



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

Marzo 2018

Facultad de Derecho

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

UP
**Universidad
de Palermo**

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

Introducción

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

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

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

1) Sobre el universo analizado:

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

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

los requisitos para la legitimidad de las medidas restrictivas de la libertad de expresión, conforme estándares internacionales, es el cumplimiento del requisito de legalidad.

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

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

Además, se identificaron y analizaron 283 proyectos de ley presentados al (o en el seno del) Poder Legislativo de los 4 Estados entre 2012 y 2017, siguiendo criterios de selección similares. El marco temporal que se estableció para analizar los proyectos respondió a cuestiones prácticas: por un lado, la gran cantidad de proyectos de ley presentados en 5 años; por el otro, el hecho de que muchas de las discusiones que afectan la regulación del discurso y la privacidad en internet adquirieron relevancia y fuerza recién a partir de 2012.

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

2) El marco normativo internacional: art. 13 CADH

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

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

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

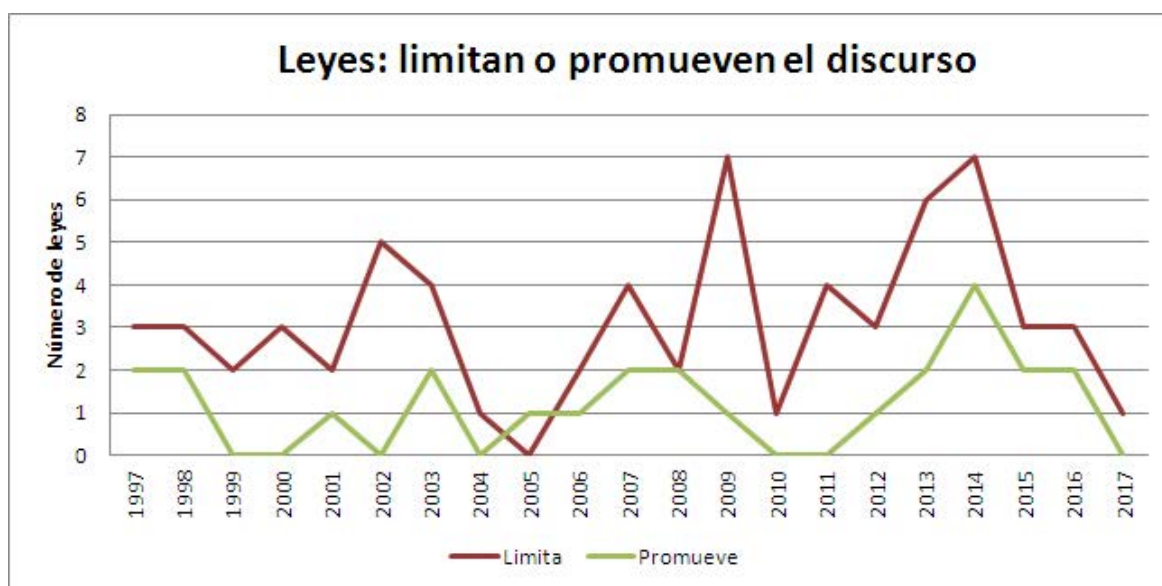
inciso 5 finalmente establece expresiones no protegidas y las limita a la apología del odio racial, nacional o religioso, que además constituya incitación a la violencia o acción similar.³

