garantice un régimen de proscripción general de atribución de responsabilidad a los intermediarios de Internet –ISP y OSP– cuando éstos no intervengan en la generación de los contenidos o el material que sus usuarios publiquen o difundan a través de este canal de comunicación. Esa norma deberá contener reglas y lineamientos claros respecto de la transparencia que debe regir el actuar de los intermediarios en el ejercicio de sus funciones, incentivos para cooperar con las autoridades judiciales en el contexto de las investigaciones o procesos que éstos adelanten en relación con las controversias que puedan suscitarse en esta materia siempre en el marco del respeto al debido proceso y a la privacidad de los ciudadanos, y demás derechos humanos que se encuentren en juego y en la medida estrictamente necesaria y proporcional para lograr los objetivos legítimos de protección de

los derechos de quienes se sientan vulnerados por los contenidos presuntamente nocivos. Una regulación adecuada respecto a la neutralidad de la red sería parte fundamental de la normativa propuesta, pues es crucial garantizar que los intermediarios estén obligados a permitir y facilitar el acceso a todo tipo de servicios y contenidos en condiciones de igualdad y sin discriminación a fin de garantizar una verdadera libertad de información y expresión. La posibilidad de monitorear, filtrar, bloquear o retirar contenidos deberá ser proscrita de manera general y autorizada únicamente cuando exista un pronunciamiento judicial, en el cual se hayan respetado todas las garantías del debido proceso y se haya determinado con la exhaustividad del caso que los contenidos colgados en la red constituyen efectivamente vulneraciones a derechos subjetivos de otros o vulneraciones al orden público o la seguridad nacional y en consecuencia procede la imposición de una restricción a este derecho conforme los principios y estándares expuestos a lo largo de esta investigación.

Por otro lado, no sobra decir que en el contexto de la determinación de una responsabilidad primaria – es decir de los usuarios que emitan las expresiones cuestionadas–, las autoridades deberán ponderar los derechos en conflicto con estricto apego a la legislación local a los estándares internacionales sentados sobre la materia, debiendo así verificar minuciosamente la concurrencia de los requisitos de legalidad, persecución de un fin legítimo y los de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad de la posible restricción al derecho a la libertad de expresión.

Este deberá ser el régimen general cuando al hablar de los discursos legítimos y protegidos por el derecho a la libertad de expresión. Así, estarían incluidos dentro de este régimen, por ejemplo, los escenarios que se han analizado en este capítulo: las expresiones

o contenidos que podrían resultar en potenciales vulneraciones al derecho a la privacidad, la honra o la dignidad de terceros, a los derechos patrimoniales de propiedad intelectual, o al orden público y la seguridad nacional, entre otros.

Este enfoque acoge de manera positiva, aunque no como la única alternativa, los estándares planteados en la ley Marco Civil de Internet, sobre todo al considerar que, por lo menos en el Ecuador, el estándar y las regulaciones previstas en la DMCA han sido en más de una ocasión el fundamento para que autoridades públicas ecuatorianas se valgan de empresas domiciliadas en el extranjero como Ares Rights para dar de baja contenidos perfectamente legítimos y bloquear cuentas de ciudadanos que lo único que han hecho es ejercer su derecho a la libertad de expresión cuestionando y criticando políticas públicas, normas, decisiones y, en general, las actuaciones del gobierno ecuatoriano bajo el argumento de que éstos vulneran derechos de autor⁶⁰². Este ejemplo no hace más que reforzar la postura de que un modelo de atribución de responsabilidad a intermediarios de Internet –incluso cuando ésta se encuentra condicionada– que no está basado en normas claras que apunten a una efectiva garantía de todos los derechos en juego, que no contempla las salvaguardas necesarias para que ésta sea viable es un modelo destinado a ser mal utilizado por gobiernos y agentes privados que pretendan silenciar expresiones que les resulten incómodas. Más aún, se demuestra el gran riesgo que se corre al atribuir responsabilidad a intermediarios de Internet por contenidos ajenos: éstos pasan a convertirse en censores privados y prácticamente en juzgadores de la licitud o no de las conductas de sus usuarios lo cual a mi modo de ver es inaceptable en una sociedad que se

⁶⁰² Vid. entre muchos otros, Ruiz, Claudio. “Ecuador: los derechos de autor como arma de censura”. *ONG Derechos Digitales*. 09/10/2014. <https://www.derechosdigitales.org/7955/ecuador-los-derechos-de-autor-como-un-arma-de-censura/> (acceso: 25/01/2015).

piense democrática. Así, se reafirma la necesidad de una norma que proscriba, como norma general, la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet originada en los contenidos generados por sus usuarios en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, bajo el riesgo de que se restrinja éste de manera ilegítima e innecesaria en caso de no promulgar una regulación de este tipo.

3.4.2. Sistema de monitoreo, filtrado y bajada de contenidos en situaciones específicas como modelo complementario para un régimen de inmunidad condicionada

Como modelo complementario al ya referido régimen general de inmunidad absoluta para los intermediarios de Internet respecto de contenidos ajenos, propongo un sistema distinto para los casos referentes a contenidos ilícitos no protegidos por el derecho a la libertad de expresión –como por ejemplo el material que constituya pornografía infantil–. Este sistema sería el de una inmunidad condicionada a que los intermediarios cumplan tres tipos de deberes: (i) el primero respecto al monitoreo y filtrado, en la medida de lo posible, de materiales de contenido pornográfico que involucren a niños, utilizando el mismo mecanismo de palabras clave que se utiliza para bloquear otro tipo de contenidos muchas veces legítimos, a fin de detectar este tipo de materiales ilícitos; (ii) el segundo la inmediata baja de los contenidos frente a la verificación del material nocivo que contiene o de la notificación correspondiente; y, (iii) la inmediata notificación a la autoridad judicial correspondiente a fin de que se inicie un proceso sumarísimo para verificar la ilicitud –o no– del material. Así, los intermediarios de Internet deberán tener un adecuado deber de diligencia y cumplir todos los requisitos o condiciones expresados, caso contrario serán considerados responsables por facilitar el acceso y visualización de estos contenidos,

permitiendo que la infracción se materialice, sin más, y que los daños a los derechos de los niños se configuren.

Como se expresó anteriormente, concuerdo con los estándares planteados por instrumentos internacionales respecto a que este es un escenario excepcional contemplado incluso por la Convención Americana sobre Derechos Humanos –vía interpretación extensiva y *pro homine* desde la perspectiva de los derechos de los niños– en el que cabe una medida de restricción anticipada de contenidos en tanto ésta busca resguardar y garantizar el interés superior de los niños.

Evidentemente, considero que si bien debe darse prevalencia a este interés superior también debe protegerse en la mayor medida de lo posible otros derechos como el debido proceso y la libertad de expresión. En ese sentido, la ley que regule este régimen deberá también contener principios y lineamientos claros para que los intermediarios de Internet cumplan sus obligaciones detalladas en líneas anteriores de manera íntegra y transparente. Mi inclinación por esta postura tampoco implica que se vaya a dejar en una desprotección completa al usuario que se expresa, pues a fin de evitar presiones o abusos de este mecanismo, también propongo la obligación de los intermediarios a (iii) dar aviso expedito a la autoridad judicial competente a fin de iniciar un proceso sumarísimo respectivo que tenga como finalidad garantizar el debido proceso del referido usuario y determinar si el material es ciertamente constitutivo de pornografía infantil o no.

En consecuencia, el bloqueo o retirada del contenido sería una medida temporal sujeta a la decisión judicial que determinará si el contenido vulnera o no los derechos de los niños a través de este procedimiento sumarísimo y, solo en caso de ser afirmativa esa respuesta, se activarían los mecanismos del derecho penal que disponga la legislación vigente para

identificar y sancionar a los responsables directos de la infracción⁶⁰³. Por otro lado la norma deberá también contemplar salvaguardas para los usuarios como la restitución inmediata del acceso o el contenido en caso de que éste sea legítimo y la posibilidad de que se otorgue las correspondientes indemnizaciones en caso de que la denuncia o notificación haya sido maliciosa o temeraria, conforme el régimen general de derecho penal respectivo.

⁶⁰³ Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014. Artículos 103, 104 y 109.

Capítulo 4.- Conclusiones

La libertad de expresión es un derecho fundamental que constituye un baluarte fundamental en una sociedad democrática y esencial para garantizar el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales. La libre difusión y acceso a la información, ideas u opiniones de toda índole fortalece una sociedad democrática en la medida en que es una garantía del pluralismo, fomenta el debate y permite a diferentes sectores de la sociedad emitir sus puntos de vista, aspiraciones, necesidades, entre otros. También fomenta un debate crítico y permite no solamente que los ciudadanos estén debidamente informados para que tomen las decisiones que consideren convenientes, sino que también permite a éstos escrutar las actuaciones del poder y exigir rendición de cuentas por parte de quienes lo ostentan.

