



SECCIÓN DE POSGRADO

LA DEFICIENTE TUTELA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN  
INTERNET EN PERÚ.  
ALGUNOS ALCANCES SOBRE EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES  
EN INTERNET

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRA EN  
DERECHO CONSTITUCIONAL

PRESENTADA POR:

ALEXANDRA CABRERA SANCHEZ

ASESOR TEMÁTICO:

DR. ERNESTO ALVAREZ MIRANDA

ASESOR METODOLÓGICO:

DR. GINO AUGUSTO TOMÁS RÍOS PATIO

LIMA, PERÚ

2020

## **DEDICATORIA**

A mi mamá, por enseñarme a leer y escribir, entre otras muchas cosas.

A José Miguel y a Joyce, por iluminar este proceso.

## **AGRADECIMIENTOS**

A las autoridades de mi Universidad por confiar en mí y permitirme continuar mis estudios de Posgrado becada, especialmente al Dr. Ernesto Álvarez, con quien he podido trabajar desde hace un par de años, así como en esta investigación, y cuyos valiosos aportes han contribuido en mi formación profesional y crecimiento personal. Al Dr. Gino Ríos, por las largas conversaciones sobre mi investigación y por estar siempre dispuesto a escuchar mis ideas. A la Dra. María Luisa, por inspirarme con su ejemplo y por vivir este proceso conmigo.

A mi mamá por ser la fuente de inagotable inspiración y ejemplo, que me ha permitido formarme como la persona y profesional que soy y seré. Gracias mamá por enseñarme a soñar y trabajar para alcanzarlos, sabiendo que siempre me acompañarás y harás todo lo posible para que los logre. A mi familia, porque ser mi raíz y el hogar al que siempre puedo acudir. A mis hermanas, con el deseo de que encuentren algo que las apasione y haga felices tanto como a mí el Derecho

A mis profesores de la Maestría, por transmitirme su pasión por esta especialidad del Derecho en cada clase.

A mis amigas y amigos por comprender los ritmos extraños de mi vida, particularmente a Rosemary, por ser mi compañera en la Maestría y por ayudarme a continuar, a Renato, por recordarme en el momento preciso, a ser como ese clavo enmohecido.

A mis estudiantes de 2019 por enseñarme a enseñar y aprender en cada clase.

A los ausentes y sobrevivientes, que me ayudaron cada vez que no sabía como continuar.

## ÍNDICE

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTOS.....	3
ÍNDICE .....	4
RESUMEN.....	6
ABSTACT .....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO .....	14
1.1 Antecedentes de la Investigación.....	14
1.2 Bases Teóricas .....	15
1.2.1 Libertad de expresión .....	15
a. Fundamentos constitucionales .....	15
b. Contenido y dimensiones.....	22
c. Finalidad democrática .....	30
d. Diferencias con libertad de información y comunicación y conflictos con otros derechos .....	35
e. Restricciones .....	37
f. Censura previa y responsabilidades ulteriores .....	39
g. Libertad de expresión en internet en el SIDH .....	50
1.2.2 Internet.....	52
a. Terminología y concepto.....	52
a. Origen histórico .....	53
b. Arquitectura de internet .....	57
d. Principios de internet .....	59
1.3 Definición de términos básicos.....	61
1.3.1 Internet.....	61
1.3.2. Intermediarios de la comunicación.....	61
1.3.3 Gobernanza de internet .....	62
CAPÍTULO II METODOLOGÍA .....	63
2.1 Diseño metodológico.....	63
2.2 Tipo de investigación .....	63

2.3 Método .....	63
3.4 Nivel .....	63
3.6 Aspectos éticos .....	64
CAPÍTULO III INTERNET, DERECHO Y CONSTITUCIÓN .....	65
Gobernanza de internet .....	66
(i) Ciberlibertarismo.....	66
(ii) Ciberpaternalismo.....	69
(iii) Modelo de múltiples partes interesadas.....	72
Derechos fundamentales ejercidos en internet .....	73
a. ¿Hacia una Constitución global? .....	74
b. La “creación” de nuevos derechos fundamentales .....	76
c. Los tradicionales principios constitucionales como fundamento de los “nuevos” derechos fundamentales.....	79
CAPÍTULO IV ESTÁNDARES PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO .....	81
4.1 En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	83
a. En el Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos .....	87
b. En el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos .....	95
c. En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos .....	101
4.2 En el Derecho Constitucional Comparado .....	107
Libertad de expresión en redes sociales- Colombia .....	107
Bloqueo en Twitter- Costa Rica, México y Estados Unidos .....	113
CAPÍTULO V ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.....	115
CONCLUSIONES.....	125
RECOMENDACIONES.....	128
FUENTES DE LA INFORMACIÓN .....	130

## **RESUMEN**

Este trabajo de investigación tiene la finalidad de aportar con la construcción del estándar para tutelar el derecho a la libertad de expresión cuando sea ejercida a través de internet, ello a partir de un análisis del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Comparado. Asimismo, se analiza la forma en que el Derecho Constitucional peruano podría responder ante el impacto de internet para otorgar un marco de garantía para el ejercicio de los derechos fundamentales en internet.

## **ABSTACT**

This thesis has the purpose of contributing with the construction of the standard to protect the right to freedom of expression on the internet, based on an analysis of International Human Rights Law and Comparative Law. Likewise, the way in which Peruvian Constitutional Law could respond to the impact of the Internet to provide a guarantee framework for the exercise of fundamental rights on the Internet is analyzed.

## INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, el uso de internet ha traído consigo una serie de cambios que se ven reflejados en la sociedad a diario, debido a que permite la interacción de las personas para distintos fines, ello teniendo en cuenta que, según *InternetWorld Stats*, para 2019 habían 4,536,248,808 de personas conectadas a internet, de esta cifra 783,909,293 pertenecen al continente americano. Es así que, el uso de los recursos que ofrece internet hace posible que día a día se generen mayores espacios en los que se ejerzan diversos derechos que cuentan con reconocimiento constitucional en los diversos ordenamientos jurídicos del mundo; derechos que tradicionalmente fueron ejercidos exclusivamente *offline*, lo que justifica que hayan sido mencionados expresamente en las normas de cada país y sobre los que haya una marcada línea jurisprudencial de protección en esa esfera.

En nuestro país, la protección de estos derechos fundamentales se garantiza a través de los mecanismos señalados en la Constitución Política vigente y que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano delimitándolos; a su vez la tutela nacional se complementa con la jurisprudencia de los órganos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que interpretan los tratados ratificados por el Estado peruano para la protección internacional de Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “CADH”) entre otros.

No obstante, los avances científicos y de las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante, "TIC") han diversificado los medios a través de los que se pueden ejercer los derechos fundamentales, dando nuevas características a la tutela que originalmente se les otorgaba. Debido a ello, es un reto esencial para las instituciones del Derecho Constitucional moderno tutelar estos derechos fundamentales cuando sean ejercidos a través de estos medios modernos, toda vez que, de lo contrario, las personas quedarían indefensas ante la vulneración de sus derechos en estos espacios y, teniendo en cuenta el principio de plenitud hermética del Derecho, todas estas situaciones deben encontrar respuesta en el derecho, sin desnaturalizar el medio a través del que se ejerce.

Es pertinente mencionar que, para los fines de esta investigación, nos referiremos de manera general al ejercicio de los derechos en internet y, en específico, al ejercicio de la libertad de expresión y algunos derechos conexos, cuando sea pertinente. No cabe duda de que el ejercicio de este derecho, en la actualidad, se ha desarrollado masivamente a través del uso de las TIC permitiendo que las ideas, expresiones y opiniones de cualquier persona puedan cruzar las fronteras físicas de forma inmediata, contrario a lo que ocurría antes, cuando las personas podían expresar sus ideas oralmente y generalmente se tenía un impacto reducido por la distancia y era difícil acceder a los medios tradicionales para su ejercicio como la prensa escrita, la radio y la televisión, toda vez que dependía de que alguna de las empresas de estos medios considerara la opinión de una persona para difundirla a través de su medio.

En la actualidad, cualquier persona con acceso a internet puede crearse una cuenta en la plataforma social de su preferencia y tener perfiles no solo con su información personal, sino también expresar sus gustos, fanatismo, interés deportivo, intelectual, etc; así también cualquier persona puede unirse a esa plataforma, *fanpage*, página web, foro e intercambiar ideas, opiniones de diversa índole, generando diversos debates *online*. Por ello, este escenario ocasiona diferencias trascendentales de las reglas aplicadas para los medios tradicionales, toda vez que internet se caracteriza por

ser libre, abierta, neutral, etc, por lo que sería recomendable que la respuesta del Derecho las tome en cuenta.

No cabe duda del importante rol de las redes sociales y las plataformas *online* a través de las que se ejerce la libertad de expresión desde su doble dimensión: tanto como derecho del individuo de expresarse, como de la sociedad de conocer sobre estas opiniones que contribuyen al debate democrático y plural de la sociedad, tal como resalta la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (en adelante, “RELE”) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) en sus recientes informes anuales y temáticos sobre el ejercicio de este derecho en plataformas digitales, lo que también ha sido abordado por diversos órganos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, “DIDH”). Toda vez que, como señalábamos, es un espacio sin precedentes en el que múltiples personas pueden conocer diversos temas y formarse una opinión sobre ellos, pudiendo transmitirla de forma inmediata a través de las plataformas virtuales.

Cabe recordar que ningún derecho es ilimitado ni todo límite es absoluto, por lo que la libertad de expresión funciona a partir de la prohibición general de censura, pero con un sistema nacional de responsabilidades ulteriores cuando se exceda el contenido esencial de este derecho, en caso de ir contra los derechos de los demás, relevar información sobre seguridad, salud o moral pública, pero siempre se deberá analizar la medida de restricción a través de la aplicación de un test tripartito en cada caso en concreto. Este mismo ejercicio se deberá hacer cuando se analice su ejercicio a través de internet y tendrá las particularidades propias del medio; por ejemplo: el bloqueo de contenido, el *cyberbullying*, el discurso de odio o se imponen sanciones por expresiones realizadas en una red social; son situaciones que actualmente generan el debate en el mundo sobre libertad de expresión en internet.

Ante esta transformación mundial, que ha impactado tanto en las normas como en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional e internacional sobre la materia, se buscó si existía un marco normativo específico para la tutela, expresamente el ejercicio de los derechos fundamentales en internet en Perú, siendo uno de ellos la libertad de expresión; se encontró que no existe tal mención directa, ello puede tener diversas

explicaciones, por ejemplo, que en el momento histórico en el que fue emitida la Constitución Política de 1993 internet no era un medio tan inmediato y usual para la comunicación.

Aunado al vacío legislativo antes mencionado, cuando se buscó en la línea jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”) sobre la tutela del ejercicio en internet de la libertad de expresión, se encontró que el TC mediante su jurisprudencia ha delimitado el contenido, los límites, la titularidad y las diferencias de este derecho a través de los medios tradicionales; es decir, *offline*. En cuanto al ejercicio *online*, este Tribunal tuvo la oportunidad de esbozar su contenido por primera vez, hace unos meses, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00442-2017-PA/TC del 15 de agosto de 2019, en cuya demanda se alegó la violación a la libertad de expresión, entre otros, por el bloqueo en *Twitter* por parte de un usuario que, en el momento en el que ocurrieron los hechos, se desempeñaba como Presidente del Consejo de Ministros. En el último capítulo de esta investigación se desarrollan las razones por las que se considera que esta primera oportunidad no fue aprovechada por el TC para sentar los fundamentos constitucionales del ejercicio de este derecho en internet y para la aplicación de estos en el caso en concreto.

Todo ello hace necesario el debate sobre los fundamentos de la tutela del derecho a la libertad de expresión en internet, así como también para conocer a sus titulares, contenido y sus límites, porque como todo derecho fundamental no es ilimitado. Esta última afirmación, como se desarrollará en las siguientes páginas, puede parecer problemática en principio en tanto que internet desde sus orígenes fue concebido como un espacio de libertad y apertura; por ello se considera necesario recurrir a los principios del Estado Constitucional de Derecho que han tutelado el ejercicio tradicional de este derecho para saber si se deberán adecuar, modificar o desarrollar de forma diferente a fin de poder tutelar el ejercicio de este derecho en internet; asimismo, se recurrirá a lo establecido en la jurisprudencia constitucional, Derecho Comparado y Derecho Internacional, a fin de llenar el vacío existente actualmente ante la falta de un pronunciamiento claro por parte del TC peruano en la materia y la ausencia de desarrollo jurisprudencial y normativo sobre el ejercicio de los

derechos fundamentales en internet; toda vez que ello resulta necesario para el efectivo ejercicio de la libertad de expresión en internet en una sociedad democrática, enmarcado dentro de las garantías del Estado Constitucional de Derecho peruano.

En ese sentido, este trabajo de investigación inicia con el marco teórico relevante, luego de ello se analizan las diferentes respuestas que han dado los ordenamientos jurídicos ante el impacto de internet y cómo el Derecho Constitucional ha respondido, entre posturas libertarias, o ciberlibertarias como se verá a continuación, otras que proponen la máxima regulación y aquéllas que entienden que se trata de adecuar los principios constitucionales al nuevo contexto de ejercicio de los derechos. Esto permitirá analizar el contenido, límites, titularidad y diferencias de la tutela del ejercicio de la libertad de expresión en internet respecto a los medios tradicionales en el Derecho Comparado y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y finalmente se analizará cuál ha sido la respuesta del ordenamiento nacional, haciendo énfasis en la sentencia sobre bloqueo en Twitter que se mencionó *supra* a fin de poder dar las recomendaciones y conclusiones teniendo como base todo lo antes desarrollado.

En atención a esta situación problemática, se plantearon los siguientes problemas de investigación:

Problema General:

- ¿Es necesario delimitar el contenido, titularidad, límites de la libertad de expresión cuando sea ejercida a través de internet?

Problemas específicos

- ¿Las pautas emitidas por los órganos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional Comparado pueden servir para orientar la labor de dotar de contenido debido al vacío existente en la legislación y jurisprudencia nacional?
- ¿Cuáles son los lineamientos que deben nutrir el proceso de construcción de la Constitución digital en Perú?

- ¿El estándar desarrollado sobre la libertad de expresión *offline* se puede aplicar cuando este derecho sea ejercido *online*?

Respecto a ellos, se plantearon los siguientes objetivos de la Investigación:

#### Objetivo General

- Demostrar la necesidad de delimitar el contenido, titularidad, límites de la libertad de expresión cuando sea ejercida a través de internet.

#### Objetivos específicos

- Determinar si las pautas emitidas por los órganos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional Comparado pueden servir para orientar la labor de dotar de contenido el vacío existente en la legislación y jurisprudencia nacional.
- Proponer los lineamientos que deben nutrir el proceso de construcción de la Constitución digital en Perú.
- Conocer que estándar desarrollado sobre la libertad de expresión *offline* se puede aplicar a cuando este derecho sea ejercido *online*.

En cuanto a la justificación de esta investigación, en base a su importancia para el Derecho Constitucional peruano:

El desarrollo de la investigación tendrá un significativo impacto en la construcción del estándar nacional para delimitar el contenido, la tutela y los límites del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en internet y, como consecuencia de ello sobre el ámbito de protección constitucional de los derechos fundamentales *online*. Para ello, es necesario adecuar los principios constitucionales que han sido aplicados tradicionalmente por los órganos de tutela constitucional a fin de poder enfrentar las diversas situaciones que pueden vulnerar el ejercicio de estos derechos en internet como el discurso de odio, el bloqueo de contenido, el ciberacoso o la violación a la intimidad, entre otros que generan el debate actual.

## Respecto a la viabilidad de la investigación

La investigadora tiene experiencia en el campo de los Derechos Fundamentales, Derechos Humanos, Gobernanza de Internet, y experiencia académica en el campo de la investigación jurídica, así como los recursos financieros, humanos y de tiempo. Asimismo, la investigadora, ha podido acceder a la información constitucional relevante y demás recursos necesarios para desarrollar una investigación de calidad y que logre aportar a la construcción de los estándares de tutela constitucional de la libertad de expresión en internet.

En cuanto a las limitaciones de esta investigación, una dificultad que se debe tomar en cuenta para el desarrollo de esta investigación es la dificultad para encontrar las resoluciones de los procesos de amparo en sede del Poder Judicial; sin embargo, se cuenta con información en el Derecho Constitucional Comparado y Derecho Internacional que ayudarán a la construcción de este estándar.

## CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO

### 1.1 Antecedentes de la Investigación

No se ha encontrado una investigación que específicamente haya analizado el ejercicio de la libertad de expresión en internet en el marco del Estado Constitucional de Derecho peruano. Sin embargo, se consideran como antecedentes de este trabajo, sobre la libertad de expresión en internet y sobre el ejercicio de este derecho en general, las siguientes:

- Coronado, L. (2015) *La libertad de expresión en el ciberespacio* (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España.
- Rojas, M. (2015) *Las nuevas formas de materialización de la libertad de expresión y la vulneración del derecho a la intimidad de la persona* (Tesis de Doctorado). Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú.
- Teruel, G. (2010) *La libertad de expresión en internet y sus garantías constitucionales en el control de contenidos de páginas web* (Tesis de Maestría.). Magister Iuris Constitutionalis Universitatis Hispalensis, Madrid, España.
- Mora, Y. (2015) *Libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Trabajo final de Grado). Universidad de Lérida, Lleida, España.
- Orozco, M. (2015) *El papel del TEDH como delimitador de la libertad de expresión en Europa* (Trabajo de fin de Grado). Universidad Carlos III de

Villegas, D. (2017) *La libertad de expresión y sus límites en internet: retos para el Derecho Constitucional: Especial atención a la protección del menor y la libertad de información* (Trabajo de fin de Grado) Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España.

- Ramírez, D. (2019) *Derecho a la Libertad de Expresión en una nueva Constitución desde la perspectiva del Derecho Internacional de Derechos Humanos* (Tesis de Pregrado) Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile.

- Valenzuela, J. (2016) *La restricción y límites de la libertad de expresión en las redes sociales en el Ecuador, durante el período 2008 al 2015, dentro del marco de los Derechos Humanos* (Tesis de Pregrado). Pontificia Universidad Católica de Ecuador, Quito, Ecuador.

## 1.2 Bases Teóricas

En el desarrollo de esta sección, se presentarán los principales fundamentos teóricos de la libertad de expresión en general, las bases para su ejercicio en internet en el SIDH y lo concerniente a internet.

### 1.2.1 Libertad de expresión

Para iniciar esta sección de las bases teóricas se presentarán las principales posiciones encontradas respecto a este derecho de forma general, a fin de poder detallar y analizar las diferencias del contenido cuando se tenga que tutelar su ejercicio en internet en los apartados siguientes.

#### a. Fundamentos constitucionales

Teniendo en cuenta que la libertad de expresión es un derecho fundamental, podemos iniciar con su definición de acuerdo a Castillo, L. (2010):

“Una definición básica de derechos constitucionales es la siguiente: derechos reconocidos —expresa o implícitamente— en la Constitución. Es básica porque se está definiendo al derecho con el nombre de la norma que lo contiene.”

Asimismo, el citado autor, al referirse a la naturaleza y contenido esencial de los derechos fundamentales considera que:

“(…) es posible pensar los derechos fundamentales como los derechos humanos constitucionalizados. Al recogerse en la Constitución, el derecho lleva consigo —como resulta obvio— su esencia, la cual conforma el contenido esencial del derecho fundamental.

(…) Por constituir la esencia del derecho, el contenido único no puede ser sacrificado ni restringido, pues sacrificar la esencia de la cosa supondrá su desaparición; es decir, el sacrificio de la esencia del derecho fundamental supondrá su vulneración. Este contenido esencial o constitucional del derecho fundamental que es uno sólo, está conformado por una serie de atribuciones o facultades que tienen una finalidad que ilumina y da sentido a su existencia y a su alcance. (…) A partir de aquí es posible caracterizar el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental como un contenido único, limitado, ilimitable y delimitable. Con base en este concepto, los derechos fundamentales serán realidades limitadas y orientadas a una finalidad determinada, lo que permitirá su coexistencia armónica, y quedará anulada la posibilidad de que dos contenidos esenciales o constitucionales de derechos fundamentales diferentes puedan realmente entrar en conflicto verdadero.”

En cuanto a la interpretación de estos derechos en relación con los tratados internacionales en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro país, esto tiene fundamento en la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar de Código Procesal Constitucional. Tal como asevera Carpio, E. (2004) con la incorporación de estas disposiciones:

(…) la Ley Fundamental ha querido poner en evidencia que, por genéricas, abiertas y valorativas que puedan ser las disposiciones que

reconocen derechos fundamentales, la cuestión del desciframiento o asignación de sus alcances, límites o restricciones, no es un tema que el intérprete jurisdiccional pueda libre y discrecionalmente disponer, sino que se trata de una actividad reglada. Ha de buscarla o hallarla, primeramente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los tratados sobre la materia en los que el Estado peruano sea parte. Con ello la Constitución disciplina jurídicamente la actividad interpretativa de sus operadores jurídicos (y, en particular, de los órganos jurisdiccionales) en torno a los derechos y libertades que ella pueda haber reconocido. Y es que, si las cláusulas que reconocen derechos fundamentales son previsiones dotadas de un alto grado de abstracción, y por ello suele reconocérsele al intérprete de un amplio margen para efectuar su interpretación, ello no quiere decir que tal actividad se encuentre exenta de límites, límites que no solo deben reconducirse a lo formulado en las propias disposiciones constitucionales, sino que, en materia de derechos fundamentales, también cabe extender al sentido, función y significado de los tratados sobre derechos humanos» (pág. 133-134).

En cuanto a los fundamentos constitucionales para la tutela de la libertad de expresión, se comparte la postura planteada por Huerta, L. (2002) en tanto señala que es importante conocer el fundamento del derecho constitucional a fin de poder luego caracterizarlo, es así que este autor refiere que:

Los fundamentos de la libertad de expresión han sido elaborados desde diversas perspectivas y enfoques, que resaltan la importancia de la difusión de ideas e informaciones para el desarrollo del ser humano y su autonomía individual, el fortalecimiento de la democracia, la formación de una opinión pública libre, la garantía de otros derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad, y la creación de un libre mercado de ideas. Las obras *Areopagítica* de John Milton (1644) y *Sobre la libertad* de John Stuart Mill (1859), constituyen dos

importantes antecedentes históricos relacionados con los fundamentos de la libertad de expresión. Aunque se encuentran separadas por cerca de doscientos años, ambas demuestran un nivel de consenso permanente en el tiempo en torno a los fundamentos de este derecho fundamental. Para Milton, las restricciones a la libertad de expresión solo limitan la creatividad y paralizan la verdad, desconociendo la importancia de este derecho para el desarrollo de nuevas ideas y conocimientos por parte del ser humano. (...) (pág. 321)

En el caso de Mill, sus argumentos a favor de la libertad de expresión se centran en los siguientes aspectos: a) silenciar una opinión por considerar que es falsa implica asumir una posición de infalibilidad, b) una opinión admitida como verdadera debe enfrentarse a una opinión contraria, aunque sea falsa, a fin de fortalecer la comprensión y las convicciones sobre su contenido, c) una opinión admitida como verdadera que no sea refutada será seguida pero no se comprenderán sus fundamentos racionales, y d) una opinión admitida como verdadera que no sea refutada, puede perderse o debilitarse, sin alcanzar su objetivo de formar caracteres y conductas. (pág. 321)

Sin embargo, Huerta, L. desarrolla el que considera el actual fundamento para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, contrastándolo con el de los autores antes citados por él:

A diferencia de los planteamientos de Milton y Mill, los fundamentos modernos de la libertad de expresión se enmarcan en una perspectiva jurídico-constitucional, por tratarse de teorías esgrimidas a partir del reconocimiento de la libertad de expresión en los textos constitucionales. Entre ellas se puede mencionar la teoría libertaria, que encuentra su principio orientador en la autorrealización personal del individuo, relacionada intrínsecamente con la autonomía

y la dignidad de la persona; o la teoría democrática, que subraya la importancia de este derecho para el fortalecimiento del sistema democrático, por lo que se trata de un fundamento político, donde el discurso protegido es aquel que contribuye a que los ciudadanos adopten las decisiones necesarias para el desarrollo del gobierno. La variedad de fundamentos sobre la libertad de expresión no implica escoger el que parezca mejor elaborado, sino que todos ellos deben ser integrados, dado que contribuyen a fortalecer la libertad de expresión y a resolver los problemas relacionados con su ejercicio. (pág. 322)

En cuanto al fundamento de su tutela en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, la RELE (2016) considera que:

El fundamento principal del amparo jurídico de la libertad de expresión dentro del Sistema Interamericano es múltiple: por un lado, tiene como fundamento la dignidad humana y la autonomía de la persona. Por otra parte, se basa en el carácter instrumental que tiene la libertad de expresión para el ejercicio de múltiples derechos, y en las distintas funciones que cumple en los sistemas democráticos. (pág. 30)

La dignidad también ha sido reconocida como el fundamento del reconocimiento de este derecho por el Tribunal Constitucional peruano (2002)

Por cuanto se tratan de libertades -la de información y la de expresión- que se derivan del principio de dignidad de la persona, como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tienen una doble vertiente. (Exp. 0905-2001-AA/TC, f. 12)

Asimismo, sobre el reconocimiento como derecho fundamental de la libertad de expresión Huerta, L. (2002) apunta que:

La libertad de expresión ha sido reconocida como un derecho fundamental, es decir, como un derecho esencial para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad. En atención a esta característica, se han desarrollado a su favor un conjunto de medidas orientadas a su respeto y garantía, como su reconocimiento en los textos constitucionales, su reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos, el cumplimiento de determinadas obligaciones específicas por parte del Estado, así como el establecimiento de mecanismos que permitan su protección judicial rápida y efectiva. (pág. 322)

(...)

Las normas constitucionales se limitan a reconocer de forma general la libertad de expresión, sin precisar mayores alcances en cuanto a su contenido o los límites a su ejercicio, lo que implica una especial labor por parte del intérprete constitucional, a efectos de precisar el ámbito de tutela que la Constitución otorga a este derecho. Esta tarea no puede llevarse a cabo con los criterios clásicos de interpretación de las normas jurídicas. Como derecho constitucional, le corresponde una interpretación especializada, a partir de su reconocimiento como elemento fundamental del Estado Constitucional y como un derecho que merece especial protección frente a cualquier intento de limitar en forma arbitraria su ejercicio. (pág. 323)

El reconocimiento de la libertad de expresión como derecho fundamental implica que los Estados tienen dos obligaciones específicas: las obligaciones de respeto y garantía de este derecho. Por la primera, los Estados se encuentran impedidos de realizar actos contrarios a la libertad de expresión, mientras que por la segunda, deben adoptar todas las medidas que permitan a toda persona su goce y ejercicio.

Asimismo, es importante mencionar que en el mundo existen diversas formas de tutelar y concebir este derecho, entre ellos, se pueden distinguir esencialmente dos modelos; los que Pérez, O. (2010) sintetiza de la siguiente forma:

Se podría considerar como un modelo norteamericano que prioriza la libertad negativa, lo que se conoce como el mercado de las ideas, frente a un modelo alemán que prioriza la libertad positiva, que se podría denominar como el modelo de la “democracia militante”. Es significativo que de lo que se trata, en suma, es establecer cuáles son las justificaciones de los límites a un derecho tan fundamental en dos culturas jurídicas, que por cuestiones diversas están especialmente sensibilizadas con los problemas de las minorías, pero que aportan soluciones diversas. (pág. 70)

(...) la visión de la libertad negativa comporta la no interferencia en el ámbito individual y, por tanto, el aumento de la libertad se corresponde con la ausencia de barreras para su ejercicio.” Por otro lado, desde la visión de la libertad positiva que “es el poder de controlar o participar en las decisiones públicas, incluyendo la decisión de restringir la libertad negativa. (...) Una interpretación de la libertad positiva sería que los individuos requieren que el Estado tenga un papel activo para garantizar las posibilidades de realización de sus planes de vida. (...) surge de una tradición jurídica distinta como la de Alemania, después de la II Guerra Mundial. (pág. 71)

Por tanto, estas dos formas de concebir este derecho se deben entender desde la perspectiva histórica en la que surgieron y puede explicar la forma en que actualmente sus órganos constitucionales responden a los desafíos de internet para la tutela de la libertad de expresión, como se verá en el desarrollo de los capítulos.

En cuanto al impacto de la tecnología para el ejercicio de derechos fundamentales y los retos que implica para el Derecho Constitucional, Díaz, F. (2009) afirma que:

Una última generación de derechos relacionados con los más recientes avances científicos y tecnológicos, que son los que aquí principalmente nos preocupan, y que en buena medida son los “derechos no escritos” (...) son aquéllos vinculados con la identidad genética (...), la protección de datos personales, el acceso universal a las nuevas tecnologías, la intimidad informática, entre otros. (...) se trata de derechos que principalmente son todavía “innominados” en la mayor parte de los sistemas, de manera que la jurisprudencia ha de ir incorporándolos al acervo constitucional de cada país.

Ante ello el autor considera que:

“(...) estos derechos y valores son objeto de amenazas serias como consecuencia del uso (o del abuso) de las nuevas tecnologías, y para hacer frente a las mismas a veces resultan insuficientes o inadecuados los mecanismos de protección y garantía habituales”.

Por lo que resulta necesario analizar cómo tutelar el ejercicio de este derecho en internet, tomando en cuenta los principios que han orientado su protección y garantía cuando este derecho se ha ejercido a través de medios tradicionales.

#### b. Contenido y dimensiones

Sin duda, conocer el contenido de este derecho resulta esencial para garantizar su tutela; sin embargo, el proceso de delimitación no es sencillo, tal como refiere Faúndez, H. (2004), señalando que:

“Aunque la libertad de expresión sea generalmente aceptada, encontrándose incorporada no sólo en instrumentos internacionales sino también en las constituciones nacionales de los Estados no hay absoluto consenso en cuando a las razones que justifican su protección. Probablemente estas discrepancias derivan de la complejidad de la libertad de expresión como tal y de las múltiples facetas que ella presenta. En ese sentido identificar el fundamento

mismo de la libertad de expresión –y tratar de precisar por qué es necesario proteger este derecho- es, sin lugar a dudas, la primera interrogante que llama poderosamente nuestra atención.

Desde luego el fundamento de la libertad de expresión no se puede buscar en el campo del Derecho; tal explicación es extrajurídica y, para encontrarla, debemos recurrir al auxilio de la filosofía y la política, que son las ciencias que podrán orientarnos en cuanto al por qué es necesario asegurar y respetar la libertad de expresión.

Entre las teorías que se han elaborado, intentando ofrecer una explicación que sirva de fundamento a la libertad de expresión, merecen mencionarse especialmente tres, que parecen constituir una adecuada síntesis de todas las demás. En primer lugar, aquella que percibe a la libertad de expresión como un instrumento útil para el descubrimiento de la verdad; en segundo lugar, aquella que ve en la libertad de expresión un aspecto más del desarrollo y la realización personal, y que entiende a la libertad de expresión como un valor en sí misma; y por último, cuya relevancia radica en su carácter instrumental para la participación ciudadana en el proceso democrático.” (pág. 34-35)

En cuanto al contenido específico que tutela, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) considera que:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención, los Estados no pueden impedir ni restringir, más allá de lo legítimamente permitido, el derecho de las personas a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, [...] ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección”. (...) “la expresión y la difusión del pensamiento son indivisibles”, por lo que para garantizar efectivamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión

el Estado no puede limitar indebidamente el derecho a difundir las ideas y opiniones. (Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, párr. 71-72)

En cuanto a su relación con otros derechos, como el de reunión, al analizar el caso de López Lone la Corte IDH sostuvo que:

La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos (Caso de López Lone y otros Vs. Honduras, párr. 167)

Asimismo, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a buscar y recibir información en el caso Claude Reyes y otros Vs. Chile entendió que:

El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de *buscar, recibir* y difundir informaciones e ideas de toda índole”.

(...) la Corte estima que el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención (...) De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea. (Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, párr. 76-77)

En cuanto a las dos dimensiones mencionadas *supra*, es importante mencionar que diversos órganos nacionales y del Sistema Interamericano de protección de

Derechos Humanos (en adelante, "SIDH"), han afirmado esta dualidad característica, tal como afirman García, S. y Gonza, A. (2007) al considerar que:

En los términos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretado por la Corte Interamericana, la libertad de expresión se analiza en dos dimensiones, que se reclaman y sustentan mutuamente. Por una parte, existe la llamada dimensión individual, que asegura la posibilidad de utilizar cualquier medio idóneo para difundir el pensamiento propio y llevarlo al conocimiento de los demás. Los receptores potenciales o actuales del mensaje tienen, a su vez, el derecho de recibirlo: derecho que concreta la dimensión social de la libertad de expresión. Ambas dimensiones deben ser protegidas simultáneamente. Cada una adquiere sentido y plenitud en función de la otra. (pág. 139)

En base a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado la importancia de la configuración de este derecho a partir de estas dos dimensiones, tal como Eguiguren, F. (2010) desarrolla:

Sobre la dimensión individual de este derecho, en más de una ocasión la Corte ha manifestado que: "la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios"

De otro lado, con relación a su dimensión social, se ha afirmado que la libertad de expresión "es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos". En efecto, la libertad de expresión también comprende el derecho de todos "a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o

de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia. (pág. 45)

En base a lo anterior, nuestro Tribunal Constitucional (2007) al resolver casos sobre el ejercicio de la libertad de expresión se ha referido al marco interamericano antes mencionado para incorporar la visión de este derecho desde ambas dimensiones:

Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente.