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

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

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

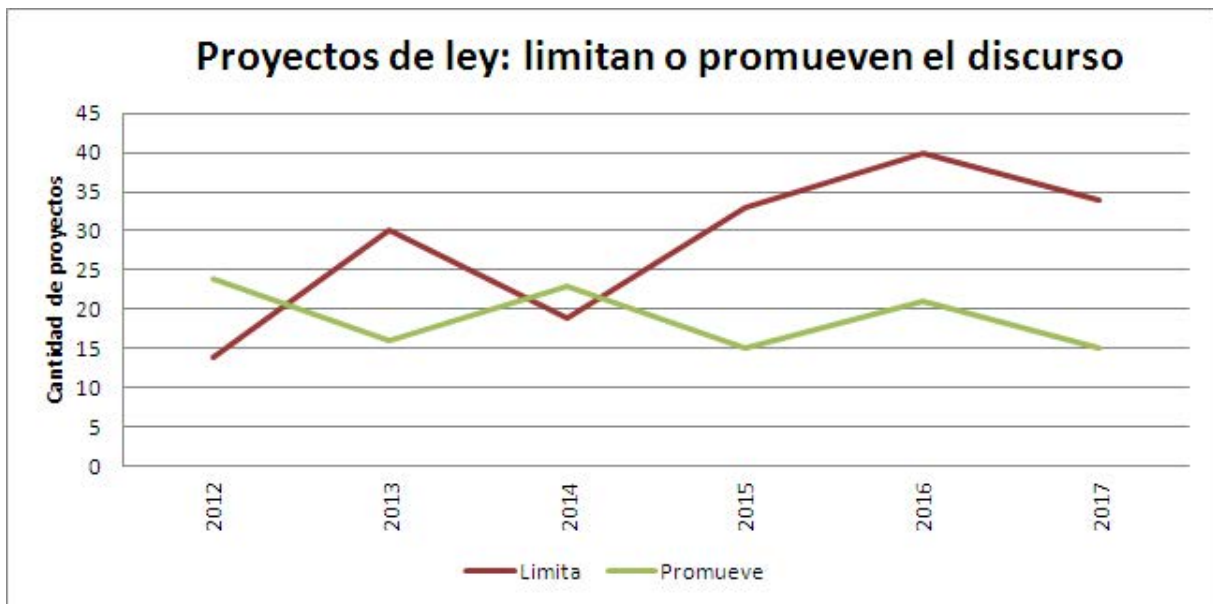
En líneas generales, en el agregado regional se ve un panorama interesante en materia de libertad de expresión. En los 4 países analizados se reconoce este derecho a nivel constitucional aunque con diferentes matices. Así, en Ecuador, por ejemplo, la Constitución califica el derecho a la libertad de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



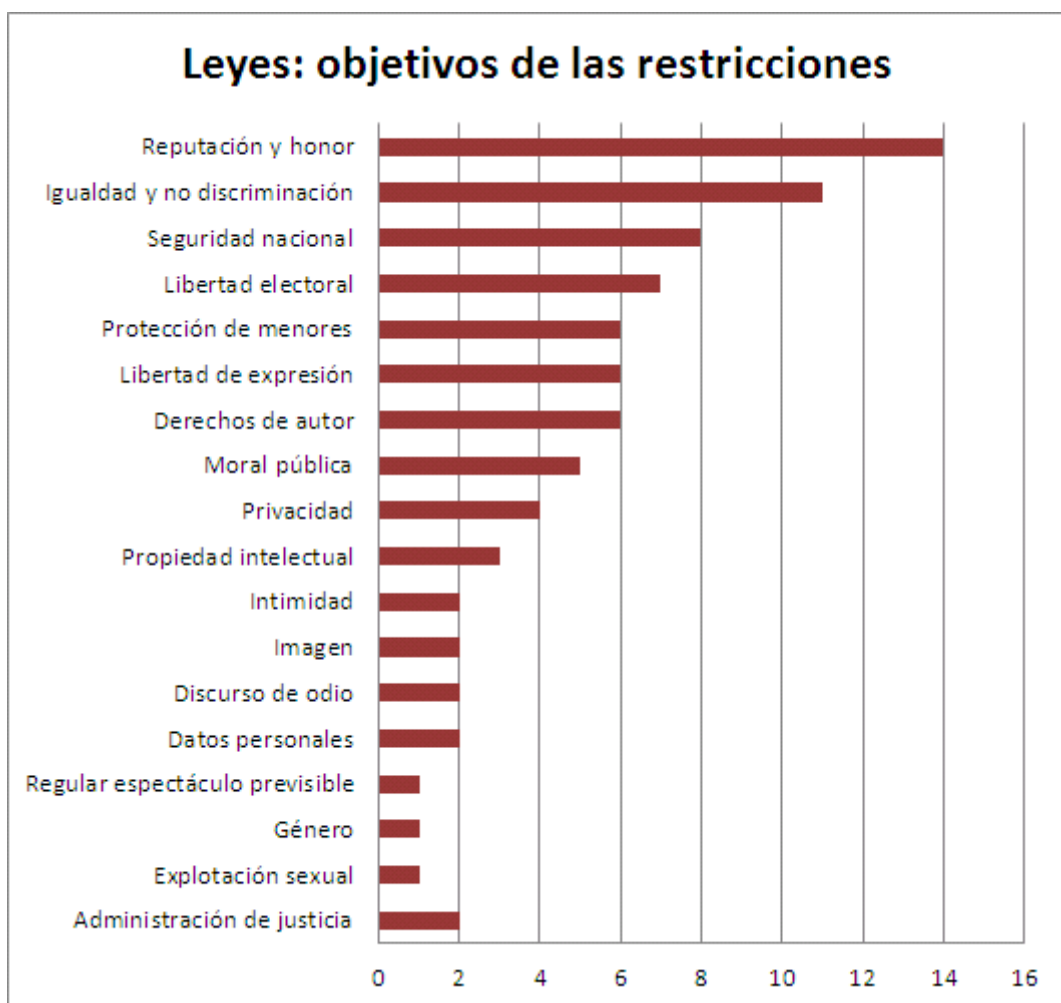
60 leyes de las 93 relevadas limitan la circulación del discurso; 17 la promueven y 8 promueven y limitan (leyes colectivas, por ejemplo reformas integrales al Código Penal). En materia de proyectos, 170 limitan y 114 promueven.