Este derecho tiene una doble dimensión, pues por un lado implica la posibilidad de buscar y recibir todo tipo de expresiones, ideas u opiniones y por otro lado la posibilidad de difundir y dar a conocer éstas a través de cualquier medio. Así, no solamente es indispensable que los Estados garanticen la difusión y acceso a la información, sino también que éstos no impongan cargas u obligaciones excesivas que impidan diseminar estas expresiones a la mayor cantidad de destinatarios posible. Internet es un canal de comunicación que, sin duda, permite la divulgación de información y el acceso a la misma, y en ese sentido es crucial que la posibilidad de ejercer el derecho a la libertad de expresión a través de éste sea protegida y garantizada. La imposición de barreras o limitaciones a esta posibilidad, sean directas o indirectas, implicaría una restricción al derecho a la libertad de expresión.

De la propia literalidad de las normas que reconocen el derecho a la libertad de expresión en distintos instrumentos internacionales, como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se desprende que el umbral de protección de este derecho alcanza, en principio, a ideas o expresiones de toda índole. Por lo tanto, este derecho protege no solamente los discursos favorables, amigables o neutrales; al contrario su protección también abarca a expresiones o contenidos que puedan resultar desfavorables, ofensivos, irritantes o perturbadores a los Estados o a cualquier otro segmento de la población.

Sin perjuicio de la regla general de protección a todo tipo de contenidos, existen ciertos tipos de discurso que por la importancia que revisten ameritan una protección especial, mientras existen otros que no se encuentran protegidos por el umbral del derecho a la libertad de expresión. En relación a los primeros, se destacan los relacionados con asuntos de interés público, los relacionados con la gestión de las instituciones o los funcionarios públicos –o quienes aspiran a serlo–, los de contenido político, o de personas que se han involucrado de manera voluntaria en cuestiones de carácter e interés público. La consecuencia de esta mayor protección es que las posibles limitaciones a éste tipo de expresiones deberán ser analizadas con una mayor rigurosidad y deberán ser excepcionales, por un lado; y que las personas o asuntos a las que éstas se refieren deberán tener una mayor tolerancia frente a este tipo de contenidos. Ahora bien, en relación a los segundos, se encuentran las expresiones que constituyan apología del odio, propaganda de la guerra o incitación a la violencia, respecto de las cuales es necesario realizar un análisis cuidadoso al momento de analizar una restricción a fin de no limitar expresiones u opiniones que podrían ser –aunque chocantes u ofensivas– perfectamente legítimas en la medida en que en lugar

de ser amenazas actuales, serias, contundentes y probables y, y por lo tanto ilegítimas a la luz del artículo 13 inciso 5 de la Convención Americana. En razón de esta posible confusión entre estos dos tipos de expresiones, resulta necesario examinar una potencial restricción a las mismas a la luz del test tripartito que se expuso en líneas anteriores. Otro tipo de discurso no protegido es el que constituya una incitación pública y directa al genocidio, y dado su carácter de crimen internacional y teniendo en cuenta que su proscripción constituye una norma de *ius cogens* considero que es permisible una restricción anticipada a los contenidos de éste carácter. Por último, la pornografía infantil es otro discurso que no está protegido por el umbral del derecho a la libre expresión en la medida en que los materiales de esta naturaleza atentan a un bien jurídico que requiere una mayor protección en razón de que los niños son parte de un grupo vulnerable y siempre debe atenderse a su interés superior. Por otro lado, la propia Convención Americana contiene una norma expresa en su artículo 13 inciso 4 respecto a la protección de la niñez y, aunque ésta se refiere a la posibilidad de censura previa de espectáculos públicos, a mi parecer una interpretación evolutiva, sistemática y *pro homine* de la Convención llevaría a la conclusión de que es permisible –si no deseable– una restricción *a priori* de este tipo de contenidos.

Como consecuencia de la proscripción general de la censura previa, las restricciones a la libertad de expresión deberán imponerse en forma de responsabilidades ulteriores. De una interpretación sistemática de los artículos 13 inciso 2, 29 y 30 de la Convención Americana se desprende el método que la Corte Interamericana, así como otros organismos internacionales de protección de Derechos Humanos, ha utilizado al analizar la admisibilidad o legitimidad de dichas restricciones. Este método –también conocido como

test tripartito—, implica que la restricción debe estar prevista en una ley, perseguir un fin legítimo y ser idónea, necesaria y proporcional para la consecución de dicho fin. El primer requisito implica que la restricción debe estar prescrita por una ley entendida como la norma jurídica generalmente obligatoria, apegada al bien común, que haya sido elaborada y aprobada siguiendo el procedimiento y por los órganos previstos en la Constitución para el efecto, y que hayan sido elegidos democráticamente —en definitiva, una ley en sentido estricto formal y material, aprobada por el órgano legislativo de los Estados. En caso de que las restricciones sean de carácter penal, éstas —además de ser excepcionales— deberán cumplir con el requisito de estricta legalidad; es decir, deberá estar contenida previamente en una norma penal y ser escrita, cierta, estricta. En cuanto al segundo requisito, el propio artículo 13.2 de la Convención Americana contempla los fines legítimos que podrían justificar una restricción al derecho a la libertad de expresión y éstos son: el respeto de los derechos o reputación de otros, por un lado, o la protección del orden público, la seguridad nacional o la moral o salud públicas. Este requisito implica que para que la restricción opere, se deberá verificar que se haya vulnerado uno de estos bienes jurídicos protegidos. Es crucial tener en cuenta que el orden público no debe ser interpretado de manera arbitraria, sino como el sistema de valores e instituciones que garanticen un funcionamiento democrático abierto, plural y respetuoso de los derechos fundamentales, para el cual la libre difusión y acceso a ideas y expresiones es crucial. El último y tercer requisito está compuesto por tres elementos: la idoneidad de la restricción se refiere a que ésta sea conducente para lograr los objetivos legítimos que se persigue con la misma; la necesidad implica que se debe escoger la alternativa que restrinja en la menor medida posible el derecho a la libre expresión, tomando en cuenta las necesidades de una sociedad

democrática; por último, la estricta proporcionalidad exige que se examine minuciosamente que exista un equilibrio entre el sacrificio del bien jurídico que se está restringiendo y su importancia –por un lado–, y la importancia de la satisfacción o protección del bien contrario –por otro–, a fin de determinar si se justifica o no dicha restricción o si ésta resulta en un sacrificio excesivo. Las potenciales restricciones relacionadas con todos los tipos de discurso, excepto los dos que ameritan una restricción anticipada ya referidos, deberán ser analizadas utilizando este método y la concurrencia de los requisitos deberá ser acreditada por la autoridad que realice el examen. Por lo tanto, al hablar de restricciones a la libre expresión *online* se deberá considerar de manera especial las características particulares de Internet, como el hecho de que se trata de una red global, plural y abierta que elimina las barreras del tiempo y el espacio, a fin de examinar el impacto de una restricción antes de determinar la legalidad de la misma. Es crucial tener en cuenta que las restricciones, aun siendo legítimas, deberán ser excepcionales y no generar un efecto de censura previa, inhibición, disuasión o autocensura en los afectados o en el grupo social.

Las restricciones ilegítimas, por su parte, son todas las que no cumplan con el ya referido test tripartito, las que constituyan censura previa y las que se imponen de manera indirecta por acción u omisión estatal de cumplir con sus deberes de garantía. La censura previa es la forma más radical de restricción, pues supone una anulación completa del derecho a la libertad de expresión y puede darse al restringir la materialización de la expresión o impedir la difusión de la misma. El filtrado, el bloqueo y la bajada de *websites* o de contenidos en Internet es una forma de censura previa –aun cuando el material ya haya sido publicado– y debería estar restringida a supuestos excepcionales en los cuales exista una orden judicial que haya determinado con el minucioso análisis del caso que esa medida

es indispensable para la protección de otros bienes jurídicos, además de haber verificado la concurrencia de los demás elementos del test tripartito. Por otro lado, un contexto generalizado de presiones, ataques o amenazas a quien emita sus expresiones u opiniones, incluso sin individualizar a los sujetos o colectivos que lo hagan, es una restricción indirecta a la libre expresión en la medida en que genera un efecto de amedrentamiento, disuasión, inhibición y autocensura. De la misma manera, la sola existencia de normas ambiguas y oscuras que podrían ser interpretadas de manera que se restrinja la libre expresión en un mayor grado del necesario o que contemplen sanciones desmesuradas podría generar los mismos efectos y constituir también una restricción ilegítima. Tal es el caso, por ejemplo, de las normas que contiene el COIP para sancionar las calumnias, el pánico financiero, la rebelión, la apología, la discriminación, entre otros. Además, los Estados deben abstenerse de imponer controles particulares a medios, o canales, de comunicación a fin de evitar los mencionados efectos y no restringir de manera indirecta el libre flujo de ideas y expresiones. En ese sentido, la imposición de una responsabilidad a los intermediarios de Internet por los contenidos así como de obligaciones de vigilancia, monitoreo, filtrado, bloqueo o dada de baja de contenidos tendientes a eximirlos de tal responsabilidad –o la contingencia de que eso suceda– vendrían a ser una restricción ilegítima a la libertad de expresión.