Así, mientras que con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser. (TC EXP. N.º 10034-2005-PA/TC, f. 9)

Compartimos plenamente ello, debido a que no se podría pensar en este derecho únicamente desde la dimensión individual, toda vez que tiene un impacto poderoso en la sociedad y, como se verá en el desarrollo del trabajo, estas dos dimensiones cobran relevancia a partir del impacto de las tecnologías para su ejercicio.

Ahora bien, cuando se trata de los derechos de funcionarios públicos que sean posiblemente afectados por el ejercicio de la libertad de expresión, la jurisprudencia de la Corte IDH ha entendido que estos tienen un margen restringido de protección, como señalan García, S. y Gonza, A. (2017)

En concepto de la Corte Interamericana, es diferente el “umbral de protección” --esto es, en otras palabras, la crítica legítima y admisible-- que rige en el caso de los funcionarios públicos o, en general, de las personas que ejercen o aspiran a ejercer funciones de interés público, y el que corresponde a la generalidad de las personas, que no se hallan en esa situación. No se trata, por supuesto, de ponderar la calidad de los sujetos, que son igualmente respetables, sino las características de los temas a los que se extienden la actividad o la opinión de aquéllos; si se trata de materias que atañen al interés público, este dato incide naturalmente en el denominado “umbral de protección”. Quienes se encuentran en esta segunda hipótesis están sujetos a un escrutinio público mayor que el correspondiente a otras personas. (pág. 169)

Ello, debido a que la Corte IDH ha considerado que es inconvencional la aplicación de sanciones a personas que dentro de los límites del ejercicio de su libertad de expresión opinaron sobre la labor de funcionarios públicos señalando que:

En una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso. (Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina, párr. 47)

El control democrático a través de la opinión pública fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. De ahí la mayor tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas por los ciudadanos en ejercicio de dicho control democrático. Tales son las demandas del pluralismo propio de una sociedad democrática, que requiere la mayor circulación de informes y opiniones sobre asuntos de interés público. (Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, párr. 83)

En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas. (Caso Kimel Vs. Argentina, párr. 86-88)

Es importante esta declaración por parte de la Corte Interamericana, debido a que se suele pensar que por ser funcionarios públicos tienen un mayor poder para oponerse o ser afectados por las expresiones y veremos que esto no tiene que ver con la seguridad nacional, por ejemplo, que sí es una restricción a este derecho, como se verá en el apartado correspondiente; así como también el análisis de los derechos de los demás y el análisis de proporcionalidad, por ahora basta saber que estos funcionarios están más expuestos al escrutinio público para fortalecer también las instituciones que representan, dentro del orden democrático.

Por último, respecto a las expresiones que se encuentran fuera del contenido constitucional de este derecho, el TC (2007) ha afirmado que:

(...) la libertad de expresión no puede contener expresiones injuriosas (debiendo evitarse insultos, excesos verbales y respetando

la dignidad de las personas), innecesarias o sin relación con las ideas u opiniones que se manifiesten. (TC EXP. N.º 10034-2005-PA/TC, f. 18)

En ese sentido, en 2009 el TEDH analizó el caso Féret vs. Bélgica cuyo peticionario alegaba que se había violado su derecho a la libertad de expresión debido a que se había impedido la circulación de un periódico que él dirigía; sin embargo, el Tribunal analizó el contenido de estas publicaciones en las que se perseguía un espíritu nacionalista, en las que pedía que los inmigrantes regresaran a sus países y que los trabajos y prosperidad del país se reservara para los nacionales. El TEDH señaló que cuando las expresiones se utilizaran para ofender a las personas con la finalidad de insultar, difamar o burlarse de algún grupo de la sociedad o que buscaran incitar a la discriminación, las autoridades deben utilizar los medio adecuados para reprimir este discurso racista; en caso de que se demuestre que un discurso político tiene dicha finalidad se deberán tomar también estas medidas represivas, pues se pondrá en peligro la paz social y estabilidad política.

Asimismo, en 2015, el TEDH en el caso M'Bala M'Bala vs. Francia, consideró que el peticionario había excedido el límite de la libertad de expresión, en tanto había insultado públicamente a una persona utilizando para ello referencias al origen judío y burlándose de ello.

Como se puede apreciar, el insulto, la incitación al racismo, al odio, exceden el contenido que protege este derecho. En cuando al SIDH, la Convención Americana se señala expresamente otro tipo de discursos no protegidos, tal como comenta Eguiguren, F. (2010) al analizar que:

(...) en el numeral 5 de su artículo 13, establece que "estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan instigaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". Se trata pues de

un límite y una prohibición a la difusión de opiniones o expresiones que promuevan el odio o la violencia de cualquier tipo o hagan apología de éstas. (pág. 54)

Por todo ello, no se podría argumentar que en base a la libertad de expresión se pueden emitir este tipo de discursos, los que claramente no están contenidos dentro de la garantía constitucional o convencional de este derecho, se analizará que en el caso del ejercicio de este derecho a través de internet tampoco son tolerados estos discursos.

### c. Finalidad democrática

Definitivamente la protección constitucional e internacional de este derecho tiene una clara explicación en los contextos históricos de nuestros países, por lo que constituye un elemento indispensable de la democracia, toda vez que se debe permitir que todas las ideas puedan expresarse en la sociedad ya que contribuyen con el debate democrático, incluso aquéllas que “ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población” (Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, párr. 69) Es así que, en términos de la RELE:

Los órganos del Sistema Interamericano han resaltado la trascendencia de esta regla para asegurar el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura indispensables en una sociedad democrática. Esta Relatoría Especial ha expuesto que la presunción general de cobertura de todo discurso expresivo se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público. (RELE, Marco jurídico Interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión párr. 30)

Es así que, cuando analizamos la finalidad de la protección constitucional de este derecho, también encontramos que Gargarella, R. (2009) comparte esta postura democrática a través de un recuento histórico:

(...) En primer lugar, se afirma que es necesario que todos los miembros de la comunidad puedan expresar sus puntos de vista; y en segundo lugar, que es necesario que tales puntos de vista puedan ser confrontados unos con otros, en un proceso de deliberación colectiva. Tales pautas, que guiarían nuestra aproximación al derecho de la libertad de expresión, parecen encajar muy bien con algunos criterios muy bien asentados en la filosofía política y la jurisprudencia constitucional.

Por un lado, en efecto, aquellas pautas recuperan la idea de John Stuart Mill, según la cual nunca es bueno suprimir ninguna opinión. Ello, ya sea porque la opinión en cuestión puede ser totalmente verdadera lo cual torna imprescindible el conocimiento de la misma, ya sea porque ésta es parcialmente verdadera, lo que también hace necesario su conocimiento, o ya sea porque es falsa, dado que la crítica a la misma nos obligará a sostener nuestras convicciones a partir de razones, y no a partir del mero prejuicio o la falta de cuestionamientos. Notablemente, este razonamiento sería retomado luego por el famoso juez Holmes, en una disidencia aparecida en el también conocido caso “U.S. v. Abrams”, de 1919, en el cual el mismo sostuvo que “el mejor test de la verdad [de una opinión] es el poder que tiene [la misma] para ser aceptada en una competencia en el mercado”. Es decir, Holmes consideró, como Mill, que el sistema de censura de opiniones debía ser reemplazado por otro opuesto, que permitiera que las distintas ideas se contrapusieran unas con otras: la idea triunfante sería, entonces, aquella capaz de salir airoso de esa competencia, y no aquella inmunizada frente a las críticas.

Por otro lado, pautas como las referidas encajan perfectamente con la que fue, tal vez, la línea más importante dentro del caso “New York Times v. Sullivan”, posiblemente la decisión más significativa en la historia de la jurisprudencia de la libertad de expresión. En dicha ocasión, el juez Brennan sostuvo que el caso debía ser evaluado “a partir del trasfondo de un profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de las cuestiones públicas debería ser desinhibido, robusto, y abierto, pudiendo bien incluir ataques vehementes, cáusticos, y a veces desagradables sobre el gobierno y los funcionarios públicos”. La idea era que en todos los casos de libertad de expresión, pero especialmente en aquellos que tuvieran una clara implicación pública, era imprescindible asegurar un debate lo más amplio y robusto posible, protegiendo al extremo a los críticos del poder.” (pág. 32-33)

Es relevante acotar que, como se mencionaba anteriormente, la restricción de este derecho debe superar el análisis de los elementos del test tripartito, que se verá un poco más adelante, pero cuyos elementos cobran particular importancia si se interpretan a la luz de la finalidad democrática, debido a ello la CIDH:

Ha puntualizado que estas condiciones se incorporan a la regla general que dispone la imperiosa compatibilidad de las limitaciones con el principio democrático, el cual se traduce – al menos- en los siguientes requisitos: “las restricciones a la libertad de expresión deben incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática”; que “las normas al amparo de las cuales se interpretan estas restricciones deben ser compatibles con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas conforme lo estipulan los artículos 29 y 32 de la Convención [Americana]”; y que “la interpretación de las restricciones a la libertad de expresión (artículo 13(2)) debe ‘juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas’, dado que la libertad de expresión es

esencial para toda forma de gobierno democrática” (Informe anual de la CIDH de 2016, párr. 43)

Respecto a esta finalidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el histórico caso Handyside de 1976, en el que tuvo que analizar si la medida adoptada por Reino Unido de confiscar, quemar la matriz, todos los ejemplares emitidos (cerca de 20 000) y multar al Sr. Handyside, propietario de la editorial que publicó “the little red schoolbook” (el pequeño libro rojo de colegio) que contenía una sección de 26 páginas en las que tenía contenido sobre masturbación, orgasmo, anticonceptivos, homosexualidad, enfermedades venéreas, entre otros temas y consejos en temas sexuales. En el análisis de la compatibilidad de esta medida restrictiva con el Convenio Europeo, el TEDH afirmó que: “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso” (Caso Handyside vs. Reino Unido, párr. 49)

En esa misma línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano (2002) al referirse a las libertades de expresión e información:

Sin embargo, ellas no sólo constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. También se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública. Desde esa perspectiva, ambas libertades "tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia.

(...) o, como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *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. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada.

Por ello, tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública. (Exp. 0905-2001-AA/TC, f. 13)

Finalmente, en base a esta finalidad la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que existen discursos especialmente protegidos entendiendo que:

Si bien como se señaló antes todas las formas de expresión están, en principio, protegidas por la libertad consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana, existen ciertos tipos de discurso que reciben una protección especial, por su importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia. Esta Relatoría Especial ha sistematizado que en la jurisprudencia interamericana, tales modos de discurso especialmente protegidos son: (a) el discurso político y sobre asuntos de interés público; b) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y (c) el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa. (RELE, 2010, párr. 32)

Como se puede colegir, esta especial protección se justifica en tanto reafirman la finalidad democrática del ejercicio de este derecho en la sociedad.

d. Diferencias con libertad de información y comunicación y conflictos con otros derechos

Es usual que cuando se habla del derecho a la libertad de expresión se asocie con el de la libertad de información; sin ir muy lejos, el artículo 2.4 de la Constitución Política vigente señala que: “toda persona tiene derecho: (...) a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (...)”, por lo que pareciera que la voluntad del Constituyente fue dar una tutela a ambos derechos de forma indistinta. Sin embargo, ya nuestro Tribunal Constitucional (2002) ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto:

Sobre la protección del derecho a la libertad de expresión invocado, si bien la Constitución señala, en su artículo 2º, inciso 4, la existencia de las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, en realidad, existen solamente dos derechos fundamentales en juego: a la expresión y a la información, pues el derecho a la opinión solo es el bien jurídico tutelado de la expresión; y el derecho a la difusión del pensamiento, un grado superlativo en que la comunicación puede llegar al público. Respecto a la información, esta se refiere a la capacidad de emitir y recibir las noticias veraces, completas y asequibles, en la medida en que su objeto son los hechos, los mismos que pueden ser comprobables. Respecto a la expresión, esta se refiere a la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor que, en tanto son opinables, requieren un carácter básico de congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente. (Exp. 0905-2001-AA/TC, f. 16)

Es así que afirma la independiente tutela que reciben estos derechos. Asimismo, unos años después el Tribunal Constitucional (2007) reafirmó cuáles son los derechos tutelados en el referido artículo Constitucional, por ello afirma que:

➤ El inciso 4) del artículo 2. 0 de la Constitución reconoce las libertades de expresión e información. Aun cuando históricamente la libertad de

información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el referido inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución las ha reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un objeto de protección distinto. (Exp. N.º 10034-2005-PA/TC, f. 9)

Finalmente, sobre este punto, Villegas, D. (2017) señala que:

la legislación europea relativa a la libertad de expresión, acoge una teoría monista, entendiendo que este derecho fundamental abarca también la libertad de información, divergiendo en este sentido de la línea de pensamiento que se ha establecido en España. Así considerado, el derecho a la libertad de expresión es uno sólo y la libertad de información es simplemente una de sus posibles expresiones. (pág. 13)

Otra situación que suele generar debate en los órganos constitucionales es cuando el ejercicio de este derecho entrara en conflicto con otros derechos, usualmente ello ocurre con el derecho a la libertad de información, el derecho al honor, el derecho a la intimidad; sin embargo, apunta Mendoza, M. (2007) que en España:

El tratamiento de los conflictos entre libertad de expresión e información y el derecho al honor en el modelo español ha alcanzado por obra de su Tribunal Constitucional un elevado grado de desarrollo y maduración que, más allá de los específicos puntos problemáticos, presenta un conjunto claramente determinado de criterios que permiten resolverlos con gran solvencia y seguridad jurídica. (pág. 25)

Para resolverlos, apunta el referido autor que la jurisprudencia española ha esgrimido los siguientes criterios:

“(…) en el caso de la libertad de expresión frente al derecho al honor, la ausencia de expresiones vejatorias y el interés público de su objeto, en el caso de la libertad de información frente al derecho al

honor, además de la ausencia de expresiones vejatorias (innecesarias a la comunicación de la información) y el interés público de la misma, la veracidad de la información (aunque este se trata más bien de un requisito impuesto por la propia Constitución)” (pág. 26)

#### e. Restricciones

Sin duda, cuando hablamos del ejercicio de derechos fundamentales no se debe entender que este sea ilimitado, regla que aplica también para el caso de la libertad de expresión tal como desarrolla Huerta, L. (2002), toda vez que:

La justificación de la potestad del legislador para establecer estos límites parte de la premisa que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que admiten restricciones, pues a partir de su reconocimiento e incorporación en un ordenamiento jurídico, coexisten con otros derechos o bienes constitucionales, por lo que pueden presentarse situaciones que impliquen la necesidad de proteger estos derechos o bienes frente a un determinado ejercicio de la libertad de expresión. Será en tales supuestos que el legislador se encontrará facultado para restringir la difusión de ideas e informaciones, correspondiendo a los tribunales resolver cualquier controversia sobre la materia, en la búsqueda de una armonía entre la libertad de expresión y los derechos fundamentales de los demás y los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. (pág. 324)

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Observación General N° 34 considera que el derecho a la libertad de expresión al entrañar deberes y responsabilidades especiales puede ser restringido:

para proteger el respeto de los derechos o la reputación de otras personas o a la protección de la seguridad nacional y el orden público, o de la salud y la moral públicas. Sin embargo, cuando un Estado parte

impone restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, estas no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho. (párr. 21)

En cuanto a los tipos de límites que pueden establecerse respecto a este derecho, comenta el mismo autor, Huerta (2002), que estas pueden orientarse a que se prohíba difundir un discurso específico, es así que nos encontraríamos en el caso de restricciones respecto al contenido. Podría ser también que se trate de restricciones neutras, ya que buscan regular el tiempo, forma, lugar o medio que se puede utilizar para transmitir las expresiones. Se analizará en el desarrollo de este trabajo si estas restricciones se pueden adecuar cuando el ejercicio sea a través de internet.

Es en ese sentido, sobre el carácter limitado de este derecho y su fundamento nuestro Tribunal Constitucional (2002) afirmó que:

Esta condición de las libertades informativas requiere que, cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales. Lo anterior no implica que ambas libertades tengan que considerarse como absolutas, esto es, no sujetas a límites o que sus excesos no sean sancionables. Con anterioridad, este mismo Tribunal Constitucional ha señalado que, con carácter general, todos los derechos fundamentales pueden ser objeto de limitaciones o restricciones en su ejercicio. Pero, cuando ello se haga, tales límites no pueden afectar el contenido esencial de ellos, pues la limitación de un derecho no puede entenderse como autorización para suprimirlo. (EXP. N.O 0905-2001-AA/TC, f. 14)

Por ello, se puede colegir que el TC peruano también considera que una medida restrictiva del derecho debe superar el análisis de ciertos requisitos para que esta medida sea constitucional, como se verá en el siguiente apartado se analiza a través de un test.