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

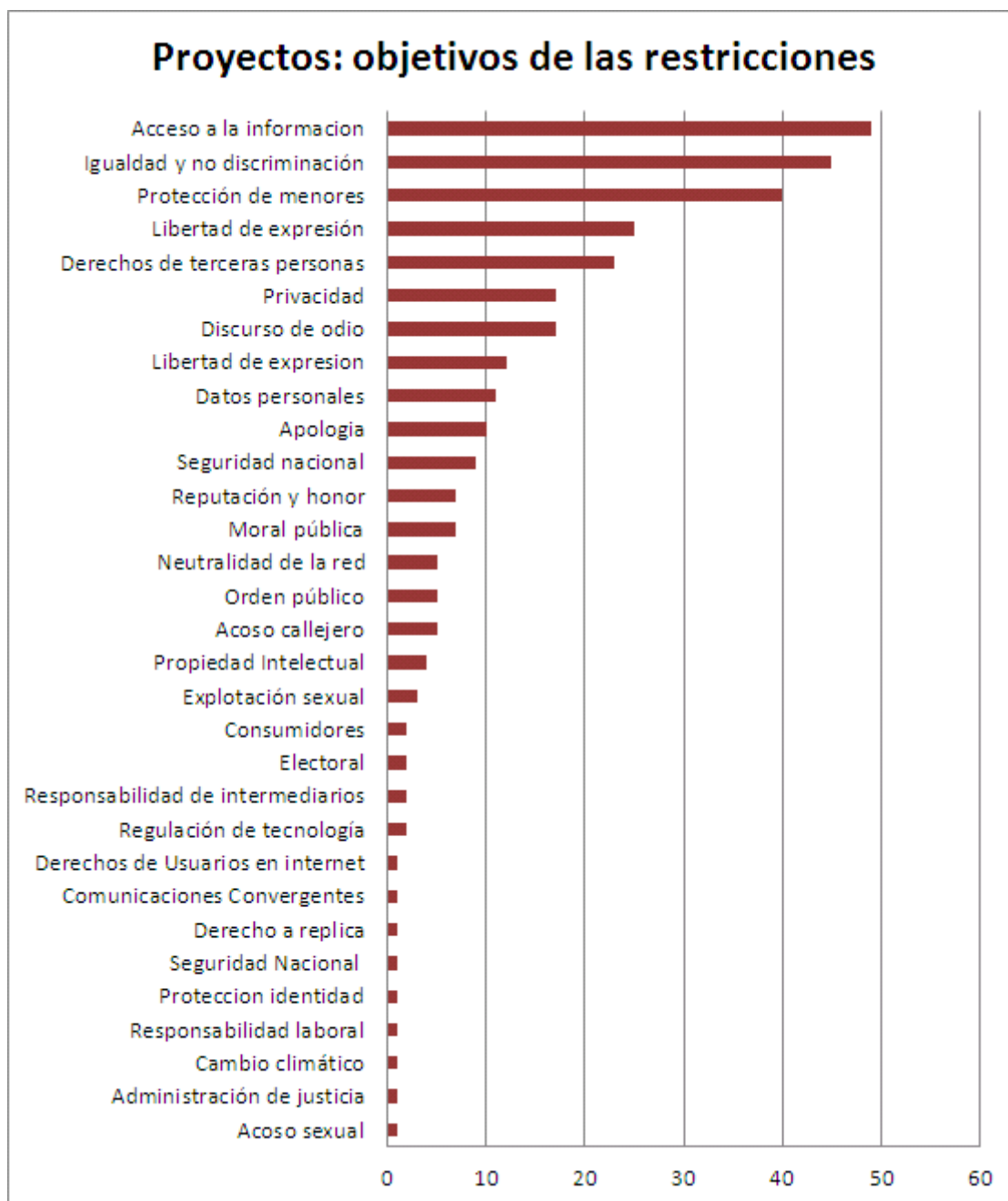
⁴ Ver artículo de D. Salazar y D. Caballero.