Internet, en tanto canal abierto y plural, ha revolucionado la manera en que los ciudadanos interactúan entre sí, eliminando las barreras que suponen las dimensiones espacio y tiempo que condicionaban las comunicaciones en otra época. Resulta de especial atención el hecho de que, desde sus inicios, Internet ha funcionado gracias a un conjunto de protocolos abiertos que permitan y faciliten un acceso universal al mismo. Las diferentes

funciones o actividades que desempeñan los intermediarios de Internet son determinantes para activar la aplicación de diferentes modelos o enfoques de responsabilidad atribuible a éstos.

Dada la importancia y trascendencia de Internet es crucial que se observen un conjunto de principios o lineamientos a fin de garantizar la libertad de expresión en línea, como por ejemplo: que dadas las características de Internet, toda restricción deberá analizarse de manera muy minuciosa y con especial cautela; que los Estados no podrán sancionar normas que restrinjan la libre circulación de contenidos en Internet de manera específica, y que las disposiciones que –aun siendo consideradas permisibles– restrinjan la libertad de expresión deberán ser de carácter general; que son necesarias normas claras y específicas para clarificar la jurisdicción competente para resolver controversias que se susciten en éste ámbito a fin de evitar el *fórum shopping*; que es necesario prestar especial atención a los sistemas de monitoreo, filtrado y bajada de contenidos y los de recopilación de datos, especialmente cuando éstos son ordenados por gobiernos pues éstos suponen un riesgo para la libre circulación de informaciones e ideas; y, que los usuarios no deberán ser responsables por los contenidos que no sean de su autoría. Incluso es crucial garantizar la neutralidad en la red para así evitar la posibilidad de que se dé un tratamiento diferente o discriminatorio a determinados tipos de discurso y garantizar las posibilidades de acceso a los contenidos relacionados con éstos.

Existen normas jurídicas vigentes en el ordenamiento ecuatoriano que podrían dar lugar una responsabilidad jurídica administrativa, civil o penal –atribuible a los emisores del contenido y, en casos específicos de la Ley Orgánica de Comunicación y del Código Orgánico Integral Penal, a los medios de comunicación tradicionales (radio, prensa y

televisión)– en el evento de un potencial abuso del derecho a la libertad de expresión. Es crucial tener presente que la autoridad que aplique estas normas –incluyendo las disposiciones del régimen general de responsabilidad del Código Civil– y conozca las controversias, deberá apegarse estrictamente no solo al texto de la Convención Americana; sino también a los pronunciamientos de la Corte Interamericana y la interpretación que ha dado este órgano al mencionado instrumento, en cumplimiento del control de convencionalidad al que está obligada.

La existencia de un régimen que contemple a los intermediarios de Internet como *gatekeepers* de las potenciales actividades ilícitas de sus usuarios en la medida en que éstos son los que se encuentran en la mejor posición en términos de capacidad económica y técnica de impedir o detener las mencionadas conductas podría ser útil. Empero, eso no implica que esa alternativa sea conveniente y compatible con la protección del derecho a la libertad de expresión, en la medida en que puede resultar en restricciones a este derecho que no cumplan con los requisitos de estar prevista en una ley, perseguir un fin legítimo, ni ser idónea, necesaria y proporcional.

Entre los distintos modelos o enfoques existentes en relación a determinados bienes jurídicos que podrían estar en juego como consecuencia de las expresiones vertidas por los usuarios de Internet se encuentra el de la responsabilidad objetiva (por el simple hecho de desempeñar una actividad riesgosa), el de inmunidad absoluta y el de inmunidad condicionada. Un ejemplo de norma que contempla el régimen de inmunidad absoluta es la *Communications Decency Act* de Estados Unidos; mientras que la Directiva de Comercio Electrónico de la Comunidad Europea y la Ley de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico de España contempla un régimen de inmunidad condicionada.

Si bien los regímenes de inmunidad condicionada podrían ser considerados los predominantes en lo referente a potenciales conflictos con el derecho a la privacidad, a la honra o la dignidad; desde mi perspectiva el más conveniente para proteger la libertad de expresión es el de inmunidad absoluta. Este enfoque es, además, preferible frente a una ausencia de norma al respecto –lo cual deja abierta la posibilidad de limitar la libertad de expresión de manera excesiva– o frente a una norma que permita la atribución de responsabilidad a intermediarios de Internet –sea objetiva en razón del riesgo que supone la actividad o subjetiva en razón de la falta de cumplimiento de ciertas obligaciones–. En estos casos, se deberán siempre tener presentes los estándares ya referidos respecto a los discursos especialmente protegidos que podrían dar lugar a alegadas vulneraciones de los derechos a la privacidad y al honor. Las potenciales vulneraciones a derechos de autor, están reguladas por regímenes de inmunidad condicionada como los establecidos en la *Digital Millenium Copyright Act* estadounidense, en la Directiva de Comercio Electrónico de la Unión Europea, y el tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor por un lado; así como en las normas vigentes sobre la materia en Colombia y Chile, por otro. Si bien las tres primeras normas mencionadas contienen un régimen de inmunidad condicionada, llama la atención de manera particular el de la DMCA, pues su régimen de *safe harbours* obliga los intermediarios de Internet a dar de baja de manera expedita los contenidos que sean potencialmente atentatorios, frente a una notificación de carácter privado que no requiere mayor detalle, fundamentación o por lo menos declaración de que el denunciante actúa de buena fe. Este régimen ha dado lugar a que se bloqueen o se den de baja contenidos perfectamente legítimos que, en muchas ocasiones, ni siquiera han tenido la más mínima relación con un uso prohibido por los derechos de autor. En consecuencia, este es uno de

los principales ejemplos para demostrar que la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet por contenidos ajenos podría generar –como de hecho ha generado– que estos agentes se conviertan en censores privados de informaciones y expresiones difundidas en la red. También es destacable el régimen contemplado en la ley chilena, pues contempla una definición clara y precisa de “conocimiento efectivo”; es decir, del presupuesto necesario para que el intermediario esté obligado a realizar alguna acción frente a los contenidos a fin de evitar su responsabilidad jurídica. Éste consiste en la orden judicial que exija al intermediario de Internet el bloqueo o retiro de los contenidos y requiere que los actores o denunciante de potenciales vulneraciones a sus derechos de autor fundamenten de manera suficiente sus alegaciones en el marco de un procedimiento judicial e identifiquen específicamente el material controvertido y su ubicación exacta. A mi juicio, si bien ésta constituye una alternativa preferible a la del régimen planteado por la DMCA, ésta es una de las situaciones que amerita una proscripción general de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet y la intervención de éstos agentes podría darse solamente en el marco y como consecuencia de un proceso judicial –llevado a cabo contra los emisores del contenido, a fin de evaluar si existe o no una responsabilidad por vulneraciones al *copyright*– que requiera cierto tipo de información para conseguir sus fines o que obligue a los intermediarios a la retirada del contenido –sin que se les atribuya responsabilidad por la existencia, difusión o uso que se ha dado al material en cuestión–. Por otro lado, las posibles atribuciones de responsabilidad jurídica a intermediarios por potenciales vulneraciones al orden público y la seguridad nacional ocasionadas por los contenidos de sus usuarios deberán seguir en mi opinión los mismos lineamientos planteados para los casos de potenciales vulneraciones al derecho a la privacidad. Empero,

a mi modo de ver merece especial atención posibilidad de que este tipo de casos sirvan de excusa para pretender justificar abusos o interferencias arbitrarias por parte de gobiernos en la libertad de expresión –y de otros derechos– en Internet, como ya ha sucedido con anterioridad. Ahora bien, en el caso de potenciales vulneraciones a los derechos de los niños relacionadas con material que constituya pornografía infantil, encontramos normas como la declarada inconstitucional *Internet Child Pornography Act* de Pensilvania, y las leyes vigentes en Brasil y Colombia al respecto. Si bien las tres contemplan la obligación de los intermediarios de Internet de retirar el contenido de manera inmediata a su conocimiento de la potencial ilicitud del mismo, la ley de Brasil y la de Colombia proscriben expresamente actividades como la mera transmisión o el alojamiento de vínculos de material de este tipo. Además, a pesar de la posición que sostengo respecto a la proscripción general de atribución de responsabilidad a intermediarios de Internet por contenidos ajenos; considero que en este caso debe existir una excepción en la medida en que estamos frente a una situación donde entra en juego el interés superior del niño. Este caso, en línea con lo que se mencionó anteriormente, es una situación en la cual una medida de restricción anticipada a los contenidos resulta admisible a fin de lograr la protección de los derechos de los niños que podrían verse vulnerados.