En nuestro texto constitucional no encontramos una referencia expresa de los límites de este derecho como se encuentran en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como se verá a continuación, toda vez que la CADH señala supuestos expuestos en los que se debe limitar este derecho, así como establecen la regla sobre un sistema de responsabilidades ulteriores y no censura previa; en el siguiente apartado se analizará ello.

#### f. Censura previa y responsabilidades ulteriores

Al respecto, debido a los contextos históricos de nuestros países se entiende que la censura, como regla general, se encuentra prohibida, y en cambio, se debe aplicar un sistema de responsabilidades ulteriores; cuyos requisitos han sido desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde la Opinión Consultiva 05 de 1985, entendiendo que:

Lo anterior no significa que toda restricción a los medios de comunicación o, en general, a la libertad de expresarse, sea necesariamente contraria a la Convención, cuyo artículo 13.2 dispone:

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 (...) (CADH, artículo 13.2)

Así pues, como la Convención lo reconoce, la libertad de pensamiento y expresión admite ciertas restricciones propias, que serán legítimas en la medida en que se inserten dentro de los requerimientos del artículo 13.2. Por lo tanto, como la expresión y la

difusión del pensamiento son indivisibles, debe destacarse que las restricciones a los medios de difusión lo son también, a la libertad de expresión, de tal modo que, en cada caso, es preciso considerar si se han respetado o no los términos del artículo 13.2 para determinar su legitimidad y establecer, en consecuencia, si ha habido o no una violación de la Convención. (Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 35-36)

La disposición citada señala dentro de qué condiciones son compatibles restricciones a la libertad de expresión con la Convención. Esas restricciones deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan y condiciones de fondo, representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse. (Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 37)

Lo anterior, ha sido desarrollado a lo largo de jurisprudencia sobre el tema hasta uno de sus más recientes casos, el del señor Lagos del Campo contra Perú; en el que recordó que:

En lo concerniente, este Tribunal ha reiterado en su jurisprudencia que el artículo 13.2 de la Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material ; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana (“el respeto a los derechos a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”), y (iii) ser necesaria en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad) (párr. 102)

Lo anterior es conocido como el test tripartito que ayuda a controlar que las restricciones que se apliquen al derecho sean legítimas a la libertad de expresión

según lo desarrollado por los órganos del SIDH. Es así que se desprende que se debe analizar (i) la legalidad de la medida, (ii) que responda a un objetivo permitido por la CADH y (iii) que cumpla con ser una medida proporcional y necesaria en una sociedad democrática.

(i) En cuanto a la legalidad, la Corte ha entendido este requisito como que:

Esta norma precisa que es la ley la que debe establecer las restricciones a la libertad de información y solamente para lograr fines que la propia Convención señala. Por tratarse de restricciones en el sentido en que quedó establecido (supra 35) la definición legal debe ser necesariamente expresa y taxativa. (Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, párr. 40)

En cuanto a los requisitos que debe cumplir una restricción en esta materia, en primer término deben estar previamente fijadas por ley como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. (Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 89)

Usualmente los sistemas en la región americana han optado por un sistema de responsabilidad ulterior de tipo penal, por lo que la Corte cuando analizó el caso del señor Kimel contra Argentina precisó que:

Tomando en cuenta las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como

lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana. (párr. 77)

Por esta imprecisión la Corte IDH determinó que Argentina era responsable internacionalmente al no adecuar su legislación a lo requerido por sus obligaciones internacionales sobre libertad de expresión. No obstante, cinco años después, cuando analizó el caso de los señores Mémoli consideró que Argentina había precisado su normativa penal sobre los delitos de calumnia e injuria, por ello expresamente señaló que:

En el presente caso no se presenta una situación similar a la del caso Kimel ya que era suficientemente previsible que ciertas expresiones y calificaciones utilizadas por los señores Mémoli (en las que acusan a los querellantes como posibles autores o encubridores del delito de estafa, los califican como “delincuentes”, “inescrupulosos”, “corruptos” o que “se manejan con tretas y manganetas”, entre otras) podrían dar lugar a una acción judicial por alegada afectación al honor o la reputación de los querellantes. (párr. 137)

La Corte ha podido extender este análisis a materias distintas a la penal, por ejemplo, cuando analizó el caso del señor Lagos del Campo contra Perú relacionado al ejercicio de la libertad de expresión en el contexto laboral de un representante colectivo que fue despedido por las opiniones expresadas sobre un proceso de elección interno de representación colectiva en la empresa en la que laboraba; este despido fue convalidado por las autoridades judiciales peruanas. Cuando analizó la necesaria claridad y precisión de la norma mediante la que se aplicó la responsabilidad ulterior, que en este caso fue el despido, señaló que:

La Corte advierte que la norma aplicada como fundamento para el despido del señor Lagos del Campo no era de naturaleza penal, sino laboral, y por lo tanto considera que el cumplimiento del requisito de legalidad no es susceptible de una evaluación análoga a la realizada

en casos que involucren la afectación de bienes protegidos por el orden penal. Lo anterior puesto que, tal y como lo ha sostenido este Tribunal al evaluar el cumplimiento del requisito de legalidad en casos que no involucran cuestiones penales, “el grado de precisión requerido a la legislación interna depende considerablemente de la materia”. De esta forma, no es exigible un nivel homogéneo de precisión para todas las normas de un ordenamiento jurídico que prevean restricciones a un derecho protegido por la Convención. (Caso Lagos del Campo vs. Perú, párr. 120)

(ii) en cuanto a los objetivos permitidos por la CADH que habilitan este sistema de responsabilidades ulteriores, como se veía *supra*, el artículo 13.2 señala que serán los derechos de los demás o temas de seguridad nacional, orden público, salud o moral públicas. Sobre los primeros, como se analizaba en un apartado anterior, el ejercicio de esta libertad puede ocasionar la afectación de otros derechos, siendo algunos particularmente recurrentes cuando se trata de libertad de expresión y en el análisis en cada caso en concreto veremos que usualmente se analiza en tercer elemento del test tripartito, es decir la proporcionalidad. Por ejemplo, en el ya citado caso del señor Kimel, la Corte consideró que:

En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio. (párr. 51)

La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. Estos deben responder a un criterio de estricta proporcionalidad. (párr. 56)

En el siguiente caso relevante en el SIDH, del señor Tristán Donoso, la Corte expresó con mayor claridad que:

El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales. En ese proceso de armonización le cabe un papel medular al Estado buscando establecer las responsabilidades y sanciones que fueren necesarias para obtener tal propósito. La necesidad de proteger los derechos a la honra y a la reputación, así como otros derechos que pudieran verse afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, requiere la debida observancia de los límites fijados a este respecto por la propia Convención. (párr. 112)

Y este criterio orientó su análisis incluso cuando se trató de funcionarios públicos que al haberse expresado en ejercicio de sus funciones fueron sancionados por ello sin que esta medida cumpla con los requisitos que se están analizando. Por ello:

Al respecto, la Corte toma nota que el derecho interno venezolano reconoce que las Fuerzas Armadas, como institución del Estado o persona jurídica, puede estar amparada por la protección del derecho a la honra o reputación. (...) Si bien el sujeto del derecho al honor o a la reputación en este caso se trata de las Fuerzas Armadas, no de una persona física, y por ende no está protegido por la Convención, la protección del derecho al honor o a la reputación en sí es considerada en la Convención como una de las finalidades legítimas para justificar una restricción al derecho a la libertad de expresión. En este sentido, el Tribunal reitera que al realizar un análisis sobre la legitimidad del fin señalado en el presente caso (la protección del derecho al honor o reputación de las Fuerzas Armadas), no se pretende determinar si efectivamente las Fuerzas Armadas tienen o no un “derecho” al honor o reputación, sino que se analiza si dicho fin sería legítimo para efectos de la restricción del derecho a la

libertad de expresión que la Convención reconoce al señor Usón Ramírez. (párr. 62)

(...)

Por tanto, el Tribunal considera que la finalidad en cuestión en el presente caso es legítima, en tanto pretende proteger un derecho que la normativa interna venezolana reconoce a las Fuerzas Armadas y que en términos generales se encuentra reconocido en la Convención Americana respecto de personas naturales. Sin embargo, resulta pertinente aclarar que la legitimidad del fin es sólo uno de los elementos en el presente análisis de proporcionalidad y no necesariamente hace que la restricción en cuestión haya sido legal (lo cual ya fue analizado por el Tribunal supra, párr. 50 a 58), por la vía idónea, necesaria o proporcional (lo cual el Tribunal analizará infra, párr. 67 a 68). (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, párr. 62-66)

En la misma línea de casos fuera de lo penal, en el mencionado caso de Lagos del Campo, la Corte aplicó dicho análisis de la siguiente forma:

Por ende, la Corte nota que, en el contexto de dicho proceso electoral las manifestaciones del señor Lagos del Campo, como representante de los trabajadores, además de rebasar el ámbito privado, tenían una relevancia o impacto tal como para trascender no sólo el interés colectivo de los trabajadores de la empresa sino del gremio (de comuneros) relacionado con las Comunidades Industriales en general. Por tanto, de los hechos del presente caso se desprende que la información contenida en las declaraciones del señor Lagos del Campo eran de interés público y por ende contaban con un nivel reforzado de protección. (párr. 116)

(...)

De las manifestaciones publicadas en la entrevista, el Tribunal estima que, en lo general, se desprende que el objetivo del señor Lagos del Campo era denunciar las alegadas irregularidades, es decir, de informar sobre una situación, que a criterio de éste vulneraba los intereses que él representaba, acompañados quizás de comentarios críticos u opiniones. Por el contrario, del contenido de tales expresiones en el presente contexto no se denota que tuvieran un manifiesto ánimo injurioso, difamatorio, vejatorio o doloso en contra de alguna persona en particular o que tendieran a afectar el producto de la empresa. Si bien la publicación contenía particulares expresiones altisonantes sobre la situación denunciada, estas no revestían una entidad tal que traspasara el umbral de especial protección del carácter de las denuncias expuestas en el marco del referido contexto. (párr. 118)

Finalmente, en cuanto a los argumentos relacionados con la seguridad nacional, en el caso del señor Usón Ramírez el Estado de Venezuela alegaba que la medida penal aplicada estaba justificada en tanto:

“el General [en situación de retiro] Usón [Ramírez], a través de sus opiniones emit[ió] juicios de valor y atribuy[ó] responsabilidad a la Fuerza Armada Nacional en un hecho punible concreto que era objeto de una investigación penal en la jurisdicción ordinaria, opiniones que ponían en entredicho la honorabilidad de la Fuerza Armada, influyendo de manera negativa en la imagen, prestigio y credibilidad de la institución castrense frente a la sociedad en general, lo cual altera la relación armónica que debe imperar entre [la] Fuerza Armada y [la] sociedad civil en el logro y mantenimiento del orden público y la seguridad de la Nación”. En este sentido, el Estado resaltó que “existe una estrecha relación entre el resguardo del honor y la reputación de la institución de la Fuerza Armada Nacional [...] con el mantenimiento de la seguridad nacional”. (...) En suma, el Estado indicó que “todos

aquellos señalamientos dirigidos a minar la credibilidad de la población en su institución militar y la confianza de los integrantes sobre sus superiores, afectan directamente la seguridad de la nación y requieren la efectiva condena por parte del Estado”. (párr. 91)

Ante ello, la Corte Interamericana consideró que:

Si bien el artículo 13.2.b) de la Convención establece que el ejercicio de la libertad de expresión puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores, siempre y cuando dicha restricción se encuentre fijada por la ley y sea necesaria para asegurar, inter alia, la protección de la seguridad nacional y el orden público, no se desprende del expediente que el señor Usón Ramírez haya sido condenado con el propósito de asegurar la protección de la seguridad nacional o el orden público. Por el contrario, como se señaló anteriormente (infra párrs. 38 a 43), el señor Usón Ramírez fue juzgado y encontrado culpable de haber cometido el delito de injuria contra las Fuerzas Armadas contemplado en el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar. El bien que dicha norma pretende proteger es el honor o la reputación. La afectación a la seguridad nacional o al orden público no se encuentran en el tipo penal por el cual el señor Usón Ramírez fue condenado. (Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, párr. 92)

Por lo que en dicho caso en específico no consideró que la seguridad nacional fuera el objetivo que pretendía la sanción penal, sino el honor de la institución, como se señaló anteriormente.

(iii) Sobre la proporcionalidad y necesidad de la medida que restringe la libertad de expresión alegando que son necesarias para en una sociedad democrática, la Corte Interamericana desde el primer análisis de este derecho a través de su jurisdicción consultiva ha aclarado refiriéndose al Sistema Europeo que, si bien:

Es cierto que la Convención Europea utiliza la expresión "necesarias en una sociedad democrática", mientras que el artículo 13 de la Convención Americana omite esos términos específicos. Sin embargo, esta diferencia en la terminología pierde significado puesto que la Convención Europea no contiene ninguna provisión comparable con el artículo 29 de la americana, que dispone reglas para interpretar sus disposiciones y prohíbe que la interpretación pueda "excluir otros derechos y garantías... que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno".

(...) Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la "existencia de una" necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea "necesaria" no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". (Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. (OC-5/85, párr. 44-46)

Ello, justifica la aplicación del test de proporcionalidad como herramienta argumentativa para decidir sobre un caso en concreto, tal como hizo a partir del caso del señor Kimel, en el que tuvo que analizar si la restricción al derecho a la libertad de expresión había sido legítima, toda vez que el Sr. Kimel, periodista y escritor argentino que fue sancionado a un año de prisión y multa por haber publicado un libro en el que criticaba la actuación de un juez sobre el asesinato de cinco religiosos; ante ello la

Corte utilizó el test para analizar la proporcionalidad de la medida restrictiva del derecho a la libertad de expresión de la siguiente forma:

Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar 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. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra. (párr. 84) (...)

Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta a Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. (...) (párr. 85)

Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. (...) (párr. 86) (...) El señor Kimel no utilizó un lenguaje desmedido y su opinión fue construida teniendo en cuenta los hechos verificados por el propio periodista. (párr. 92)

Las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. (...)

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluye que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra en el presente caso. (párr. 93-94)

Como se puede apreciar del anterior resumen de la aplicación del test de proporcionalidad en el caso del Sr. Kímel y como usualmente ha sucedido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la medida de restricción de la libertad de expresión afecta en grado superior a la satisfacción del derecho que se persigue proteger con esta medida.

Así pues, los límites que expresamente ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte IDH complementan los límites que se han desarrollado a nivel interno, por lo que resultan relevantes cuando se deban analizar casos en los que se presenten estas situaciones y que busquen la tutela de los órganos del Derecho Constitucional peruano, a fin de poder analizar la constitucionalidad de esta restricción a la libertad de expresión, teniendo presente los elementos del test planteados así como la finalidad que deben buscar y las precisiones del SIDH.

#### g. Libertad de expresión en internet en el SIDH

En cuanto a la tutela que recibe este derecho en el Sistema Interamericano, que como vimos complementa la tutela constitucional nacional, será desarrollada propiamente en uno de los capítulos posteriores; sin embargo, es importante destacar que hasta el momento en el que se realiza este trabajo de investigación no existe ningún caso resuelto ni que haya sido presentado ante la competencia contenciosa de

la Corte Interamericana que aborde directamente la protección de este derecho en internet, este Tribunal sólo se ha referido de manera general, por ejemplo, cuando ha interpretado la prohibición respecto a que “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” del artículo 13.3 de la CADH y ha afirmado que “la enunciación de medios restrictivos que hace el artículo 13.3 no es taxativa ni impide considerar “cualesquiera otros medios” o vías indirectas derivados de nuevas tecnologías.” (Caso Ríos y otros Vs. Venezuela, párr. 340) Dentro de las que estarían aquéllas en las que se utilice internet para restringir ilegítimamente este derecho.

Por el contrario, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de los Informes Temáticos y Anuales de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión sí ha estudiado y desarrollado los estándares para la protección de este derecho ejercido en internet y ha mostrado su preocupación en relación a diversas situaciones que se dan en la región. En cuanto a la RELE, se trata de una de las relatorías de mayor antigüedad en la Comisión Interamericana y actualmente está a cargo del periodista Edison Lanza y en octubre de este año iniciará el mandato por dos años de otra persona elegida por la OEA; la Relatoría tiene a su cargo supervisar la adopción de mecanismos de respeto y garantía de este derecho en los países de la región, también tiene dentro de sus competencias el estudio de situaciones particularmente críticas relacionadas a este derecho en los países parte del SIDH a través de los informes temáticos y nutrir el informe Anual de la CIDH para que pueda advertir las necesidades de protección del derecho a la libertad de expresión cuando sea necesario.