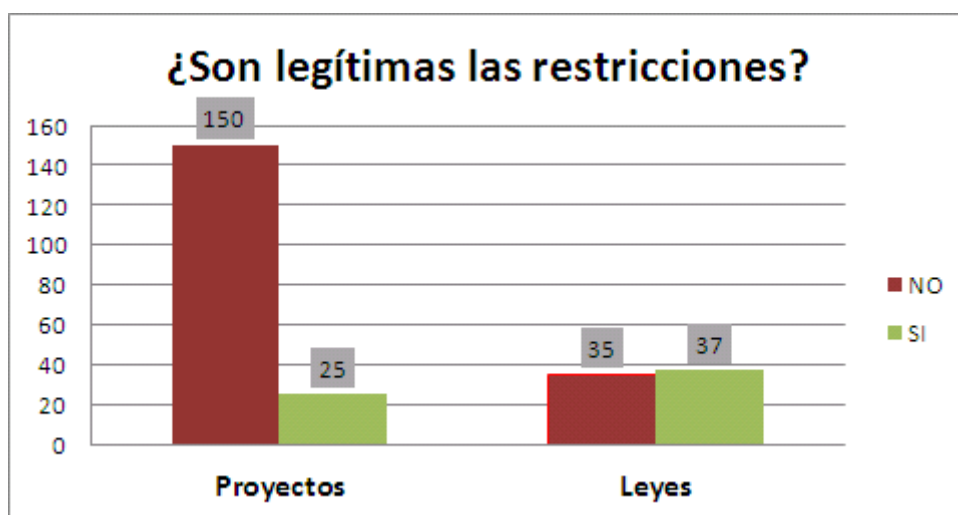
La mayoría de las leyes adoptadas en este periodo tuvo como fin abordar problemáticas vinculadas a la protección del honor y la reputación, y a garantizar la igualdad y la no discriminación. La regulación del terrorismo también trajo aparejada normativas que afectan la circulación del discurso en distintos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



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



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



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

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

Finalizando la década del 2000, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) realizó un estudio sobre el panorama del derecho informático en América Latina. El estudio concluía que “se nota una gran diversidad de delitos y al mismo tiempo una gran cantidad de bienes jurídicos que estas normas quieren proteger. Hay casos de delitos contra el patrimonio, delitos contra la propiedad (física o intelectual), delitos contra las personas (contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio), delitos contra la hacienda pública nacional que han sido tratados por normativas diferentes, a veces con reformas de los códigos penales, a veces con leyes *ad hoc*, en última instancia hasta con leyes de comercio electrónico.”⁷

Desde 2011 en adelante se ve un incremento en el desarrollo de normas tendientes a regular internet. El crecimiento de la penetración de internet a nivel regional⁸, las revelaciones de Snowden y el aceleramiento en la regulación Europea de datos personales,⁹ o el traslado, en algunos casos, del debate de interés público al ámbito