El principal rasgo de los regímenes de inmunidad absoluta es que los intermediarios no son considerados responsables por los contenidos de terceros y tampoco están obligados a tomar ningún tipo de acción frente a los mismos sin contar con una orden judicial al respecto; en cambio en los regímenes de inmunidad condicionada éstos estarán obligados a ciertas actividades como el monitoreo, filtrado, bloqueo o dada de baja de contenidos a fin de evitar que se les atribuya una responsabilidad jurídica por los mismos. Más allá de la

posición expresada respecto a que el régimen de inmunidad absoluta, expresado a través de una proscripción general de atribución de responsabilidad jurídica a intermediarios de Internet por contenidos ajenos, es el más deseable en términos de maximizar la protección a la libertad de expresión y al debido proceso de los emisores de contenidos; desde mi perspectiva se debe tener en cuenta un aspecto fundamental. Las normas existentes que contemplan este régimen en la actualidad –por ejemplo la CDA de Estados Unidos, la DCE de la Unión Europea o la Ley Marco Civil para Internet de Brasil– contemplan únicamente esta exención de responsabilidad a los intermediarios que actúan como *mere conduits*, mientras que a mi modo de ver éste debería aplicarse a todos los tipos de intermediarios de Internet en la medida en que éstos no hayan contribuido a los contenidos que podrían llegar a determinarse abusivos. Por otro lado, es de destacar que existen distintos mecanismos que pueden adoptarse en un régimen de inmunidad condicionada: el sistema de *notice and takedown* y el sistema de *notice and notice*. El primero consiste en un sistema que obliga al intermediario a bloquear o dar de baja los contenidos o *websites* de manera inmediata una vez que reciba una queja o notificación respecto del contenido potencialmente nocivo, sin ningún tipo de requisito adicional y un ejemplo de éste es el previsto por la referida DMCA. Este sistema es, a mi modo de ver, de los más restrictivos a la libre expresión pues además de que el intermediario está obligado a constituirse en un censor de los contenidos expresados gracias a sus servicios –sin que exista el proceso judicial pertinente y necesario que determina el alegado abuso a la libertad de expresión–; y se están anulando completamente los derechos de defensa y contradicción que asisten al emisor del contenido. El segundo, consiste una alternativa un tanto más aceptable, en la medida en que la obligación del intermediario frente a los contenidos se activaría después de haber ofrecido a

los autores del material la posibilidad de controvertir las alegaciones de quien considera los contenidos de éste nocivos; o por la posibilidad –u obligación en algunos casos– de que el intermediario remita la controversia a los jueces competentes. Sin embargo, desde mi perspectiva este sistema no es preferible sobre el de inmunidad absoluta, pues en caso de que la ley que lo prevea no sea lo suficientemente clara –en cuanto a los contenidos que podrían ser sometidos a este régimen, a la transparencia que debe regir el actuar de los intermediarios, al proceso, entre otros– éste constituiría riesgos graves para la libertad de expresión similares a los del régimen de *notice and takedown*.

Es por todo lo expuesto que planteo una propuesta para abordar este problema jurídico en el Ecuador a fin de evitar intervenciones o limitaciones arbitrarias e innecesarias en el derecho a la libertad de expresión y a la vez tutelar otros bienes jurídicos protegidos que podrían encontrarse en juego. Esta propuesta consiste en la promulgación de una ley que proscriba de manera general la atribución de responsabilidad a intermediarios de Internet originada en contenidos ajenos, por un lado, y la adopción de un régimen de inmunidad condicionada para situaciones puntuales y excepcionales como modelo complementario al de inmunidad absoluta que establezca obligaciones de monitoreo, filtrado o bajada de contenidos a los intermediarios. Éste último se aplicaría para casos en que se trate de contenidos que están *a priori* excluidos del umbral de protección del derecho a la libertad de expresión como es el caso del material que constituya pornografía infantil. El fundamento es que estamos ante un conflicto de derechos en el que claramente deberá prevalecer la protección a los derechos de los niños y a su interés superior, y que la materialización de la afectación a sus derechos se da con la simple puesta a disposición de los contenidos nocivos y por lo mismo este daño es inminente. En consecuencia, propongo

abordar la cuestión a través de un enfoque integrador en el que se proteja tanto los derechos de los niños, como de los usuarios emisores de contenidos que podrían no ser ilegítimos; y que contenga obligaciones, criterios, lineamientos, salvaguardas y procedimientos claros. A fin de cumplir con la protección de los derechos de los niños los intermediarios estarían obligados, entre otras cosas, a un bloqueo expedito y temporal de los contenidos hasta que la autoridad judicial competente determine la ilicitud –o no– de estos contenidos en un proceso sumarísimo prescrito en la ley para el efecto. Este proceso tiene como finalidad, además, la tutela de los derechos a la libre expresión y debido proceso de los emisores del contenido que evidentemente no puede ser soslayada, solamente que en estos casos excepcionales, frente a la inminencia de una vulneración a bienes jurídicos que requieren mayor protección, deberá esperar un poco más. Una vez determinada la ilicitud del contenido, se activarían los mecanismos ordinarios de derecho penal frente a los responsables directos y la medida temporal de remoción de contenido quedará en firme. El proceso penal ordinario será dirigido contra responsables indirectos –como los intermediarios de Internet– en caso de que éstos incumplan sus obligaciones legales y las ordenadas por la autoridad judicial frente a estos contenidos.

Ahora bien, en cuanto a la propuesta general de adopción de un régimen de inmunidad absoluta para los intermediarios de Internet en razón de contenidos ajenos manifestado en forma de proscripción legal de atribución de responsabilidad; este régimen deberá ser la regla general para todos los contenidos, materiales o expresiones que se encuentren protegidos por el umbral del derecho a la libertad de expresión y respecto de los cuales solo caben responsabilidades ulteriores. La norma que prevea este régimen deberá ser clara y establecer principios y lineamientos claros como la necesidad de actuación transparente de

los intermediarios y además, contener normas claras y sólidas que garanticen la neutralidad en la red, entre otros aspectos. Bajo este régimen, la responsabilidad de los emisores de contenidos deberá ser determinada con estricto apego al test tripartito y demás estándares internacionales aplicables así como a la legislación local y la obligación de los intermediarios de Internet de retirar los contenidos o expresiones a las que se refiera la controversia solamente será determinada por esta autoridad en la medida en que se compruebe que el material vulnera los derechos del actor y cuando otras medidas como una rectificación o respuesta no sean posibles o suficientes. Además, la responsabilidad de los intermediarios deberá originarse únicamente cuando éstos incumplan con este tipo de órdenes judiciales. Este enfoque responde a la necesidad de protección del derecho a la libertad de expresión –y debido proceso– de los emisores de los contenidos, en la medida en que la potencial atribución de responsabilidad a intermediarios de Internet en la forma contemplada en los otros regímenes ya descritos implica riesgos gravísimos para la libertad de expresión: éstos podrían constituirse en censores privados de contenidos legítimos, e incluso podrían prestarse a presiones o influencias de los Estados a fin de anular este derecho respecto de expresiones o sectores de la población que consideren incómodos vulnerando también la garantía de un pluralismo democrático. Así, en caso de no implementar una norma en este sentido, a mi modo de ver se corre el riesgo de que la atribución de responsabilidad jurídica a los intermediarios de Internet por los contenidos de terceros constituya una restricción ilegítima indirecta a la libertad de expresión de los ciudadanos que emiten dichos contenidos.

Bibliografía

- Abbate, Jane. "Government, Business, and the Making of the Internet". *The Business History Review* Vol. 75 No. 1 (2001). <http://www.jstor.org/discover/10.2307/3116559?sid=21105480738941&uid=2&uid=4> (acceso: 24/01/2015).
- Acerca de la OEA, Nuestra Historia. http://www.oas.org/es/acerca/nuestra_historia.asp (acceso: 22 de julio de 2014).
- Access Now et al. *Statement for online Freedom of Expression, Anonymity, and Privacy in Ecuador*. <https://www.accessnow.org/pages/ecuador-free-expression-letter> (acceso: 09/02/2015).
- Aguiar, Asdrúbal. *El Derecho a la Democracia: La democracia en el Derecho y la Jurisprudencia Interamericanos. La Libertad de Expresión, piedra angular de la Democracia*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2008.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno (título 35 del libro IV del Código civil)*. Santiago: Imprenta Universitaria, 1943.
- Álvarez Cárdenas, María del Rosario. *El papel virtual*. Tesis de grado. Universidad de Chile. Santiago, 2013. <http://tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115633/EL%20PAPEL%20VIRTUAL.%20MEMORIA%20TITULO.pdf?sequence=1> (acceso: 29/01/2015).
- "Problemas con el anonimato digital". *Apertura Radical*. 13/03/2015. <http://www.aperturaradical.org/problemas-con-el-anonimato-digital/> (acceso: 16/03/2015).
- Article 19 Policy Brief. *Internet intermediaries: Dilemma of Liability*. <http://www.article19.org/resources.php/resource/37242/en/internet-intermediaries:-dilemma-of-liability> (acceso: 07/10/2013).
- AU in a nutshell. <http://www.au.int/en/about/nutshell> (acceso: 22 de julio de 2014).
- Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- Bertoni, Eduardo (compilador). *Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina*. Buenos Aires: Universidad de Palermo – UP, 2012.
- Bertoni, Eduardo (compilador). *Internet y derechos humanos: Aportes para la discusión en América Latina*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, Facultad de Derecho, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, 2014.
- Carrión, Julio. *The Fujimori Legacy: the rise of electoral authoritarianism in Peru*. Pennsylvania: Pennsylvania State University Press, 2006.
- Cánepa, Gisela. "La corrupción como espectáculo: El show de los vladi-videos". *Revista Chilena de Antropología Visual* 7 (2006). <http://www.rchav.cl/imagenes7/imprimir/canepa.pdf> (acceso: 29/01/2015).