Asimismo, puede emitir declaraciones individuales o conjuntas respecto a situaciones relevantes para el ejercicio de la libertad de expresión; por ejemplo en 2011, la Relatora especial para la libertad de expresión de la CIDH en una Declaración conjunta sobre libertad de expresión en internet, junto con el Relator especial de las

Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, el Representante para la libertad de los medios de comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, y la Relatora especial sobre libertad de expresión y acceso a la información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos consideraron que:

la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba "tripartita") (párr. 1)

Como se puede apreciar, uno de estos aspectos de prioritaria atención es el ejercicio de este derecho en internet, por lo que además se empezó a incluir expresamente en los informes anuales de la CIDH a partir del 2013 hasta el más reciente informe y en el año 2016 fue objeto exclusivo del informe temático; mediante los que se realizó un estudio detallado sobre los retos y problemas que se presentan en la región americana; estos informes serán analizados en el desarrollo del penúltimo capítulo.

## 1.2.2 Internet

### a. Terminología y concepto

En cuanto al término internet, Kurbalija, J. (2016) considera que:

El término «Internet» no cubre todos los aspectos existentes en los desarrollos digitales globales. Usualmente, otros dos términos – sociedad de la información y tecnología de la información y la comunicación (TIC) – se plantean de una manera más integral. Incluyen áreas que se encuentran más allá del dominio de Internet, como la telefonía móvil. Sin embargo, el argumento para el empleo del

término «Internet» se ve reforzado por la rápida transición de la comunicación global hacia el uso del protocolo de Internet (IP) como el principal estándar técnico de las comunicaciones. La Internet, que ya es ubicua, continúa expandiéndose a un ritmo acelerado, no solo con respecto a la cantidad de usuarios sino también a los servicios que ofrece. (pág. 5)

Es importante sentar las bases sobre lo que entendemos por internet es así que Teruel, G. (2010) afirma que:

“Internet es a un tiempo información, tecnología y también es una red física de tecnología; es una “Red de redes” interconectadas, es un sistema de comunicación global y descentralizado, es un sistema internacional de comunicaciones instantáneo. Internet es algo mucho más complejo que un “medio de comunicación”, Internet configura todo un “sistema” del que además va a resultar un nuevo espacio: el “ciberespacio”. (pág. 90-91)

#### a. Origen histórico

Definitivamente reviste importancia conocer el origen y desarrollo histórico de lo que hoy conocemos como internet, toda vez que se podrá comprobar como el ingenio humano superó la expectativa inicial y desarrolló este medio que ha impactado poderosamente la sociedad.

Sin embargo, es importante recordar que internet no es el primer medio de comunicación masiva en la historia y que precisamente el Derecho estuvo presente en el desarrollo de los demás para generar el parámetro de protección de los derechos que eran involucrados a través de ellos.

Es así que, Van, B. (2009) nos recuerda que:

En relación con la historia de las telecomunicaciones, antes de Internet los sistemas de comunicaciones eran, básicamente, el

teléfono, el telégrafo, la radio y la televisión. Estas formas de comunicación aparecían como inestables desde el punto de vista de la seguridad nacional, por lo que el gobierno de los Estados Unidos impulsó la creación de una nueva manera de comunicación. Considerando el avance de la tecnología a partir de la década de 1950 en temas computacionales, el nacimiento y rápido desarrollo de Internet no se hizo esperar: [Su objetivo] es proveer servicios de comunicación universal a las aplicaciones instaladas en computadoras conectadas en redes distintas pero interconectadas. Una red provee servicios universales de comunicación solo si cada computadora puede comunicarse con otra sin importar a cual red se encuentra conectada. (pág. 83)

Como se puede apreciar, el desarrollo de este proyecto surgió para dar respuesta a necesidades que no podían ser cubiertas por los otros medios existentes en el momento; esto permite entender el origen histórico de internet y la necesidad de este.

A pesar de lo que se podría pensar inicialmente este proyecto no estaba pensado para el uso que actualmente tiene internet, sino que nació de la necesidad de comunicar de forma segura información de defensa nacional y conectar Universidades, tal como narra el Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (2013) de la siguiente forma:

La primera fecha y el primer nombre que se mencionan para contar la historia de Internet son 1958 y J. C. R. Licklider, respectivamente. Ese año se creó la Agencia para Proyectos de Investigación Avanzada (ARPA, por su nombre en inglés, *Advanced Research Projects Agency*) dentro del Ministerio de Defensa de los Estados Unidos, y J. C. R. Licklider trabajaba en ARPA, pero era además profesor en el *Massachusetts Institute of Technology* (MIT). Su imaginación lo llevó a pensar en la posibilidad de diseñar un sistema en donde distintos computadores funcionaran como bibliotecas y pudieran ser accedidas por distintos usuarios en distintos

lugares. Licklider pensó que muchos computadores conectados entre sí serían más poderosos que un solo gran computador.

Pero ¿cómo conectar los computadores entre sí? Contemporáneamente a las ideas que presentaba Licklider, en la empresa de telecomunicaciones Bell se inventaba el Modem, un equipo capaz de convertir señales digitales en impulsos eléctricos y analógicos, y luego volver a convertirlos en señales digitales. El nombre Modem proviene del inglés modulator–demodulator. A partir de esto embrión, el nacimiento de Internet era inminente. (Pág. 7)

Es así que estos personajes históricos para el desarrollo de internet pueden conectar proyectos ya existentes y sumarlos a otros a fin de desarrollar uno poderoso y diferente, tal como continúa narrando el referido Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile (2013) así:

(...) Otra empresa privada, de nombre RAND, contratista del Ministerio de Defensa de los Estados Unidos, y otro nombre, Paul Baran, uno de sus investigadores, tienen mucho que ver con ella. La fuerza aérea de los Estados Unidos le había solicitado a RAND el diseño de un sistema de comunicación que resistiera un eventual ataque nuclear. (...)

Con estas ideas (comunicación entre computadores, acceso desde distintos lugares por distintos usuarios, y la transmisión de comunicaciones vía paquetes que se desarmaban en origen y se rearmaban en destino) se diseñó la arquitectura inicial de esta red de comunicaciones que, en 1968, se llamaría Arpanet.

(...) Los primeros computadores que lograron ser conectados fueron las de las universidades de California –en Los Angeles y Santa Bárbara–, Stanford y Utah. A ellas se unieron el MIT, los computadores de RAND y *Systems Development Corporation*, y las de Bolt, Beranek

& Neuman. El incremento de conexión fue muy rápido: en 1972 ya había más de 30 computadores conectados globalmente.

Al crecer el número de computadores conectados, y previendo que este crecería aún más, surgió la idea de establecer un “protocolo de comunicación” que fuera uniforme y que permitiera el acceso a la red de cualquiera que quisiera conectarse siguiendo dicho protocolo. (...) La presentación de Internet se realizó en 1972 en una conferencia internacional (*International Computer Communication Conference* (ICCC)), y ese mismo año se envió el primer correo electrónico. (pág. 8)

En esa misma línea histórica, Olmos, A. (2016) apunta que

En los primeros tiempos, en cualquier caso, los gobiernos nacionales o las organizaciones intergubernamentales no participaban de la gobernanza de Internet. Mientras que las innovaciones tecnológicas anteriores, como el telégrafo en el siglo XIX o las emisiones radiofónicas a principios del siglo XX, provocaron inmediatamente una regulación gubernamental en forma de leyes nacionales de telecomunicaciones y radiodifusión – y posteriormente negociaciones de convenios y tratados internacionales–, cuando Internet hizo su aparición no se produjeron actividades gubernamentales similares. La necesaria regulación de Internet sin fronteras era de naturaleza principalmente técnica y fue llevada a cabo por los propios técnicos o por proveedores y usuarios de internet. (pág. 344)

(...)

El valor de la red era especialmente el de la conectividad, por lo que en principio se desarrollaron pocas aplicaciones y/o servicios, y ninguno de ellos estaba dirigido a los usuarios finales que constituían los clientes del sector tradicional de telecomunicaciones. Durante sus

primeros 20 años de existencia (desde 1970 hasta comienzos de 1990), prácticamente Internet no salió del entorno científico. La generalización en el uso de Internet llegó de la mano del hipertexto y del primer navegador, World Wide Web, que desarrolló Tim Berners-Lee en 1990. (pág. 344-345)

Como se puede apreciar, el interés inicial de comunicar y proteger las comunicaciones del Estado, así como la necesidad de conectar servicios documentarios de las Universidades impulsa el desarrollo de este proyecto, que sin duda evoluciona constantemente.

#### b. Arquitectura de internet

Tal como se puede apreciar, el desarrollo histórico que generó la creación de internet, también determinó la estructura de esta, tal como mencionan Bellie, P., Brett, P. y Post, D. (2011) son características de su arquitectura los siguientes elementos:

I. Control descentralizado: al ser considerada internet como la red de redes, (...) ya que conecta organizaciones que se encuentran en diversos lugares del mundo y no existe una entidad que de forma centralizada administre el internet, por lo que se justifica este elemento de la arquitectura de internet.

II. Apertura: esta característica de internet significa que se trata de una red abierta que conecta computador y redes a través de protocolos que han sido desarrollados para dicha finalidad.

III. Conmutación de paquetes: en una comunicación entre dos puntos, que se realiza por Internet, se divide en paquetes, y estos viajan por distintos servidores para ser rearmados al final. Así, por un mismo canal de comunicación en Internet viajan paquetes que corresponden a comunicaciones de distintos usuarios.

El diseño de Internet tiene esencialmente cuatro capas: la de conexión física, la de conexión Internet, la de transporte y la de las aplicaciones.

(...) Es importante entender esta estructura, porque entrega una idea más clara acerca de la variedad de sujetos que intervienen en las comunicaciones en Internet.

V. Diseño extremo a extremo: El diseño “extremo a extremo” (*end to end*) es clave en la infraestructura de Internet, porque es el que permitió el impresionante desarrollo de las herramientas que utilizamos los y las usuarias. (pág. 17-24)

La arquitectura antes descrita tiene un significativo impacto para el ejercicio de la libertad de expresión en internet, tal como señala Lessig, L. (2006) al considerar que:

Este capítulo es acerca de la regulación y protección del discurso en el ciberespacio- así como también en el espacio real. Mi objetivo es detallar la relación entre arquitectura de internet y la libertad que genera, así como el rol del Derecho en la construcción de esta arquitectura. Esto con la finalidad de mostrar en que se basa esta libertad- las políticas constitucionales de la arquitectura del ciberespacio. Me refiero a “políticas” toda vez que esta construcción no está terminada. (...) esta arquitectura está siendo reconstruida constantemente a fin de regular aquello que la arquitectura original no pudo reconocer. Actualmente, internet está pasando a ser de un espacio libre a uno controlado. Algunos de estos pasos para volver a regular son inevitables. Sin embargo, antes de que estos cambios estén realizados completamente debemos entender aquéllas libertades que Internet ahora provee para así determinar qué libertades debemos preservar.

La arquitectura de internet, tal como es en este momento, es el modelo más importante para la libertad de expresión desde su

concepción. Este modelo tiene implicancias más allá del correo electrónico y páginas web. Doscientos años después del marco creado por la Constitución, internet nos ha enseñado qué significa realmente la primera enmienda. Si tomamos en serio este significado, entonces la primera enmienda requiere reestructurar radicalmente la arquitectura del discurso fuera de internet también. (pág. 237)

#### d. Principios de internet

De acuerdo al desarrollo histórico mencionado, resulta lógico que los principios que gobiernan internet hayan surgido de la autorregulación. Estos han sido recogidos y analizados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en el capítulo III de su Informe Anual *“Estándares para una internet libre, abierta e incluyente”* (2016):

- Principio de acceso universal se refiere a la necesidad de garantizar la conectividad y el acceso universal, ubicuo, equitativo, verdaderamente asequible y de calidad adecuada, a la infraestructura de Internet y a los servicios de las TIC, en todo el territorio del Estado.
- El pluralismo y la diversidad como condiciones esenciales del proceso de deliberación pública y del ejercicio de la libertad de expresión deben ser preservados en el entorno digital.
- La no discriminación obliga al Estado a garantizar que todas las personas— especialmente aquellas que pertenecen a grupos vulnerables o que expresan visiones críticas sobre asuntos de interés público— puedan difundir contenidos y opiniones en igualdad de condiciones.
- La privacidad debe ser también un principio orientador del entorno digital. El derecho a la privacidad, según el cual nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, es un presupuesto del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en

línea que debe ser protegido por la ley y estrictamente promovido en la política pública.

- El principio de neutralidad de la red fue reconocido por la Relatoría Especial como “una condición necesaria para ejercer la libertad de expresión en Internet en los términos del artículo 13 de la Convención Americana”. Lo que persigue tal principio es que la libertad de acceso y elección de los usuarios de utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal por medio de Internet no esté condicionada, direccionada o restringida, por medio de bloqueo, filtración, o interferencia.

En cuanto a las características de este medio y su impacto en el ejercicio de la libertad de expresión, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2016) considera que:

Dadas las características particulares de internet en cuanto a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo, y sus principios de diseño descentralizado y abierto, el acceso a internet ha adquirido un potencial inédito para la realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información. A efectos de poder asegurar el disfrute efectivo y en forma universal del derecho a la libertad de expresión, los Estados deben adoptar las medidas para garantizar, de manera progresiva, el acceso de todas las personas a internet, además de adoptar medidas para prohibir el bloqueo o la limitación al acceso a internet o a parte de ésta. Internet tiene un impacto crítico en la dimensión social del derecho a la libertad de expresión.

Por ello, resulta necesario que el Derecho Constitucional peruano empiece a construir el estándar para la tutela del derecho a la libertad de expresión en internet, teniendo en cuenta sus características, que generan que el contenido de este derecho se amplíe al que conocemos cuando es ejercido a través de medios tradicionales.

## 1.3 Definición de términos básicos

### 1.3.1 Internet

Según el Diccionario de la Lengua Española (2016), esta sería la “Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación”. La palabra internet es el acrónimo de las palabras *International Network of Computers*.

En ese sentido, Teruel, G. (2010) afirma que:

“No es una redundancia definir Internet como una “Red de redes”, la cual permite de forma sencilla la interconexión de ordenadores de todo el mundo para el intercambio y transmisión de datos a través de un protocolo de comunicación común (protocolo TCP/IP) y cuyos terminales se van a identificar por medio de una dirección IP” (...) (pág. 90-91)

### 1.3.2. Intermediarios de la comunicación

Para Kurbalija, J. (2016), entiende por intermediarios aquéllos que:

cumplen un rol crucial en la garantía del funcionamiento de Internet. Los intermediarios son los PSI (que aseguran la conexión entre los usuarios finales), y también los proveedores de servicios como el hosting en línea, los motores de búsqueda, y las plataformas de redes sociales. Gracias a su rol en la facilitación, y la transmisión y disponibilidad del contenido en línea, los intermediarios están solicitando cada vez más asistir en la aplicación de las normas jurídicas en áreas como la violación del derecho de autor, el correo no deseado, y el derecho al olvido. Esto dio comienzo a debates extensos sobre si los intermediarios son los responsables o si deberían responsabilizarse por el contenido en línea al que ellos dan acceso. (pág. 153)

### 1.3.3 Gobernanza de internet

Ante los cambios producidos por internet fue necesario gestar un modelo para gobernar lo que ocurría en internet, para dar una respuesta mundial ante estos cuestionamientos comunes por la evolución e impacto de internet y poder contribuir con el desarrollo de las políticas de gobernanza; por ello en 2002 tuvo lugar la primera Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información, en la que se discutieron los puntos críticos de internet de ese momento, particularmente se discutió el rol que deberían tener Estados y otros sujetos involucrados en internet. Es allí cuando se comienza a discutir sobre la Gobernanza en Internet como la conocemos actualmente.

En el año 2005, tuvo lugar la segunda Cumbre de la Sociedad de la Información en Túnez en la que se acordó impulsar la mayor participación de los diferentes actores de internet- gobiernos, sector técnico, academia y sociedad civil- de forma internacional, con esa finalidad creó el IGF (*Internet Governance Forum*) pensado como un espacio libre, abierto y descentralizado en el que se pudieran discutir y debatir los diversos aspectos relacionados con la Gobernanza de Internet con todos los actores involucrados, así como los retos hacia futuro en base al desarrollo de la tecnología. En el marco de la Cumbre Mundial en Túnez el Grupo de Trabajo sobre Gobernanza de Internet que había sido creado en la primera reunión generó la primera definición de Gobernanza en Internet:

“La Gobernanza en Internet es el desarrollo y la aplicación por los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en las funciones que les competen respectivamente, de principios, normas, reglas, procedimientos de adopción de decisiones y programas comunes que configuran la evolución y utilización de internet”. (pág. 4)

En el desarrollo del tercer capítulo se analizará las formas en que los Estados han planteado gobernar lo que ocurre internet y la evolución de los modelos para tal fin.

## **CAPÍTULO II METODOLOGÍA**

### **2.1 Diseño metodológico**

Esta investigación se desarrollará a partir del método deductivo desde un diseño observacional a fin de analizar cuál es el estándar de protección de la libertad de expresión en internet a través de los procesos constitucionales del Estado Constitucional de Derecho.