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

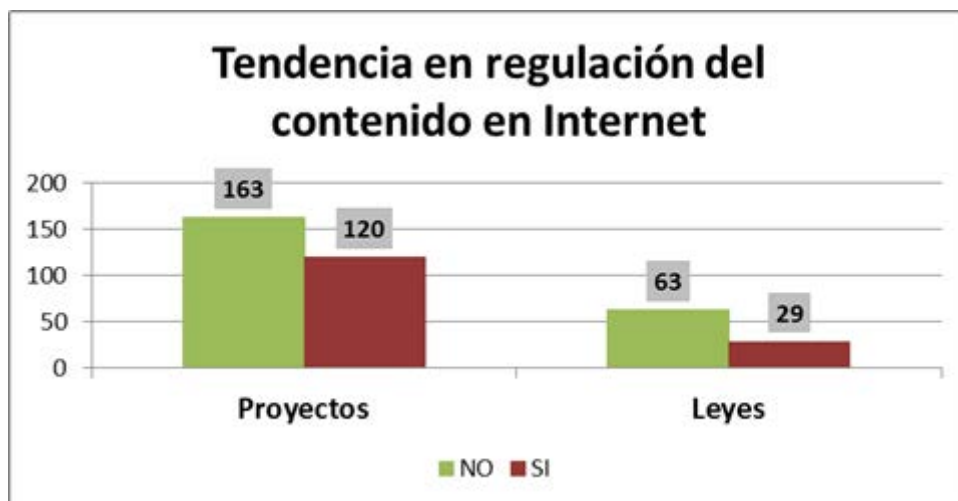
⁶ Ver artículo de A. Calderón en esta compilación.

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

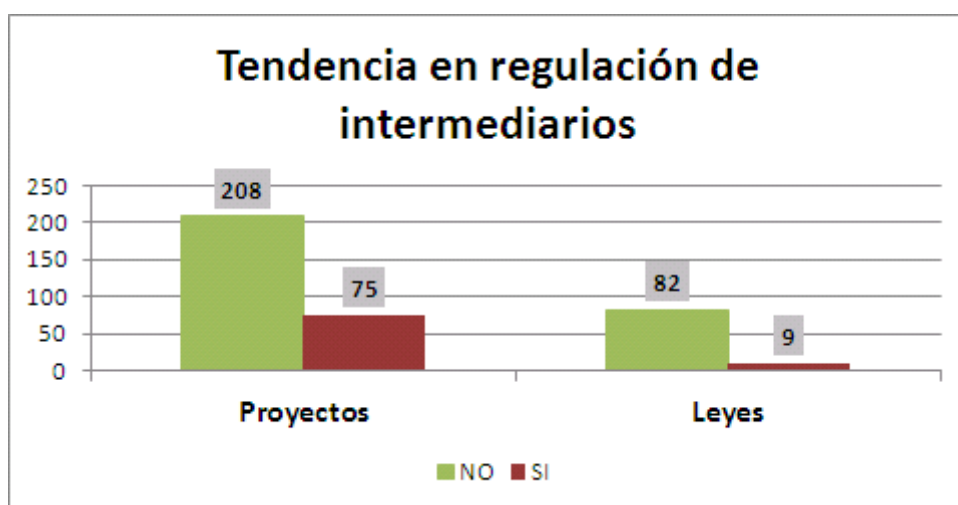
⁸ CEPAL, Estado de la banda ancha en América Latina y el Caribe 2016. Disponible en: <https://bit.ly/2yqxXQP>.

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

de internet podrían ser algunos de los detonantes. La negociación y firma de tratados de libre comercio entre algunos estados de la región y Estados Unidos también pudo haber influido dado que contenían normas atinentes a algunos supuestos de regulación de intermediarios (por ejemplo *copyright*).¹⁰ También se ve a partir de 2013 un incremento en la cantidad de proyectos de ley agregados que pretenden regular contenidos en internet, precedidos en algunos casos por procesos o decisiones judiciales que evidenciaron la existencia de vacíos o la dificultad para abordar la nueva realidad digital.¹¹



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



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

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

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

El debate a nivel regional no está enteramente alineado con la regulación estadounidense conforme al Communications Decency Act y/o al Digital Millennium Copyright Act ni con la regulación Europea. El primero exime de responsabilidad a los intermediarios por los contenidos generados por terceros y el segundo establece la excepción para los contenidos vinculados con propiedad intelectual, regulados conforme al régimen de puerto seguro.¹³ Y tampoco estaría siguiendo las pautas regulatorias que están surgiendo en Europa, por ejemplo, con la ley alemana NetzDG a la vanguardia.¹⁴ Esta última propone responsabilizar a las grandes plataformas e intermediarios en internet por algunos contenidos de terceros si no fueron removidos en menos de 24 horas en algunos casos y 7 días en otros.