- Cárate Tandalia, Edison Iván. *¡Que se vayan todos! Leadership, Formal Organization and Social Movements: The Case of the «Rebelión de los Forajidos»*. Tesis de Maestría. Universidad de Pittsburgh. Pittsburgh, 2009. http://d-scholarship.pitt.edu/9098/1/Carate_etd2009.pdf (acceso: 29/01/2015).
- Castro, Luis. “¿Qué es un troll en Internet?”. *About en Español*. <http://aprenderinternet.about.com/od/Glosario/g/Que-es-un-troll.htm> (acceso: 19/02/2015).
- Cebada Romero, Alicia. “Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens*, y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002). dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/826738.pdf (acceso: 15/11/2014).
- Cerda Silva, Alberto. “Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLII (2014). <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n42/a04.pdf> (acceso: 19/02/2015).
- CIDH. *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. OEA/SER.L./V/II.147. 5 de marzo de 2013.
- CIDH. *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. Relatoría especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 2/09. 30 de diciembre de 2009.
- CIDH. *Report of the Rapporteur for Freedom of Expression*. Special Rapporteur for Freedom of Expression. OEA/Ser.L/V/II.106. April 13, 2000, Chapter II “Assessment of the Situation of Freedom of Expression in the Hemisphere”, Section B.
- Cheung, Anne. *Liability of Internet Host Providers in Defamation Actions: From Gatekeepers to Identifiers*. University of Kong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2014/013. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2428566 (acceso: 20/02/2015).
- Cheval, Jean-Jacques. “Mai 68, un entre deux dans l’histoire des médias et de la radio en France”. *Groupe de Recherches et d’Etudes sur la Radio GRER*, enero 2009. http://www.grer.fr/upload/articles_en_ligne/Mai_68_un_entre_deux_dans_l%5Chistoire_des_medias_et_de_la_radio_en_France.pdf (acceso: 16/01/2015).
- Cleaver, Harry M. “The Zapatista Effect: The Internet and the Rise of an Alternative Political Fabric”. *Journal of International Affairs*, 51 (1998).
- Comisión Europea, Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29. “Privacidad en Internet: -Enfoque comunitario integrado de la protección de datos en línea-”. 5063/00/ES/FINAL WP 37. Adoptado el 21 de noviembre de 2000. <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2000/wp37es.pdf> (acceso: 29/01/2015).
- Comisión Europea. *Libro Verde sobre la Protección de los Menores y la Dignidad Humana en los Servicios Audiovisuales y de la Información* COM(96) 483 de 16.10.1997.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0483&rid=1> (acceso: 06/02/2015).

Cordero Fuertes, Juan Antonio. “Tentativas de control de Internet durante las primaveras árabes: el caso de Egipto”. *IV Jornadas de Estudios de Seguridad, Instituto Universitario “Gutiérrez Mellado”/UNED* (2012). http://www.academia.edu/1885766/Tentativas_de_control_de_Internet_durante_las_primaveras_%C3%A1rabes_el_caso_de_Egipto (acceso: 30 de diciembre de 2014).

Cremades, Javier *et al.* (coords.). *Régimen Jurídico de Internet*. Madrid: La Ley, 2002.

“Señor Presidente #UstedGanó”. *Crudo Ecuador*. <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/crudoec/index.html> (acceso: 21/02/2015).

De la Fuente Hulaud, Felipe. “Sobre el concepto de responsabilidad criminal en nuestro código penal”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIII* (1989 – 1990).

Declaración Conjunta sobre Desafíos a la Libertad de Expresión en el nuevo siglo. Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión en el año 2001.

Declaración Conjunta sobre la Regulación de los medios de comunicación. Firmada por Relator Especial sobre la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, el Representante para la Libertad de Prensa de la OSCE y el Relator Especial sobre la Libertad de Expresión de la OEA el 18 de diciembre de 2003.

Declaración Conjunta sobre Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión. Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión el 21 de diciembre de 2005.

Declaración Conjunta del Décimo Aniversario: Diez desafíos claves para la libertad de expresión en la próxima década. Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos el 2 de febrero de 2010.

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

Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) el 1 de junio de 2011.

Declaración Conjunta realizada por el Relator Especial de Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y Expresión y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA el 20 de enero de 2012.

Declaración Conjunta sobre Programas de Vigilancia y su Impacto en la Libertad de Expresión. Firmada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión el 21 de junio de 2013.

Declaración Conjunta sobre universalidad y el derecho a la libertad de expresión. Firmada por Relator Especial sobre la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, el Representante para la Libertad de Prensa de la OSCE, la Relatora Especial sobre la Libertad de Expresión de la OEA y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la CADHP el 6 de mayo de 2014.

“«Bonil» cumple con rectificación de caricatura”. *Ecuavisa*. 05/02/2015. <http://www.ecuavisa.com/articulo/noticias/actualidad/52620-bonil-cumple-rectificacion-caricatura> (acceso: 15/02/2015).

“Cronología del caso El Universo”. *El Comercio*. 27/02/2012. <http://www.elcomercio.com/actualidad/politica/cronologia-del-caso-universo.html> (acceso: 18/02/2015).

“El «Gran Hermano» no va a Corte de Pichincha”. *El Comercio*. 14/02/2012. <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/politica/gran-hermano-no-a-corte.html> (acceso: 18/02/2015).

“El supuesto «troll center» tuvo en su mira a El Comercio”. *El Comercio*. 01/03/2012. <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/politica/supuesto-troll-center-tuvo-mira.html> (acceso: 19/02/2015).

“Enlace Ciudadano 407 desde el Comité del Pueblo”. *El Comercio*. 17/01/2015. <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/enlace-ciudadano-407-rafael-correa.html> (acceso: 19/02/2015).

“Enlace Ciudadano 409, desde Quito”. *El Comercio*. 31/01/2015. <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/enlace-ciudadano-409-sabatina-rafael.html> (acceso: 19/02/2015).

- “Enlace Ciudadano desde Gonzanamá, Loja”. *El Comercio*. 24/01/2015. <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/enlace-ciudadano-408-rafael-correa.html> (acceso: 19/02/2015).
- “@CrudoEcuador anuncia: «Hasta aquí llegó todo»». *El Universo*. 19/02/2015. <http://www.eluniverso.com/noticias/2015/02/19/nota/4569441/crudo-ecuador-anuncia-hasta-aqui-llego-todo> (acceso: 19/02/2015).
- “Contenido en redes, en la mira del régimen”. *El Universo*. 01/02/2015. Cuaderno 1, página 13.
- Estado de firmas y ratificaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Ecuador (acceso: 22 de julio de 2014).
- Faulkner, Robert y Cheney, Eric. “The multiplexity of political conspiracy: illegal networks and the collapse of Watergate”. *Global Crime* Vol. 14 Issue 2/3 (2013).
- “Periodista sentenciado por «delito de opinión» ahora afronta juicio por insolvencia”. *FUNDAMEDIOS*. 09/06/2010. <http://www.fundamedios.org/monitoreo-de-libertades/alertas/periodista-sentenciado-por-delito-de-opinion-ahora-afronta-juicio> (acceso: 18/02/2015).
- “Supercom sanciona a medio y caricaturista por discriminación socio-económica”. *FUNDAMEDIOS, Expresión de Libertad*. 13/02/2015. <http://www.fundamedios.org/monitoreo-de-libertades/alertas/supercom-sanciona-medio-y-caricaturista-por-discriminacion-socio> (acceso: 15/02/2015).
- García Cabezas, Sandra. “La Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet por Infracciones de Derechos de Propiedad Intelectual”. *Publicación Conmemorativa XV Aniversario Asociación Antiguos Alumnos de Magíster Lvcentinvs* (2010), p. 5. <http://www.uaipit.com/aaaml/SandraGarc.pdf> (acceso: 27/02/2015).
- “Turkish Internet Legislation Threatens Free Expression and Privacy Rights”. *Global Network Initiative*. 22/01/2014. <https://www.globalnetworkinitiative.org/news/turkish-internet-legislation-threatens-free-expression-and-privacy-rights> (acceso: 26/02/2015).
- “Malala Yousafzai sympathizes with Mexican who disrupted Nobel ceremony”. *Global News*. 11/12/2014. <http://globalnews.ca/news/1721137/malala-yousafzai-sympathizes-with-mexican-who-disrupted-nobel-ceremony/> (acceso: 26/02/2015).
- “Notice and Notice Regime”. *Government of Canada*. <http://news.gc.ca/web/article-en.do?nid=858069> (acceso: 03/03/2015).
- “Child Pornography, the Internet, and the Challenge of Updating Statutory Terms”. *Harvard Law Review*, 122 No. 6 (2009). <http://www.jstor.org/discover/10.2307/40379791?sid=21105701398701&uid=4&uid=2&uid=3739256&uid=3739864> (acceso: 22/02/2015).
- Hick, Steven y Halpin, Edward. “Children’s Rights and the Internet”. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. 575 (2001).