### **2.2 Tipo de investigación**

Se desarrollará una investigación de tipo básica toda vez que se parte del análisis de las disposiciones constitucionales, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la jurisprudencia a fin de conocer la tutela procesal de la libertad de expresión en internet.

### **2.3 Método**

La investigadora, para el desarrollo de este trabajo aplicará el método deductivo porque se describirá el problema existente ante la falta de criterios claros sobre la protección del derecho a la libertad de expresión en internet ante la falta de pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia.

### **3.4 Nivel**

Se trata de una investigación exploratoria descriptiva, toda vez que la tutela constitucional de la libertad de expresión en internet no ha sido estudiada en nuestro país a través de trabajos de investigación científicos ni en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional por lo que se partirá de la descripción de lo desarrollado sobre la libertad de expresión en general para luego, a partir del Derecho Comparado y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a fin de conocer la tutela que deberá recibir este derecho en el Estado Constitucional de Derecho en nuestro país.

### 3.6 Aspectos éticos

La investigadora declara bajo juramento que respetará los derechos de autor, utilizando las formas de citados adecuadas, así como todos los aspectos éticos que son necesarios para desarrollar la investigación.

### **CAPÍTULO III INTERNET, DERECHO Y CONSTITUCIÓN**

El desarrollo de este capítulo es importante para la formulación de los siguientes capítulos específicos sobre libertad de expresión en internet a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Comparado y nacional, toda vez que es necesario sentar las bases del Constitucionalismo digital que podrían ser utilizadas para nuestro país, debido a que, cuando los órganos de los Estados pretenden tomar en cuenta el impacto de internet para la protección de los derechos fundamentales cuando son ejercidos a través de este medio, surgen diversas preguntas que, para fines de esta investigación, se han dividido en dos niveles.

Es así que: (i) en el nivel general sobre la forma en la que se debe gobernar todo lo que ocurre en internet, se plantean tres posturas yendo desde la extra regulación hasta la total falta de regulación y (ii) en un nivel más específico cuando se trata de analizar la tutela de los derechos fundamentales cuando son ejercidos en internet y se trata de establecer cuál podría ser el rol del Derecho Constitucional ante los avances tecnológicos, existen planteamientos que también se pueden agrupar en tres y que van desde la propuesta de una Constitución global o Regional moderna que incluya, entre otros, específicamente el ejercicio de estos en los medios tecnológicos hasta la necesidad de reconocer un derecho fundamental específico cuando para su ejercicio se utilice internet, que se diferencie del reconocimiento tradicional.

## Gobernanza de internet

Como se mencionaba en el marco teórico, internet tiene características propias con las que fue concebido, como la apertura, la libertad, la neutralidad y el acceso universal; estas generaron que desde un inicio las personas que tuvieran acceso a este medio pudieran tomar un papel protagónico para el desarrollo de contenido, guiándose por las normas de autorregulación de cada plataforma que alojaba su contenido, creando la idea de que lo que ocurría en internet no debía seguir las normas que se aplicarían en el mundo *offline*; sin embargo, debido a que estas interacciones no fueron pacíficas y se evidenció que también ocurrían actos que vulneraban derechos fundamentales, por lo que las personas empezaron a pedir la intervención de los Estados, ocasionando que en el mundo se empiece a discutir si ellos deberían normar y de qué forma este nuevo medio, surgiendo así los debates en torno a la Gobernanza de internet, que se pueden dividir en tres posturas, utilizaremos las denominaciones de las dos primeras siguiendo lo planteado por Reeds, C. (2012)

### (i) Ciberlibertarismo

Esta perspectiva tiene como base entender que como internet surgió de forma libre, sin regulación jurídica, sólo con aquella que fue surgiendo a partir del avance tecnológico y sin que los Estados interfieran para su funcionamiento, por lo que consideran que este medio no tendría que ser regulado por ellos. García, P. (2016) presenta esta postura de la siguiente forma:

Los estándares y protocolos que configuran el código de Internet constituyen elementos pura y exclusivamente tecnológicos. No precisaron de norma jurídica alguna para ser inventados y fueron articulándose a golpe de “consenso aproximado” entre los propios tecnólogos que los iban creando en el seno de la Internet Engineering Task Force (IETF); y del hecho de que el código así diseñado simplemente “funcionase” (Post 2009,135) (...) no existe hoy por hoy regulación legal alguna referida a dichos estándares y protocolos. Y parece adecuado que así siga siendo, como quiera que esta ausencia

de regulación legal del código es justamente la principal razón por la que Internet ha llegado a convertirse en lo que hoy es. En otros términos: el hecho de que el desarrollo de los estándares y protocolos de Internet haya quedado exclusivamente sujeto a la comunidad científico- técnica es lo que ha permitido preservar su principal rasgo tecnológico (Huitema 1999,12) me refiero por supuesto al capital principio de “extremo a extremo” (*end-to-end*), que desde el ángulo estrictamente jurídico (e incluso científico- social), se suele enfocar a la luz del no menos relevante principio de neutralidad de la Red. Tim Wu (2003) equiparó este principio a la necesidad de que las aplicaciones y servicios fluyan sin discriminación alguna en Internet. No cabe duda de que la mejor garantía de la neutralidad y por ende del principio de extremo a extremo es preservar el código de Internet libre de toda regulación legal. (pág. 31)

Como se aprecia, esta postura pone un particular énfasis en el rol del sector técnico cuyo trabajo desarrolla internet, proponiendo que para respetar la naturaleza y neutralidad de la red los Estados no deben tener un papel protagónico como ha ocurrido en el mundo *offline*. Esta postura como se podrá advertir no es reciente, debido a que, como narra Olmos, A. (2016) ya:

En 1996, John Perry Barlow, un fundador de la veterana organización a favor de los ciberderechos Fundación de la Frontera Electrónica (EFF, Electronic Frontier Foundation), publicó “una Declaración de la Independencia del Ciberespacio”, un documento que tuvo amplia distribución sobre la pertinencia de la acción gubernamental sobre la interred en rápido crecimiento:

Gobiernos del Mundo Industrial, vosotros, cansados gigantes de carne y acero, vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la Mente. En nombre del futuro, os pido a vosotros del pasado que nos dejéis en paz.

Aunque estas palabras las firma Barlow, fueron muchos los que encontraron en Internet una comunidad con sus propias señas de identidad, intereses comunes y sus propias reglas y normas de convivencia. Con nobles principios y aprovechando lo que prometía ser una revolución, no solo en comunicaciones y comercio, sino también en relaciones sociales y cultura, ese deseo de “independencia” tenía un toque quijotesco. Al fin y al cabo, desde su más temprana materialización en forma de ARPANET, internet debió su existencia al gobierno de Estados Unidos. Era un proyecto de infraestructura con una presencia física en el mundo: cables, routers, servidores, centros de datos y ordenadores para interactuar. (pág. 343-344)

Cabe destacar que la Declaración de Barlow es reconocida como la primera vez en que se acuña el término “ciberespacio” para mencionar lo que ocurre en internet (Cortés, C. 36). Toda vez que los principales defensores de este concepto entienden internet como “un espacio ajeno al Derecho, inmune a él, un espacio sin ley” (Hunter 2003, pág. 447). Este punto de inicio del ciberliberalismo, entiende el ciberespacio como un lugar y propone que su regulación deba estar en manos de quienes desarrollaron la tecnología, por lo que se plantea la total libertad ante las situaciones que se presentan en internet y que, desde este planteamiento, se podrían afrontar correctamente sin la participación de los Estados, sino mediante normas y protocolos de carácter técnicos.

Como consecuencia de ello, desde esta postura sostienen que puede seguir funcionando en base a un mecanismo de autorregulación, por lo que cada intermediario de la información, cada plataforma que aloja contenido, debe establecer sus propias reglas de conducta –normas comunitarias- y debe generar un sistema de denuncia por si se infringen a fin de que un grupo moderador pueda evaluar lo sucedido y sancionar en la plataforma de acuerdo a la forma que cada una establezca en las referidas normas. En principio, esta idea puede sonar atractiva, en tanto las plataformas que permiten la trasmisión de contenido a los usuarios finales estarían en

una mejor posición para regular los comportamientos de estos, cuando excedan las reglas planteadas.

Sin embargo, a partir de un análisis más profundo quisiera resaltar dos cuestionamientos a este sistema de autorregulación como único mecanismo y a la concepción de libertad ilimitada que plantea esta postura: 1) que pareciera consecuencia de esta postura relegar el papel del Estado únicamente a las situaciones que ocurren *offline*, por lo que de existir las violaciones a derechos fundamentales en internet de las personas sometidas a su jurisdicción no tendría la capacidad de poder activar su aparato gubernamental para la tutela de derechos que, cabe reafirmar, no por ser ejercidos *online* dejan de ser fundamentales y, 2) que las plataformas responden a intereses económicos finalmente, por lo que en ocasiones no tendrán como principio orientador la dignidad de la persona, la igualdad e incluso libertad, principios del Estado Constitucional de Derecho, sino que perseguirán objetivos propios a fin de generar mayores recursos económicos.

#### (ii) Ciberpaternalismo

Como respuesta al planteamiento anterior, surgieron cuestionamientos como detalla García, P. (2014) de la siguiente forma:

Goldsmith (1998) quien encabezó el inicio del ataque descriptivo, al sostener que el ciberliberespacio no constituye un lugar distinto del espacio real, en la medida en que las operaciones llevadas a cabo en aquél no difieren en modo algunos de las realizadas en éste. En línea semejante se pronunciaría después Froomkin (2003). Siendo igualmente interesante recordar que esta tesis fue contundentemente preconizada en Europa por autores como Areilza (2002), si bien no a efectos puramente descriptivos (por seguir la terminología de Hunter), sino también normativos; es decir, con el propósito de defender la necesidad de regular la Red como cualquier otra faceta de la vida humana.

(...)

En lo que a los embates tecnológicos se refiere, es obligada la cita de Lessig (2001), quien comenzaba por negar tajantemente que esté en la naturaleza del ciberespacio el ser irregulable, pues en la realidad carece de una “naturaleza”. Únicamente tiene código, el hardware y el software que le dan su esencia. De ahí que en su opinión ese código pueda crear un lugar en que florezca la libertad –como reconoce sucedía con la arquitectura original de la Red- o un espacio de control opresivo. En este contexto el código se convierte en la más significativa forma de ley (“Code is law”, “El código es el Derecho”), quedando la decisión sobre los principios que éste encarnará en manos de los juristas, los legisladores y los ciudadanos. (pág. 22)

Como se puede apreciar, el planteamiento desde esta perspectiva surge en contraposición con el anterior al considerar que el Estado debería tener un rol protagónico en el desarrollo de las normas que regulen internet, y que si bien en un primer momento no participaron directamente ello no significaría que deban perder el papel que tuvo para el desarrollo regulatorio de las otras tecnologías; más aun teniendo en cuenta que las estructuras físicas y el espacio electromagnético que se utiliza para estas tecnologías pertenecen y son controladas por el Estado a través de las legislaciones nacionales.

Esta perspectiva se puede justificar desde el principio de plenitud hermética del Derecho, entendiendo que nada puede escapar a su regulación. Asimismo, del planteamiento del citado autor se puede observar que esta postura en el Derecho pretende extender el modelo que se ha establecido en cada Estado a lo que ocurre en internet toda vez que están involucrados los individuos sometidos a su jurisdicción.

Respecto a la postura anterior, según considera Cortés, C. (2014) el temor que tenían quienes planteaban la primera postura:

Vistas en retrospectiva, las palabras de Barlow fueron proféticas, tanto por la visión que tenía de un entorno digital revolucionario –un auténtico ciberespacio–, como por el temor que albergaba de una intervención estatal. (...)

Aunque Internet es un territorio en disputa, los Estados reivindican su soberanía sobre la fracción de cables, tubos y señales que pasa por sus fronteras. Y en ese propósito, una de las obsesiones de los Estados es controlar los contenidos a los que acceden sus ciudadanos. El ejemplo más célebre es el de China, que cuenta con un cortafuegos (o firewall) tan impresionante como su legendaria muralla. Entre el Internet que conocemos en Occidente y al que acceden en China se interpone un sofisticado sistema de filtros y bloqueo de contenidos. Algo similar sucede en Irán, donde varios servidores intermediarios (o proxys) monitorean los datos que transmiten los usuarios.

La explicación usual que oímos frente a estas iniciativas es que se trata de una estrategia de censura oficial: esos gobiernos ocultan información que, de conocerse, minaría las bases de su propia legitimidad y autoridad. En esencia, es un atentado contra la democracia. (...) En ese sentido, si se analiza esta perspectiva, en la que pareciera regir únicamente el mandato de Estado, surgen preguntas como ¿qué Estado está legitimado y debería tener ese poder con discrecionalidad ilimitada para determinar qué es correcto para todos? Este proceso no ha sido fácil, por ejemplo, en 1996 se registra la primera iniciativa mundial sobre lo que ocurre en internet a través de la Declaración de la Independencia del Ciberespacio, que se mencionaba en el apartado anterior y hasta la actualidad ese tema sigue siendo una discusión del campo teórico, pero con efectos prácticos. Toda vez que se sigue cuestionando la presencia de los Estados en este espacio como único protagonista, así como también el hecho de que se pretenda extender su soberanía de la misma forma en que lo hace en el mundo *offline*.

### (iii) Modelo de múltiples partes interesadas

Si bien desde el inicio de la discusión de lo que ocurre en internet en 1996 han existido una serie de autores que respaldan a cada una de estas posturas, así como Estados que adoptan estos modelos, lo cierto es que en la actualidad el modelo para la gobernanza de internet ha ido variando hacia uno que involucra a las múltiples partes interesadas- multistakeholders-, que son la sociedad civil, el sector técnico, la academia, el sector privado y los Estados, es decir, todos aquéllos que participan en el ecosistema de internet. Este tipo de gobernanza permite que puedan interactuar, conocer los aportes que desde cada sector se pueden dar y poder solucionar los problemas que se presentan de forma conjunta, buscando así que las políticas que rijan internet no sean enfocadas solo desde la perspectiva de una parte sino que pueda ser aplicable en la práctica por cada uno de los actores.

Como desarrolla Olmos, A. (2016)

“Se trata de un modelo de gestión descentralizado, en el que las responsabilidades están distribuidas entre distintos organismos autónomos que trabajan conjuntamente (...) se pueden destacar cuatro organizaciones que a lo largo de los años han tenido un papel relevante en la gestión de Internet” (pág. 346)

Estos grupos son:

- IAB (*Internet Architectural Board*) grupo formado por 15 técnicos que se encargan de verificar y supervisar los protocolos y parámetros implementados en internet.

- IETF (*Internet Engineering Task Force*) conformado por un equipo de ingenieros involucrados también en los protocolos básicos de internet que se implementen en internet.

- W3C (*World Wide Web Consortium*)

- ISOC (*Internet Society*) con sede en Estados Unidos, en la que los usuarios tienen representación para el desarrollo del estándar de internet, tiene

un carácter abierto y contribuyen también con la formación en gobernanza de internet para la sociedad civil y academia. (pág. 346)

Estos espacios buscan reunir a los grupos de especial interés involucrados en el ecosistema de internet con la finalidad de trabajar las políticas que puedan aportar para construir un mejor internet sin desnaturalizarlo, porque precisamente este nuevo espacio es en el que se interactúa de forma sin precedente, tal como se mencionaba.

Esta discusión inicial, que podría parecer únicamente teórica, sirve para orientar este trabajo de investigación, toda vez que permite concluir que el modelo de las múltiples partes interesadas pareciera ser el adecuado actualmente a fin de generar un marco que permita analizar los casos de vulneración de derechos como la intimidad, la propiedad o la libertad de expresión en internet, en los que si se aplicaran las reglas de los medios tradicionales resultarían insuficientes para dar una tutela apropiada a las personas, fin último del Estado peruano; por ello, analizaremos específicamente la respuesta de la Constitución a este reto y las formas en que puede garantizarse el ejercicio *online* de estos derechos fundamentales.

#### Derechos fundamentales ejercidos en internet

A partir del contexto mundial antes descrito, se pretende analizar en específico cómo el Derecho Constitucional puede proteger el ejercicio de derechos fundamentales que: a) no existían cuando la Constitución fue gestada, b) son ejercidos a través de internet y este medio no fue considerado en el momento en que la Constitución se debatió y, c). si la respuesta debe ser por parte del órgano legislativo o puede surgir por el órgano judicial. Ello, para luego abordar específicamente lo relacionado al ejercicio de la libertad de expresión en internet, en el siguiente capítulo.

Como se mencionaba anteriormente, no son preguntas que surgen recientemente, sino por el contrario es parte de la discusión general en Gobernanza de Internet, pero el énfasis que se plantea a continuación es respecto al Derecho Constitucional. Es así que, existen diversas posturas respecto a cómo garantizar la

protección de los derechos fundamentales relacionados con internet, por lo que se dividirán en función a los dos enfoques distintos de esta materia que se han dado.

a. ¿Hacia una Constitución global?