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

En materia de igualdad y no discriminación, llama la atención la cantidad de proyectos de ley tendientes a reformar, complementar o reemplazar leyes en esta materia, particularmente a la luz de las repercusiones e implicancias del fenómeno en internet. En 2015, un informe conjunto de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y la Relatoría Especial LGBTQI alertaba sobre la proliferación de proyectos de ley en esta temática sin consideraciones adecuadas de su impacto en la libertad de expresión, incluso de los propios colectivos afectados por la violencia.¹⁸ El tema además ha sido objeto de dos proyectos de nuevas Convenciones Interamericanas, los

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

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

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

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

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

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

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

cuales abordan directamente la cuestión de internet pero cuya adecuación con el Artículo 13 de la Convención Americana parece al menos un interrogante: la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas conexas de Intolerancia¹⁹ de 2013 y entrada en vigor en Noviembre de 2017, y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia,²⁰ también de 2013 pero que aún no cuenta con las ratificaciones necesarias para su entrada en vigencia.

5) Algunas conclusiones comunes a todos los países analizados:

- Los temas que parecen más recurrentes y por ende uno podría inferir que importan o preocupan a los legisladores de la región son: actos discriminatorios y violencia en línea, la seguridad nacional, y la pornografía infantil y protección de la minoridad en general, entre otros. En conversaciones con algunas plataformas de internet también han indicado que el tema de la protección de la minoridad en internet es uno de los que genera más preocupación en la región y a partir de la cual surgen más reclamos, propuestas y oportunidades para trabajar en conjunto.²¹ A diferencia de otros momentos legislativos, donde parecía haber mayor preocupación por la protección de la reputación o el honor, actualmente dicho objetivo no aparece explícito en la mayoría de los proyectos y leyes.
- Los proyectos de ley y leyes tienen, en muchos casos, problemas en la redacción y especificidad de las restricciones que plantean. Las conductas establecidas no están definidas con precisión e incluyen términos vagos o ambiguos. Por ejemplo, el caso de los proyectos de ley de pornografía no consentida en Argentina o del delito de incitación al delito contra la seguridad en México. Aún cuando en los distintos países parece haber buenas intenciones por parte del Poder Legislativo al presentar los proyectos de ley (por ejemplo, erradicar la discriminación o la pornografía infantil), los problemas en los textos pueden resultar en importantes riesgos para la circulación del discurso: excesiva discrecionalidad de los jueces y fiscales, interpretaciones sobre-inclusivas, persecuciones políticas amparadas en leyes ambiguas.
- Persiste cierta tendencia a la criminalización de la expresión en la región. Muchas de las respuestas de los distintos países a los abusos propios de la libertad de expresión incluyen la penalización de la conducta no deseada. Además, los delitos ya existentes no son despenalizados. En los últimos años, algunos de los proyectos de ley que de alguna forma afectan la libertad de expresión imponen penas de prisión y, en muchos casos, crean nuevos delitos (por ejemplo, en el ámbito de internet, los casos de discriminación, pornografía no consentida, discurso de odio, entre otros).

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

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

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

-
- En los últimos años, en los cuatro países aumentó paulatinamente la cantidad de proyectos que proponen regular distintos aspectos de internet. En Argentina, por ejemplo, la percepción de internet parece haber cambiado desde las primeras leyes hasta hoy: pasó de ser considerado una herramienta democratizadora a ser percibido en muchos casos como una amenaza creciente. Lo mismo relata Andrés Calderón en su artículo sobre la situación en Perú. En Ecuador, la percepción sobre el carácter negativo de este medio se manifiesta, por ejemplo, en un reciente proyecto de ley que regula actos de odio y discriminación en redes sociales e internet.
 - En ninguno de los cuatro países analizados existe aún regulación específica en materia de responsabilidad de intermediarios, por lo que es posible encontrar dificultades al momento de determinar la responsabilidad de los distintos tipos de proveedores y plataformas en internet por infracciones y daños. En Argentina, los primeros proyectos datan de mediados del 2000 y a pesar de ello, todavía no existe legislación al respecto. En Ecuador se está debatiendo el proyecto presentado en 2017 pero aún sin claridad en cuanto a su destino; en Perú está el acuerdo de libre comercio pero no hay marco regulatorio para su implementación.
 - En algunos países (como, por ejemplo, en Perú) es frecuente encontrar iniciativas legislativas que plantean el agravamiento de penas en caso de que las acciones se realicen en el ámbito de internet. Esto también ocurre en México y Argentina aunque en menor medida, incluso habiendo estándares internacionales que desalientan este tipo de regulaciones.