- Hocsman, Heriberto Simón. *Negocios en Internet: e-commerce, comercio electrónico, firma digital*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.
- Human Rights Watch. *Concerns and Recommendations on Cambodia Submitted to the UN Human Rights Committee in advance of its Pre-Sessional Review of Cambodia*. 04/03/2015. <http://www.hrw.org/news/2015/03/04/human-rights-watch-concerns-and-recommendations-cambodia-submitted-un-human-rights-c> (acceso: 06/03/2015).
- “Ecuador se ríe del «Tin» Delgado, un diputado que «no sabe leer»”. *Infobae*. 08/08/2014. <http://www.infobae.com/2014/08/08/1586271-ecuador-se-rie-del-tin-delgado-un-diputado-que-no-sabe-leer> (acceso: 19/02/2015).
- “Caso Mónica Chuji – Artículos de Prensa”. *INREDH*. 01/12/2011. http://inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=444:caso-monica-chuji&catid=80:acciones-proteccion-a-defensors-ddhh-y-ambiente&Itemid=151 (acceso: 18/02/2015).
- International Telecommunication Union. *Measuring the Information Society Report 2014*. http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/mis2014/MIS2014_without_Annex_4.pdf (acceso: 02 de enero de 2015).
- Internet Rights and Principles Coalition. *10 Internet Rights and Principles*. http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2014/06/IRPC_10RightsandPrinciples_28May2014-11.pdf (acceso: 27/02/2015).
- Jijena Leiva, Renato Javier. *Contenidos de Internet: Censura o Libertad de Expresión*. Asociación Chilena de Usuarios de Internet (1999). <http://www.mass.co.cl/acui/leyes-jijena2.html> (acceso: 16/01/2015).
- Kingdom of Cambodia, Nation Religion King. *Cybercrime Law*. Draft V. 1. Unofficial Translation to English. http://www.article19.org/data/files/medialibrary/37516/Draft-Law-On-CyberCrime_Englishv1.pdf (acceso: 09/03/2015).
- Krüger, Oliver. “Gaia, God and the Internet: The History of Evolution and the Utopia of Community in Media Society”. *Numen: International Review for the History of Religions* Vol. 54 No. 2 (2007).
- “Este diario suspende comentarios de lectores por Internet”. *La Hora*. 18/10/2012. <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101409298#.VQEdAaOwWSo> (acceso: 26/02/2015).
- “El significado cultural del *meme* se propaga con el relajo cibernético”. *La Jornada*. 08/07/2014. <http://www.jornada.unam.mx/2014/07/08/cultura/a07n1cul> (acceso: 19/02/2015).
- “Otra bandera ondeó en Iguala: «Nos faltan 43»”. *La Jornada*. 24/02/2015. <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2015/02/24/otra-bandera-ondeo-en-iguala-nos-faltan-43> (acceso: 27/02/2015).

- “Hace catorce años, el exdictador Alberto Fujimori renunció a la Presidencia por fax”. *La República.pe*. 19/11/2014. <http://www.larepublica.pe/19-11-2014/hace-catorce-anos-el-exdictador-alberto-fujimori-renuncio-a-la-presidencia-por-fax> (acceso: 29/01/2015).
- “Uruguay clama por jóvenes mexicanos: «Vivos los llevaron, vivos los queremos»”. *La República*. 17/11/2014. <http://www.larepublica.ec/blog/internacional/2014/11/17/uruguay-jovenes-mexicanos-vivos-llevaron-vivos-queremos/> (acceso: 27/02/2015).
- Laidlaw, Emily. *Internet Gatekeepers, Human Rights and Corporate Social Responsibilities*. Tesis doctoral. The London School of Economics and Political Science. Londres, 2012.
- Lara, Juan Carlos y Vera, Francisco. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet”. *ONG Derechos Digitales Policy Paper No. 3*. <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf> (acceso: 15/01/2015).
- “«Charlie Hebdo» visé par une attaque terroriste, deuil national décrété”. *Le Monde*. 07/01/2015. http://www.lemonde.fr/societe/article/2015/01/07/attaque-au-siege-de-charlie-hebdo_4550630_3224.html (acceso: 08/01/2015).
- Leiner, Barry *et al.* *Brief History of the Internet*. http://www.internetsociety.org/sites/default/files/Brief_History_of_the_Internet.pdf (acceso: 29 de diciembre de 2014).
- Less Andrade, Pedro. “Funcionamiento de Motores de Búsqueda y Tecnología de Google”. *Información sobre iniciativas y actividades de Google en Latinoamérica*. 16/10/2008. <http://googleamericalatinablog.blogspot.com/2008/10/funcionamiento-de-los-motores-de.html> (acceso: 29/01/2015).
- Lessig, Lawrence. “The Internet under Siege”. *Foreign Policy* 127 (2001). <http://www.jstor.org/discover/10.2307/3183294?sid=21105489011021&uid=2&uid=4> (acceso: 29/01/2015).
- Lipszyc, Delia. “Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional”. *XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital” organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) de España y Ministerio de Industria y Comercio de la República de Paraguay en Asunción, 7 a 11 de noviembre 2005*. OMPI-SGAE/DA/ASU/05/7, 3 de noviembre de 2005. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_7.pdf (acceso: 29/01/2015).
- Llaneza González, Paloma. *Internet y comunicaciones digitales: régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*. Barcelona: Bosch, 2000.

- López, Andrés. “Rafael Correa vs. «Bonil»: una caricatura causa polémica en Ecuador”. *CNN en Español*. 14/01/14. <http://cnnespanol.cnn.com/2014/01/14/rafael-correa-vs-bonil-una-caricatura-causa-polemica-en-ecuador/> (acceso: 15/02/2015).
- Macharia, Joel. “Internet is no longer a luxury: Fibre-optics could leap-frog Africa into the future”. *Africa Renewal*. April 2014. <http://www.un.org/africarenewal/magazine/april-2014/internet-access-no-longer-luxury> (Acceso: 30 de diciembre de 2014).
- MacKinnon, Rebeca *et al.* *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*. Paris: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)/Internet Society, 2014.
- Malaja, Polina. *The Liability of Internet Service Providers for Copyright Infringements: exception to copyright protection derived from freedom of expression*. Tesis de Maestría. Universidad de Lund. Lund, 2014. <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4580420&fileId=4580421> (acceso: 03/03/2015).
- Marciani Burgos, Betzabé. *El Derecho a la Libertad de Expresión y la Tesis de los Derechos Preferentes*. Lima: Palestra Editores, 2004.
- Martinet Farano, Béatrice. “Internet Intermediaries’ Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches. *TTLF Working Paper No. 14* (2012). http://www.law.stanford.edu/sites/default/files/publication/300252/doc/slspublic/farano_wp14-4.pdf (acceso: 26/02/2015).
- McNamee, Joe *et al.* “How the Internet Works”. *European Digital Rights: The EDRI papers* 3 (2012). https://edri.org/files/2012EDRIPapers/how_the_internet_works.pdf (acceso: 28/01/2015).
- Moles Plaza, Ramón J. *Derecho y control en Internet. La regulabilidad en Internet*. Barcelona: Ariel Derecho, 2004, p. 26.
- Morales Prats, Fermín y Morales García, Oscar (coords.). *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Barcelona: Arazandi, 2001.
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. “El derecho a la privacidad en la era digital de 20 de noviembre de 2013”. A/C.3/68/L.45/Rev.1. http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.3/68/L.45/Rev.1&referer=http://www.article19.org/resources.php/resource/37593/en/63-civil-society-groups-call-on-un-to-protect-free-expression-online&Lang=S (acceso: 02 de enero de 2015).
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. “Reporte del Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de 16 de mayo de 2011”. A/HRC/17/27. http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf (acceso: 01/01/2015).
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. “The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet de 29 de junio de 2012”. A/HRC/20/L.30. http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.doc (acceso: 01 de enero de 2015).