En la actualidad se discute si es necesario que se emita una Constitución global para atender los derechos fundamentales que sean ejercidos *online*, por lo que se buscaría que tenga principios comunes pero un impacto global. Por ejemplo, en 2018, Telefónica presentó su propuesta para un Pacto digital que se justificaría en los siguientes motivos:

Numerosas reglas, marcos y procesos actuales ya no son válidos para afrontar estos retos. Su complejidad requiere de una colaboración extensa para encontrar soluciones. El objetivo debería ser definir el posible empleo de las nuevas tecnologías de una forma justa y democrática. La tecnología debe centrarse en el ser humano y no podemos permitirnos dejar a nadie atrás. Ha llegado la hora de que la sociedad alcance un acuerdo fundamental sobre principios éticos y valores comunes para un mundo digital: ha llegado la hora de un Nuevo Pacto Digital. Debemos definir un nuevo contrato social que asegure una colaboración más amplia y abierta entre gobiernos, negocios y sociedad civil, en el que la tecnología sirva para mejorar las vidas diarias de todas las personas. Se requiere una mayor colaboración y más debates para encontrar ideas creativas que permitan renegociar, redefinir y reafirmar valores comunes para nuestro futuro digital. (pág. 13)

Para ello, utiliza el término de Constitución digital, entendiéndola como “un corpus normativo que recoja al igual que las constituciones convencionales los derechos y obligaciones que parten de la vida digital”, ello tiene como fundamento las palabras de José Álvarez-Pallete, Presidente ejecutivo de Telefónica “Necesitamos una Constitución Digital, una carta de derechos digitales para garantizar nuestros valores y derechos fundamentales en un futuro digital”, en el Prólogo del Manifiesto por un

nuevo Pacto Digital. Este se está impulsando por Telefónica en España, y busca una regulación global que garantice el ejercicio de los derechos fundamentales en internet a través de la adopción de este Pacto Digital.

También considera como fundamento para la adopción de este Pacto el impacto de la globalización y de la cuarta revolución industrial, que ocasionan que todo se desarrolle con mucha velocidad y que cada vez sea menos necesario limitarse por las fronteras físicas, por el contrario plantean que resulta mucho más beneficioso establecer acuerdos de cooperación para el desarrollo que no beneficiarían solo a las personas sometidas a la jurisdicción de determinado Estado, sino a todos los que formen el bloque.

Si bien esta parece ser la primera iniciativa en temas digitales a nivel global en la que se pretenden establecer derechos humanos específicos tomando en consideración su relevancia cuando son ejercidos en internet y la especial naturaleza que este medio les otorga, lo cierto es que no es la primera iniciativa a nivel regional y global para proteger los derechos de las personas. Es así que, encontramos que en el marco de la Unión Europea, el 12 de enero de 2005, a través de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004/2129(INI)) se estableció una Constitución con carácter regional a fin de reforzar la eficacia y el papel de la Unión ante el mundo, así como permitir un mejor control democrático y el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos de la UE, en la que se reconocían derechos relacionados a la tecnología, como la protección de datos personales en plataformas modernas.

Por lo que se puede colegir hasta este momento, este tipo de iniciativas buscan partir de los valores comunes de los Estados parte a fin de poder enfrentar los cambios producto de la tecnología en la sociedad. En el caso del Pacto digital, se propone que todos los Estados que sean parte deberán establecer una Carta de Derechos Digitales, que se modernicen las Políticas Públicas y marcos regulatorios, que la responsabilidad de las empresas tenga un enfoque diferente, a través de un compromiso con la innovación que busque asegurar la sostenibilidad de la digitalización. Entre los derechos digitales que se destacan en la Carta son garantizar principalmente la

equidad y no discriminación, la inclusión, el comportamiento responsable, la rendición de cuentas y la transparencia y la capacidad de elección.

Como afirma Díaz, F. (2009) “en el mundo globalizado, las respuestas constitucionales vinculadas aún con el Estado nacional van a resultar casi siempre insuficientes o inútiles” (pág. 66), lo que podría resumir el fundamento de esta postura. El referido autor considera también que los tratados en materia de Derechos Humanos con carácter universal, como la Declaración Universal de 1948, también tendrían vocación de Constitución global, por lo que en el contexto de la globalización estas normas en materia de derechos fundamentales no resultarían extrañas para dar tutela a los derechos fundamentales ejercidos en internet.

#### b. La “creación” de nuevos derechos fundamentales

Existe otra postura que se puede utilizar para comprender a los derechos fundamentales cuando son ejercidos en internet que pretende crear “un nuevo derecho fundamental” o reconocer “un nuevo medio” para el ejercicio de un nuevo derecho fundamental tradicional. Esta se fundamenta entendiendo que la evolución en el reconocimiento de Derechos Humanos, como ha sido a través de las generaciones de derechos, han tenido como fundamento el consenso entre los Estados parte de los tratados o siguiendo el procedimiento constitucional para la reforma; sin embargo, Díaz, F. (2009) propone dos formas de afrontar el reconocimiento de nuevos derechos fundamentales. La primera, es que se modifique expresamente el texto o se emita una nueva Constitución para actualizar su contenido y que permita el reconocimiento de derechos o medios que hayan surgido recientemente y los pueda contemplar expresamente:

Cuando un Estado aprueba una nueva Constitución, reforma la vigente en la parte dedicada a los derechos o se aprueba una declaración en el ámbito internacional, suelen incorporarse aquellos derechos que responden a las más recientes necesidades o exigencias sociales, de manera que dicha declaración resulte lo más “actualizada” posible. Pero la Constitución no puede reformarse

continuamente, pues es la norma básica del ordenamiento y requiere de cierta estabilidad; por eso es preciso conciliar cierta vocación de permanencia con la posibilidad de adaptación a las nuevas circunstancias y necesidades. (pág. 37-38)

Francisco Díaz (2009) menciona que serían cuatro los medios a través de los que se puedan “plasmear nuevos derechos”: (i) que se reforme la Constitución, (ii) que a través de la jurisprudencia se interprete la existencia de un nuevo derecho en base a uno anterior ya reconocido, (iii) a través de otras vías de “evolución constitucional” como que los cambios sociales, políticos o práctica constitucional ocasione un nuevo sentido a las normas ya existentes y, (iii) que estos derechos sean reconocidos a través de normas infralegales. (pág. 38)

En este punto, es interesante resaltar que principalmente se reconocen estos derechos nuevos a través de la jurisprudencia o de la modificación o de la adopción de una nueva Constitución, lo que puede generar el debate respecto a qué órganos tienen la legitimidad para impulsar estos cambios, por una parte, se puede criticar al activismo judicial al entender que excede las funciones que le fueron conferidas y que la creación de “nuevos” derechos debe quedar en manos del parlamento o del Poder Constituyente, debido a que debe surgir del debate democrático; sin embargo, también se podría contradecir esta última crítica tomando en cuenta el tiempo que puede tomar una reforma en este último sentido.

Se comparte esta última postura, si bien resultaría deseable tener una Constitución actualizada a fin de tutelar expresamente los derechos, y los medios a través de los que son ejercidos, que hayan surgido como producto del desarrollo social y tecnológico, teniendo en cuenta, por ejemplo, que nuestra Constitución tiene más de 25 años en vigor y que Constituciones “más modernas” en la Región como la de Ecuador, cuya sección octava se dedica al impacto de la tecnología en los derechos de la población, y Bolivia, cuya sección cuarta se dedica a ello; ambos ejemplos recogen derechos producto del desarrollo social y tecnológico o la Constitución Europea en la que se reconoce la integridad personal desde la perspectiva de los cambios en la medicina y nuevas tecnologías.

Sin embargo, los procesos de reforma constitucional o, si se quiere, de adopción de una nueva Constitución no se concretan de un momento para el otro, sino que requieren seguir los procesos que la propia carta magna determina, el debate sobre la propuesta y llegar a un consenso entre todas las fuerzas políticas, por lo que este proceso podría (i) demorar excesivamente, agotando los esfuerzos del Legislativo al enfocarse únicamente en la reforma o en la Constituyente y (ii) resultar irrelevante cuando finalmente se pudiera llegar a consenso, debido a que precisamente la cuarta revolución industrial significa el cambio constante, por lo que el desarrollo de una tecnología más moderna ocasionaría que nuevamente se tenga que modificar o adoptar una nueva Constitución, volviendo este proceso un círculo vicioso constitucional y dejando nuevamente a la persona sin una tutela clara de sus derechos.

Respecto al segundo enfoque, se sostiene que a través de la cláusula de *numerus apertus* que suelen tener las Constituciones y tratados se podría extender el reconocimiento a derechos o medios que expresamente no estaban contemplados en el texto.

La idea fundamental en todos los sistemas, es que cuando la Constitución no contiene previsiones expresas para dar respuesta a una nueva exigencia o necesidad humana, acaba imponiéndose el reconocimiento de un “nuevo derecho” constitucional, bien mediante la reforma, bien a través de la creación jurisprudencial. Quizá esta última vía es habitualmente más utilizada por la necesidad de mantener cierta estabilidad en el texto constitucional (...) prácticamente cualquier Constitución contiene algún precepto que pueda servir de fundamento a los derechos “no escritos” (...) (Díaz, F. 2009, pág. 51-52)

Es así que el mencionado autor resalta que la esta labor se debe hacer en cada caso en concreto, se puede partir de la fórmula de lista abierta- o de números *apertus*- cuando se reconoce el catálogo de derechos fundamentales, como ocurre en el caso peruano con el artículo 3 de la Constitución vigente o si la redacción del derecho deja abierta otras formas de ejercicio. Así también propone que cuando las Constituciones

hagan un reconocimiento genérico de los valores que la fundamentan y que, teniéndolos como base, podrían generar el reconocimiento de los otros derechos o formas en que estos se manifiesten.

Esta sería la segunda forma en que el Derecho Constitucional podría tutelar el ejercicio de derechos fundamentales en internet, toda vez que no se encuentran expresamente reconocidos en los tratados internacionales o Constituciones, pero definitivamente en la actualidad constituyen un importante espacio para el ejercicio de estos derechos.

c. Los tradicionales principios constitucionales como fundamento de los “nuevos” derechos fundamentales

Finalmente, desde esta tercera postura se plantea que los valores constitucionales que son la base del actual Derecho Constitucional, como el reconocimiento de la dignidad, la igualdad, la libertad, se pueden adecuar al medio para así brindar tutela al ejercicio de los derechos fundamentales a pesar de que no exista un reconocimiento expreso del derecho o del medio a través del que se ejerce.

Por último, luego de sentar las bases anteriores, cabe preguntarse específicamente cuál podría ser el fundamento para que se reconozca el ejercicio de este derecho en internet, teniendo en cuenta el análisis anterior.

En el caso en particular de la libertad de expresión ejercida en diferentes medios a los reconocidos tradicional o expresamente, Díaz, F. (2009) plantea que se puede hablar de un “derecho general de libertad” que podría comprender todas aquellas manifestaciones de la libertad de actuar, en el sentido general y amplio. Partiendo de esa regla general de libertad que se recoge en Constituciones como la nuestra: “lo que no está prohibido, está permitido” y que, si la Constitución reconoce de forma amplia la libertad, se pueden fundamentar que existan derechos no reconocidos expresamente o manifestaciones de derechos que no hayan sido escritas expresamente en la Constitución, pero que sean parte de la cláusula general de

libertad o que puedan responder a cambios en la sociedad que ameriten su reconocimiento, como sucede en la interpretación evolutiva, por ejemplo.

Esto amparándose en que la libertad es un principio esencial del Estado Constitucional de Derecho y comprende como fórmula general la libertad de desplazarse, la libertad de desarrollar la personalidad, los proyectos de vida, la libertad de elegir, la libertad de expresarse, entonces no se buscaría crear un nuevo derecho que específicamente sea reconocido en la Constitución como diferente al reconocido actualmente, sino admitir que internet, por ejemplo, es uno de los medios que ampliamente se contemplan en nuestra redacción constitucional.

Sobre estas posturas, la autora considera que ante la falta de reconocimiento expreso que habilite el ejercicio de derechos fundamentales en internet en la mayoría de Constituciones así como en la peruana este se podría fundamentar en la cláusula abierta que contiene el artículo 3 que reconocer a los derechos fundamentales implícitos, asimismo, cuando se revisa la redacción de derechos específicos y los medios en los que se señala que serán ejercidos se observa que no tienen una redacción cerrada. Por otro lado, también se pueden interpretar las disposiciones actuales para dar contenido a esta ausencia de desarrollo normativo, a fin de tutelar el ejercicio de sus derechos *online*.

## **CAPÍTULO IV ESTÁNDARES PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO**

Como se hacía referencia en el marco teórico, el derecho a la libertad de expresión a través de medios tradicionales como la televisión, el periódico o la radio tienen una línea más clara para tutelar su ejercicio y, en caso de que se vulneren, se cuenta con las herramientas legales para poder reparar la situación. Asimismo, que protege la búsqueda de información y la difusión de ideas, opiniones, expresiones de diversa índole a través de todos los medios que existan, que tiene un alto grado de vinculación con el derecho a la libertad de información, que garantiza también el derecho de reunión y de manifestarse, asimismo, que suele tener conflictos con derechos como la privacidad y que en el caso de funcionarios públicos, estos tiene reducido el espectro de protección de su derecho a la vida privada por el cargo que desempeñan y están sometidos a un mayor grado de escrutinio de la opinión pública.

Así también que hay discursos que no son protegidos a través de este derecho, toda vez que exceden el contenido esencial del derecho como el insulto, el discurso de odio, la incitación a la violencia, a la guerra; pero ello no significa que solo se deban permitir que las ideas que nos parecen agradables o favorables para nosotros sean las que debemos tolerar, sino incluso aquéllas que chocan, son desagradables toda vez que contribuye al debate democrático, que es una de las finalidades esenciales para proteger este derecho, toda vez que mientras más personas puedan expresar sus opiniones la democracia se fortalecerá.

Por ello también tiene sentido si analizamos los dos grandes modelos que existen en torno a este derecho: por un lado, el modelo americano, que permite una especie de “mercado de ideas”, una libertad positiva, por lo que no existe la censura previa y existe una tolerancia bastante amplia a las expresiones, por otro lado, el modelo europeo, en el que por el contexto histórico de la segunda guerra mundial hay una serie de discursos no protegidos, desde una perspectiva negativa.

En el SIDH, al que pertenecemos como Estado la regla es la responsabilidad ulterior- típicamente a través del derecho penal, pero existen otros ejemplos como el laboral sobre el que se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos- y la censura es la excepción, solo en el caso de proteger los derechos de la infancia. Entonces el modelo de responsabilidad ulterior, posterior a que se expresen a través de este derecho, es el que rige y para poder analizar si una medida cumple con las exigencias del artículo 13.2 de la CADH existe un test tripartito, en el que se analizará la legalidad de la medida, la finalidad que persigue y si era proporcional y necesario para el debate democrático en la sociedad. Con esto último se reafirma la idea de que esta libertad no es ilimitada, pues perfectamente se puede restringir en función a los derechos de los demás y cuando se trate de temas de seguridad nacional, salud, orden o moral pública, según la CADH.

Como se podrá advertir, no resulta una tarea sencilla poder determinar su contenido en todos los casos y cuando su ejercicio entre en conflicto con el ejercicio de otros derechos, las autoridades judiciales deberán tener mucho cuidado al momento de resolver la situación, para ello se suele recurrir al análisis bajo el test de proporcionalidad, en el que se tendrá que medir primero si la medida adoptada es idónea para la finalidad que se pretende, luego hacer un análisis entre todos los medios existentes para determinar que el que se adoptó en el caso en concreto era el necesario y, finalmente, si es que, bajo un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la satisfacción del derecho a la libertad de expresión fue mayor que la afectación en el derecho que se alegue producto de la medida adoptada.

Todo esto ha sido tomado por el Tribunal Constitucional peruano en la construcción de la jurisprudencia constitucional. Sobre el particular, es pertinente mencionar que una pauta de interpretación de nuestra Constitución es recurrir a los Tratados en materia de Derechos Humanos, de acuerdo a lo señalado por la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente en Perú, así como también que el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano señala expresamente que el contenido y alcance de los derechos protegidos por los procesos constitucionales se deben interpretar además a la luz de la jurisprudencia y

decisiones de los órganos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los que nos encontramos vinculados.