- Palomino, Fernando. "Perú: Marketing Político y Vladivideos". *Chasqui – Revista Latinoamericana de Comunicación* 75 (2001).
- Pardini, Aníbal. *Derecho de Internet*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2002.
- Pauer, Jan. "The Dispute about the Legacy of the «Prague Spring»". *European Network Remembrance and Solidarity Reading Room*. http://www.enrs.eu/images/Teksty%20pdf%20ang/Pauer_ang.pdf (acceso: 16/01/2015).
- Peregil, Francisco. "El Gobierno argentino denuncia al espía que colaboraba con Nisman". *El País*. 25/02/2015. http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/25/actualidad/1424869066_628062.html (acceso: 26/02/2015).
- Perset, Karine. *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 2010. DSTI/ICCP(2009)9/FINAL. <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf> (acceso: 31/01/2015).
- Philip, Thomas Joji. "Government blocks Twitter handles of journalists, right-wing groups –here is the proof". *The Economic Times*. 23/08/2012. http://articles.economictimes.indiatimes.com/2012-08-23/news/33342537_1_twitter-accounts-twitter-users-block-six-fake-accounts (acceso: 24/02/2015).
- "La semana que Crudo Ecuador no pegó los ojos". *Plan V*. 31 de enero de 2015. <http://www.planv.com.ec/historias/politica/la-semana-que-crudo-ecuador-no-pego-ojos> (acceso: 19/02/2015).
- Pouwelse, Johan. "Moving Toward a Censorship-free Internet". *The IETF Journal* 8 (2012). <http://www.internetsociety.org/sites/default/files/pub-IETFJv8.2-20121012-en.pdf> (Acceso: 30 de diciembre de 2014).
- Quintero Domínguez, Annie Erika. *Resistencia y activismo político en Internet: El caso del Ejército Zapatista de Liberación Nacional de México (EZLN) 1994-2006*. Tesis de grado. Universidad del Cauca. Popayán 2010.
- Rabinovich, Eleanora. "Challenges Facing Freedom of Expression: Intermediary Liability in Argentine Case-Law". *Asociación por los Derechos Civiles*. March 29 – 3, 2012.
- Raymond, Eric. *The Unix and Internet Fundamentals HOWTO*. <http://www.tldp.org/HOWTO/Unix-and-Internet-Fundamentals-HOWTO/internet.html> (acceso: 28/01/2015).
- Read, Max. "What is Charlie Hebdo? The Cartoons that Made the French Paper Infamous". *Gawker*. 07/01/2015. <http://gawker.com/what-is-charlie-hebdo-and-why-a-mostly-complete-histo-1677959168> (acceso: 08/01/2015).
- Reporters Without Borders. *World Day Against Cyber Censorship* 12 march 2010. http://en.rsf.org/IMG/pdf/Internet_enemies.pdf (acceso: 15/02/2015).

- “Mexico attorney general who handled student massacre probe to step down”. *Reuters*. 27/02/2015. <http://www.reuters.com/article/2015/02/27/us-mexico-attorneygeneral-idUSKBN0LV1HR20150227> (acceso: 27/02/2015).
- Revilla, Marisa y Hovanyi, Réka. “La “primavera árabe” y las revoluciones en Oriente Medio y Norte de África: episodios, acontecimientos y dinámicas” presentado en *XI Congreso Español de Sociología, GT 20. Movimientos Sociales, Acción Colectiva y Cambio Social* (2013). <http://www.fes-web.org/uploads/files/modules/congress/11/papers/1895.pdf> (acceso: 2 de enero de 2015).
- Rincón Cárdenas, Erick. *Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.
- Ruiz, Claudio. “Ecuador: los derechos de autor como arma de censura”. *ONG Derechos Digitales*. 09/10/2014. <https://www.derechosdigitales.org/7955/ecuador-los-derechos-de-autor-como-un-arma-de-censura/> (acceso: 25/01/2015).
- Ruiz de Almirón, Víctor. “18 minutos: el secreto oculto del Watergate”. *ABC.es*. 21/11/2013. <http://www.abc.es/archivo/20131121/abci-watergate-secretos-grabacion-201311211412.html> (acceso: 16/01/2015).
- Ruiz Gómez, Luis Manuel. “Neutralidad de red y desarrollo de las TIC”. *Revista Universitaria Europea XX* (2014). <http://www.revistarue.eu/RUE/032014.pdf> (acceso: 29 de diciembre de 2014).
- Saiyasombut, Saksith y Voices, Siam. “Thailand’s new cyber laws – Part 2: Changes to the Computer Crime Act”. 17/02/2015. <http://asiancorrespondent.com/130673/thailands-new-cyber-laws-part-2-changes-to-the-computer-crime-act/> (acceso: 27/02/2015).
- Secaira Durango, Patricio. *Curso breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- Shuler, Rus. “How does the Internet Work?”. *Pomeroy*. 2002. <http://web.stanford.edu/class/msande91si/www-spr04/readings/week1/InternetWhitepaper.htm> (acceso: 28/01/2015).
- Silva Pinochet, Beatriz. “La «Revolución Pinguina» y el cambio cultural en Chile”. *Archivo Chile*. http://www.archivochile.com/carril_c/cc2012/cc2012-062.pdf (acceso: 29/01/2015).
- Smith, Andrew. *The Internet and Human Rights*. Declaración conjunta presentada en la 26ª sesión del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (2014). http://www.article19.org/data/files/annual_reports_and_accounts/Oral_Statement.pdf (acceso: 2 de diciembre de 2014).
- “SIP califica de censura inquisidora ataque legal contra caricaturista ecuatoriano”. *Sociedad Interamericana de Prensa*. 14/02/2015. <http://www.sipiapa.org/sip-califica-de-censura-inquisidora-ataque-legal-contra-caricaturista-ecuatoriano/> (acceso: 15/02/2015).

- Solanas, Mónica. “El periodismo de investigación que fue: el caso Watergate”. *Otras (re)lecturas*. 03/06/2012. <http://otrasrelecturas.com/2012/06/03/el-periodismo-de-investigacion-que-fue-el-caso-watergate/> (acceso: 16/01/2015).
- Stark, Natalia. *Motores de búsqueda en Internet*. Universidad Nacional de Luján. 10/11/2001. <http://www.unlu.edu.ar/~tyr/tyr/TYR-motor/stark-motor.pdf> (acceso: 29/01/2015).
- Thomson, John B. *Los medios y la modernidad*. Buenos Aires: Ediciones Paidós, 1998.
- “Los tweets de Cristina desde China: «¿Serán todos de «La Cámpola» y vinieron sólo por el aloy y el petróleo?»». *Todo Noticias*. 04/02/2015. http://tn.com.ar/politica/los-tweets-de-cristina-desde-china-seran-todos-de-la-campola-y-vinieron-solo-por-el-aloz-y-el-petrol_568284 (08/02/2015).
- Tourliere, Mathieu. “Expertos de la CIDH arribarán a México por caso Ayotzinapa”. 27/02/2015. <http://www.proceso.com.mx/?p=397162> (acceso: 27/02/2015).
- United Nations Human Rights Committee. *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: Concluding Observations of the Human Rights Committee, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. CCPR/C/GBR/CO/6, 30 July 2008. <http://www.5rb.com/wp-content/uploads/2008/08/UN-Human-Rights-Committee-Report-2008.pdf> (acceso: 12/02/2015).
- United Nations Treaty Collection*. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (acceso: 22 de julio de 2014).
- Van Schewick, Barbara. *Internet Architecture and Innovation*. Cambridge: The MIT Press, 2010.
- Vargas Prieto, Juliana. “Responsabilidad de los prestadores de servicios de almacenamiento de datos por infracciones a derechos de autor: una propuesta para la regulación colombiana”. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. Universidad de los Andes 10 (2013). <http://www.leyex.info/magazines/N1020137.pdf> (acceso: 27/01/2015).
- “Chicago con #Ayotzinapa a 5 meses de la desaparición forzada”. *Vine*. 27/02/2015. <https://vine.co/v/O2jzix7eWib> (acceso: 27/02/2015).
- Weber, Sandra. *The Internet*. Philadelphia: Chelsea House Publishers, 2004.
- Xalabarder Plantada, Raquel. “La responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 2 (2006). <http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarder.pdf> (acceso: 10/02/2015).
- “Enlace Ciudadano 407 desde el Comité del Pueblo”. https://www.youtube.com/watch?v=qI7D_BI0RWU (acceso: 19/02/2015).

- “Enlace Ciudadano 409, desde Quito”. *Youtube*.
https://www.youtube.com/results?search_query=enlace+ciudadano+409
 (acceso: 19/02/2015).
- “Enlace Ciudadano desde Gonzanamá, Loja”. *Youtube*.
<https://www.youtube.com/watch?v=ZfIJLEKq4xw> (acceso: 19/02/2015).
- “Enlace Ciudadano desde Gonzanamá, Loja”. *Youtube*.
<https://www.youtube.com/watch?v=6Ll9cDk7CYk> (acceso: 19/02/2015).
- Zittrain, Jonathan. “The Generative Internet”. *Harvard Law Review* Vol. 119, No. 7 (2006).
- Zuckerman, Ethan. “Intermediary Censorship”. *Access Controlled: The Shaping of Power, Rights, and Rule in Cyberspace*. Deibert, Ronald (ed.). Cambridge: MIT Press, 2010.
www.access-controlled.net/wp-content/PDFs/chapter-5.pdf (acceso: 15/02/2015).
- Zuckerman, Ethan & McLaughlin. *Introduction to Internet Architecture and Institutions*. August, 2003. <http://cyber.law.harvard.edu/digitaldemocracy/internetarchitecture.pdf>
 (acceso: 28/01/2015).

Plexo normativo

- Bill of Rights (1689).
- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).
- Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.
- Communications Decency Act*, 47 U.S.C. §230.
- Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, Enmienda I (1791).
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Constitución Quiteña (1812).
- Constitución Política de 1830. Promulgada el 14 de junio de 1830.
- Constitución Política de 1835. Promulgada el 13 de agosto de 1835.
- Constitución Política de 1843. Promulgada el 1 de abril de 1843.
- Constitución Política de 1845. Promulgada el 3 de diciembre de 1845.
- Constitución Política de 1851. Promulgada el 25 de febrero de 1851.
- Constitución Política de 1852. Promulgada el 6 de septiembre de 1852.
- Constitución Política de 1861. Promulgada el 2 de mayo de 1861.
- Constitución Política de 1869. Promulgada el 28 de julio de 1869.
- Constitución Política de 1878. Promulgada el 31 de marzo de 1878.

- Constitución Política de 1884. Promulgada el 4 de febrero de 1884.
- Constitución Política de 1897. Registro Oficial Suplemento No. 272 de 14 de enero de 1897.
- Constitución Política de 1906. Registro Oficial No. 262 de 24 de diciembre de 1906.
- Constitución Política de 1929. Registro Oficial No. 138 de 26 de marzo de 1929.
- Constitución Política de 1945. Registro Oficial No. 228 de 6 de marzo de 1945.
- Constitución Política de 1946. Registro Oficial No. 773 de 31 de diciembre de 1946.
- Constitución Política de 1967. Registro Oficial No. 133 de 25 de mayo de 1967.
- Constitución Política de 1979. Registro Oficial No. 800 de 27 de marzo de 1979.
- Constitución Política de 1998. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948).
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965).
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989).
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950).
- Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil (1999).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).
- Declaración de Virginia (1776).
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
- Digital Millennium Copyright Act*, 17 U.S.C. §512.
- Directiva Europea 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, (2000).
- Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998).
- India Information Technology Act (No. 21 of 2000).
- Ley 34/2002 de 11 de julio de 2002.
- Ley de Neutralidad de Chile. Ley 20453 de 26 de agosto de 2010. <http://www.leychile.cl/N?i=1016570&f=2010-08-26&p=> (acceso: 11/01/2015).
- Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 22 de 25 de junio de 2013.
- Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Registro Oficial Suplemento No. 439 de 18 de febrero de 2015.
- Marco Civil da Internet. Ley No. 12.965/2014. 24 de abril de 2014. <https://thecdd.files.wordpress.com/2014/10/marco-civil-lei-nc2ba-12-965-2014-unnoficial-mirrored-english-translation.pdf> (acceso: 17/02/2015).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (2000).

Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial Suplemento No. 170 de 27 de enero de 2014.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996).

Jurisprudencia y decisiones de otra naturaleza

CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. *Franciso Martorell vs. Chile*. 3 de mayo de 1996.

Comisión Africana de Derechos de las Personas y de los Pueblos. *Media Rights Agenda v. Nigeria*. App 224/98. AHRLR 200. 2000.

Comité de Derechos Humanos. *Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión*. Observación General No. 34, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011.

Comité de Derechos Humanos. *Marques de Morais vs. Angola*. Communication 1128/2002, decisión de 29 de marzo de 2005.

Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. *Informe Técnico No. 019-DEC-CT-2014 de calificación de contenido discriminatorio dentro del procedimiento que sigue la Superintendencia de la Información y Comunicación – SUPERCÓM– en contra de la publicación realizada por el medio de comunicación social Diario “El Universo”, en “La Columna de Bonil”, impresa en la página 8, el 5 de agosto de 2014.* <http://www.cordicom.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/02/informe-tecnico.pdf> (acceso: 25/01/2015).

Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación. *Informe Jurídico No. 019-DL-SMC-CORDICOM-2014 respecto a la calificación por presunto contenido discriminatorio de la publicación realizada por el medio de comunicación social Diario “El Universo”, en la sección Opinión, página 8, “La Columna de Bonil”, el 5 de agosto de 2014.* <http://www.cordicom.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/02/informe-juridico.pdf> (acceso: 25/01/2015).

Corte de Distrito del Sur de Nueva York. *Cubby Inc. v. Compuserve Inc.* 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991). <http://www.internetlibrary.com/pdf/Cubby-Compuserve-SDNY.pdf> (acceso: 27/02/2015).

Corte I.D.H. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

Corte I.D.H. *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

- Corte I.D.H. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- Corte I.D.H. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.
- Corte I.D.H. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte I.D.H. *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109.
- Corte I.D.H. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.
- Corte I.D.H. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte I.D.H. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
- Corte I.D.H. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151.
- Corte I.D.H. *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 77.
- Corte I.D.H. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 114.
- Corte I.D.H. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.
- Corte I.D.H. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.
- Corte I.D.H. *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202.
- Corte I.D.H. *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
- Corte I.D.H. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.
- Corte I.D.H. *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.
- Corte I.D.H. *Caso Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232.
- Corte I.D.H. *Caso Fontevecchia y D’Amicco vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.

- Corte I.D.H. *Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248.
- Corte I.D.H. *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013. Serie C No. 265.
- Corte Suprema de Estados Unidos. *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964). http://www.eejlaw.com/materials/New_York_Times_v_Sullivan_vT08.pdf (acceso: 12/02/2015).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Federal Argentina. *Rodríguez, María Belén c/Google Inc. s/daños y perjuicios*. Sentencia de 28 de octubre de 2014. <http://www.informaticalegal.com.ar/2014/10/28/sentencia-de-la-corte-suprema-de-justicia-de-la-nacion-csnj-rodriguez-maria-belen-c-google-inc-s-danos-y-perjuicios/> (acceso: 15/02/2015).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Federal Argentina. *Da Cunha, Virginia c/Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/daños y perjuicios*. Sentencia de 30 de diciembre de 2014. <http://www.lanacion.com.ar/1760000-corte-suprema-buscadores-no-son-responsables-del-contenido-virginia-da-cunha-barbara-lorenzo> (acceso: 15/02/2015).
- Corte Suprema de Nueva York. *Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Inc.* 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995). https://w2.eff.org/legal/cases/Stratton_Oakmont_Porush_v_Prodigy/stratton-oakmont_porush_v_prodigy_et-al.decision (acceso: 27/02/2015).
- Juzgado Décimo Cuarto de Garantías Penales. *Causa No. 2011-0550*.
- Juzgado Décimo de Garantías Penales del Guayas. *Proceso No. 457-2011*.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 75 de la República Federal Argentina. *Da Cunha Virginia c/Yahoo de Argentina SRL y otro s/Daños y Perjuicios*. Expte. No. 99.620/2006. Sentencia de 29 de julio de 2009. <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/JurisprudenciaFalloDaaCunhacYahoo.html> (acceso: 15/02/2015).
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil No. 95 de la República Federal Argentina. *Rodríguez María Belén c/Google INC. s/Daños y Perjuicios*. Expte. No. 99.613/2006. Sentencia de 4 de marzo de 2010. <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/JurisprudenciaFalloRodriguezcGoogle.html> (acceso: 15/02/2015).
- Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha. *Proceso No. 2011-0265*.
- Presidencia de la República del Ecuador. *Oficio No. PR-SECOM-2012-000184-O*. 18 de septiembre de 2012. http://www.andes.info.ec/sites/default/files/Carta-Presidencia-Republica-PDF-Kb_ECMFIL20120930_0004-1.pdf (acceso: 26/02/2015).
- Superintendencia de la Información y Comunicación. *Resolución No. 001-DNGJPO-INPS, Trámite 002-INSP-DNJPO-SUPERCOM-2014*. http://www.eluniverso.com/sites/default/files/archivos/2014/01/resolucion_tramite_002_xavier_bonillauniverso_31-01-2014.pdf (acceso: 17/02/2015).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Delfi AS v. Estonia*, Judgement of 10 October 2010, Application No. 64569/09.

United Nations Human Rights Committee. *Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant: Concluding Observations of the Human Rights Committee, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. CCPR/C/GBR/CO/6, 30 July 2008. <http://www.5rb.com/wp-content/uploads/2008/08/UN-Human-Rights-Committee-Report-2008.pdf> (acceso: 12/02/2015).