Sin embargo, se considera que el reto del Derecho Constitucional moderno es poder tutelar los derechos de las personas ante los impactos de la tecnología, tal como se desarrolló en el capítulo anterior; por lo que en este capítulo se pretende identificar la línea principalmente jurisprudencial que existe en el Derecho Comparado y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que han dado respuesta a las situaciones que se generan cuando este derecho se ejerce en el ámbito de internet, toda vez que la pregunta que surge es si el estándar mencionado al inicio de este capítulo se puede aplicar directamente cuando se ejerza en internet o, si por el contrario, se deberán adecuar a la naturaleza de este medio a fin de poder dar una tutela oportuna a los problemas que se generan. Esto a fin de poder analizar lo que ha ocurrido en Perú y cuál ha sido la respuesta de nuestro órgano constitucional y cuál podría ser la respuesta

Por ello, en este capítulo se resaltarán las principales respuestas que han dado los distintos órganos tanto constitucionales como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

#### 4.1 En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Es importante detallar cuál ha sido la respuesta y desarrollo por parte de los órganos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que surge a raíz de la necesidad de tutelar a través de órganos supranacionales los derechos de los individuos cuando no encontraran tutela nacional. No por ello se debe creer que se trata de un sistema de cuarta instancia o de apelaciones, toda vez que lo orientan los principios de complementariedad y subsidiariedad, el primero de ellos significa que las normas nacionales se podrán enriquecer a partir de las internacionales y viceversa, siempre que esto permita una mayor tutela de los derechos esenciales de los individuos. En cuanto a la subsidiariedad, esta significa que primero se deba acudir a los sistemas nacionales y únicamente en caso de que estos fallaran, se puede acudir a los órganos del DIDH.

Los tratados internacionales en materia del DIDH contienen obligaciones generales y específicas a las que los Estados se comprometen y en caso de incumplimiento deberán reparar. Para poder generar un sistema adecuado de protección estos órganos se dividen por el territorio en el que se encuentran y por el alcance de su mandato; es así que existe un Sistema Universal y diversos sistemas regionales, entre los que destacan el europeo y el interamericano, como se verá a continuación.

En primer lugar, el sistema de Naciones Unidas nació al concluir la segunda guerra mundial y cuando los Estados adoptaron la decisión de crear un sistema que reemplace al anterior, la Sociedad de Naciones, cuyo fracaso fue demostrado por el surgimiento de la segunda guerra mundial. Es así que se convocó a un panel de expertos que permitiera la negociación entre los Estados para el contenido de la Declaración, por ello el 10 de diciembre de 1948 se promulgó este documento internacional que vincula a todos los Estados que firmen la Carta de las Naciones Unidas para el respeto de Derechos Humanos en su jurisdicción. En la doctrina se suele discutir sobre el valor como fuente del Derecho Internacional de este documento al ser una Declaración; sin embargo, por tradición jurídica internacional este ha servido como base para delimitar las obligaciones en materia de Derechos Humanos de todos los Estados Parte.

Sin perjuicio de ello, en 1966 fueron emitidos el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, "PIDCP") y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, "PIDESC") que complementan con obligaciones internacionales propiamente la Declaración Universal; en conjunto son reconocidos como la Carta Internacional de Derechos Humanos, dado que dan la fuerza vinculante a los derechos establecidos en la Declaración a través de los pactos que específicamente regulan sobre los derechos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales, según corresponda, de acuerdo al tratado. Por ello, el Sistema de Naciones Unidas tiene diversos órganos que permiten el funcionamiento mundial, algunos de estos órganos han tenido un papel determinante para empezar a delimitar el ejercicio de este derecho en internet.

En cuanto al Sistema Europeo de Derechos Humanos, como se adelantaba al inicio, sus decisiones tienen impacto para aquéllos Estados que decidan ser parte y que estén geográficamente unidos. Contrario a lo que se podría pensar, no pertenece a la Unión Europea, sino que pertenece al Consejo de Europa; el órgano que toma las decisiones de la UE es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin duda esto justifica el nacimiento de lo que en doctrina se conoce como constitucionalismo multinivel, del que se habla constantemente en Europa, debido a que los Estados están sometidos a diferentes niveles de compromiso para la tutela de derechos y deberán interpretarlos a la luz de todo aquello a lo que se hayan comprometido.

En ese sentido, para pertenecer al Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos (en adelante, "SEDH") es necesario que los Estados parte del Consejo de Europa ratifiquen el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado el 4 de noviembre de 1950 y, facultativamente, sus Protocolos adicionales. Actualmente son 47 Estados los que lo han ratificado y por tanto han aceptado adecuarse al estándar de protección de Derechos Humanos europeo, cuyo órgano jurisdiccional es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH"), que es el más antiguo de los regionales para la protección de Derechos Humanos y tiene una serie de características que lo distinguen del Interamericano.

Es un Tribunal permanente, por lo que funciona en base a Salas y la Gran Sala, que conoce casos bajo una especie de *certiorari*, debido a que decide si conocerá o no aquéllos que sean sometidos ante ella y determinará si el impacto de su decisión será relevante para los demás países. Asimismo, dentro del Consejo de Europa, el Consejo de Ministros se encarga de dar seguimiento para lograr el cumplimiento de las sentencias emitidas por el Tribunal y este rinde cuenta al Consejo. Por la antigüedad del órgano, sus decisiones han servido para orientar los pronunciamientos de los demás sistemas regionales al inicio de sus funciones y actualmente su jurisprudencia ha analizado temas que no han sido analizados por el Interamericano, debido al contexto y realidad de los países integrantes de cada uno.

Finalmente, en lo que concierne al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, este tiene dos órganos que son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; a diferencia del SEDH este sí pertenece a la Organización de los Estados Americanos; cabe mencionar que ambos órganos son independientes y no están supeditados por la opinión del otro.

La CIDH tiene diversas competencias como las visitas *in loco* a lugares de la región en donde existan violaciones a los derechos, también emite informes por país sobre el cumplimiento, incumplimiento e implementación de las obligaciones internacionales de los Estados de la Región en las diversas áreas. Asimismo, emite informes anuales en donde reporta la labor que ha realizado en el año, así como temáticos, cuando lo considera necesario. Para su correcto funcionamiento tiene grupos especiales de trabajo y relatoría, entre las que se encuentra la RELE como se mencionó *supra*, puede emitir medidas cautelares que ante situaciones de gravedad, urgencia y presunto daño irreparable pueda asegurar el efecto útil de la posible sentencia de un caso en proceso. En cuanto a su labor cuasi jurisdiccional recibe todas las peticiones individuales en las que se alegue el incumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados y, luego de las etapas procesales respectivas, de considerar que se cumplen con todos los requisitos para ello, puede presentar el caso ante la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. Asimismo, es una parte procesal ante la Corte ya que presenta el caso y acude a las audiencias y presenta escritos cuando el caso está siendo analizado por el Tribunal Interamericano.

En cuanto a la Corte sí tiene naturaleza jurisdiccional, aunque no tiene carácter permanente, como ocurre en el SEDH, por lo que los 7 jueces y juezas sesionan en la sede de la Corte en San José de Costa Rica en periodos ordinarios y extraordinarios, para conocer los casos sometidos ante su jurisdicción por la CIDH así como evalúan el otorgamiento de medidas provisionales, de opiniones consultivas y dan seguimiento al cumplimiento de las sentencias que tienen carácter vinculante para los Estados por el principio *pacta sunt servanda*. La Corte tiene a su cargo la interpretación de la CADH y demás instrumentos del SIDH ratificados por los Estados a través de sus

competencias jurisdiccional y consultiva, por lo que desarrolla las obligaciones internacionales de los Estados a partir de la CADH, interpretándola no solo literalmente, sino también de acuerdo al objeto y fin, sistemáticamente y haciendo una interpretación evolutiva en tanto algunos derechos no fueron reconocidos por la CADH en el momento en que se emitió pero pueden ser interpretados a la luz de los cambios en la sociedad a fin de tutelar los derechos de los individuos en la Región.

Luego de esta introducción sobre la especialidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus órganos a continuación se presentarán los principales pronunciamientos que ha tenido cada uno de ellos para ayudar a delimitar el derecho a la libertad de expresión en internet.

a. En el Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos

Dentro de este sistema, en primer lugar, nos debemos referir al artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, “ONU”) reconoce que comprende las libertades de “investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Este derecho es también desarrollado por el BPIDCP en su 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 públicas.

Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos ha afirmado que a la luz de este reconocimiento en los tratados mencionados el derecho a la libertad de expresión “constituye uno de los pilares esenciales de toda sociedad democrática, así como una de las condiciones básicas para su progreso y desarrollo” (A/HRC/RES/21/12)

En cuanto al ejercicio específico de este derecho en internet, en el 2011, mediante la Resolución A/HRC/17/27, el Relator Especial para la libertad de expresión de Naciones Unidas presentó su informe sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión en el que identificó una serie de situaciones que ocurren cuando este derecho es ejercido en internet y que son importantes de resaltar.

En la referida Resolución, consideró que “Internet es uno de los instrumentos más poderosos del siglo XXI para exigir más transparencia en la conducta a quienes ejercen el poder, acceder a información y facilitar la participación ciudadana activa en la forja de sociedades democráticas.” (A/HRC/17/27). Puso el ejemplo de los países de la región de Oriente Medio y África Septentrional quienes a través de internet se habían movilizado para exigir por la igualdad, sus derechos, justicia y rendición de cuentas. Para ello resulta indispensable el acceso a internet, que abarca dos esferas: el acceso al contenido que está en línea sin ningún tipo de restricciones y que se tenga la infraestructura necesaria para acceder a internet.

Sobre la presencia de Internet, como medio para el ejercicio de la libertad de expresión, consideró que “pocas apariciones de nuevas tecnologías de la información, por no decir ninguna, han tenido un efecto tan revolucionario como la creación de Internet.” Comparándolo con los medios que tradicionalmente se habían empleado, pero resaltando que internet tiene la característica de ser interactivo, por lo que las posibilidades que ofrece son mayores, permitiendo que las personas que usan internet dejen su lado pasivo en las comunicaciones a gran escala, sino que se conviertan en generadores de contenido. Así también sobre los artículos 19 de los tratados antes

mencionados antes señalados, el Relator destacó que contienen una cláusula abierta al mencionar “o por cualquier otro procedimiento de su elección”, por lo que es perfectamente aplicable esta tutela a lo que ocurre en internet.

Asimismo, afirmó algo que resulta muy relevante para esta investigación, al entender que para el caso de internet “el Relator Especial pone de manifiesto que las normas internacionales vigentes en materia de derechos humanos, en particular el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siguen siendo pertinentes para determinar los tipos de restricción que infringen las obligaciones de los Estados de garantizar el derecho a la libertad de expresión.” (A/HRC/17/27, párr. 23) Es decir, debe cumplir con estar previsto en la ley, debe servir para proteger los derechos de los demás o estar relacionado con la salud, seguridad y orden público y debe ser necesaria en el ámbito democrático y proporcional. Resalta que se pueden ser legítimamente restringidos:

- La pornografía infantil
- La incitación verbal al odio
- La difamación
- La incitación directa al genocidio
- La incitación a la violencia, hostilidad y discriminación, sea por raza, religión, nacionalidad

Esta no es una lista cerrada y el Relator pidió prestar especial atención a los Estados, debido a que reportó que suelen utilizar estas excusas sin fundamento para censurar contenido, siendo esta la excepción y no la regla; toda vez que inhibe la expresión y opiniones.

Además, el Relator recalcó sobre que los rasgos que caracterizan a internet deben ser tomados en cuenta cuando se establezcan restricciones a este derecho, toda vez que aquéllos que se empleaban para los medios tradicionales no resultarían legítimos ni proporcionales cuando se ejerzan en internet.

En cuanto a la primera esfera del acceso a internet que se mencionaba, el Relator informó con preocupación sobre el bloqueo o filtrado de contenido ya que los mecanismos que se empleaban eran cada vez más sofisticados y avanzados, poniendo ejemplos como los de China en donde si se buscan las palabras “derechos humanos” o “democracia” el resultado no aparece. Este punto ha generado interesantes reflexiones sobre las nuevas formas en que la democracia se debe garantizar, pues las personas al no tener acceso a determinada información tienen direccionado su pensamiento al de la persona que esté en el poder y no pueden ejercer una real participación y ejercicio de derechos como el de la libertad de expresión, para llegar a esta conclusión el Relator analiza bajo el test tripartito la restricción y concluye que sería ilegal.

De igual manera, considera que el bloqueo total para el acceso a internet, por parte de los Estados viola sus obligaciones internacionales, sin importar la justificación, toda vez que impediría el total acceso del usuario a la información que públicamente existe para los demás, violando el artículo 19 del PIDCP.

Por otro lado, reportó que “el silenciamiento físico de las críticas o disensiones mediante detenciones y reclusiones arbitrarias, desapariciones forzadas, acosos e intimidaciones es un fenómeno antiguo que también se aplica a los usuarios de Internet” (párr. 33) resaltó que al existir legislación penal que sanciona expresiones que son emitidas en ejercicio legítimo de su derecho en internet se contravienen las obligaciones internacionales respecto a su deber de adecuar la normativa interna, más aún cuando los Estados pretenden justificarse en seguridad nacional, proteger derechos de otra persona, terrorismo, entre otros, pero se ha reportado que suelen aprovechar estas restricciones tipificadas para censurar contenido desagradable para quienes están en el gobierno y poder. Resaltando que este derecho abarca “la expresión de pareceres y opiniones que ofenden, escandalizan o perturban” (párr. 37)

El Relator sugirió que se despenalice la difamación y que para tipificar cualquiera de los supuestos de sanción penal antes mencionados se debería demostrar que: “a) la expresión tiene por objetivo instigar a la violencia inmediata; b) es probable que

instigue a ese tipo de violencia; y c) existe una relación directa e inmediata entre la expresión y la posibilidad de que se produzca ese tipo de violencia” (párr. 36).

En cuanto a los intermediarios de la información, entiéndase aquéllas empresas que ofrecen plataformas que alojan contenido en internet como blogger, Facebook, el Relator considera que estos tienen responsabilidad sobre la información que alojan y también que cumplen un rol fundamental para el ejercicio de la libertad de expresión, así como de acceder a la información, por ello los Estados a través de sus legislaciones buscan regular sus actividades. Especialmente se refirió a que es necesario que un órgano judicial le ordena a uno de los intermediarios eliminar la información que aloja, toda vez que el Estado no podría ordenar el bloqueo o que se elimine un contenido directamente, sino que deberá ser producto de un procedimiento judicial para que se analicen los principios de libertad de expresión y los que atañen a los otros derechos.

En cuanto a los ciberataques, el Relator manifestó que las páginas web que suelen sufrir este tipo de ataques son aquéllas relacionadas a derechos humanos, libertad de expresión y que opinan diferente a las personas que se encuentran en el poder, por lo que instó a los Estados a adoptar legislación preventiva, sancionadora y reparadora cuando ocurran estos hechos que buscan intimidar.

Finalmente, en cuanto a la protección de la intimidad y los datos personales, el Relator resaltó que a pesar de que el anonimato sea un principio de internet, algunos Estados y empresas pueden acceder a esta información a través de determinadas tecnologías y resaltó que eso es una violación al derecho a la intimidad, dentro del que se encuentra la protección de los datos personales, por lo que el Estado está obligado a adoptar legislación que preserve estos derechos. Si el anonimato es la regla los Estados solo excepcionalmente y siguiendo el test tripartito podrían registrar y almacenar los datos de los usuarios, de lo contrario también violarían sus derechos.

Respecto al otro sentido de acceso, respecto a la infraestructura, el Relator considera que el acceso universal a internet debe ser una meta que guíe a los Estados a fin de que sea “disponible, accesible y asequible” siguiendo el estándar que existe para salud y educación en Naciones Unidas, por poner un ejemplo. Ello con la finalidad

de reducir la brecha de la tecnología, permitiendo que todas las personas y especialmente, aquéllas en situación de vulnerabilidad, puedan acceder en igual condición a internet. Por lo que la alfabetización digital debe ser una prioridad estatal.

Luego de este informe, algunos de los órganos de Naciones Unidas emitieron una serie de pronunciamientos que a continuación se mencionarán, con la finalidad de poder relatar el camino que ha conducido a la emisión del más reciente del año 2016:

- Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 12/16, de 2 de octubre de 2009, sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión y 23/2, de 13 de junio de 2013, sobre la contribución de la libertad de opinión y de expresión al empoderamiento de la mujer.

En estas resoluciones, el Consejo de Derechos Humanos reconoció que “la importancia de los medios de comunicación en todas sus formas, (...) e Internet, en el ejercicio, la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”, asimismo, “Teniendo en cuenta que en el párrafo 3 del artículo 19 del (...) se abstengan de imponer restricciones que no sean compatibles con esa disposición, en particular sobre: (...) El acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones, como (...) Internet, y la utilización de tales tecnologías (Res. 12/16, párr. 5).

“Faciliten la participación, el acceso y la utilización en pie de igualdad con respecto a las tecnologías de la información y las comunicaciones, como Internet, aplicando una perspectiva de género, y alienten la cooperación internacional encaminada al desarrollo de los medios de comunicación y los servicios de información y comunicación en todos los países” (Res. 23/2, párr. 3).

Como se aprecia en ambas resoluciones el Consejo resaltó el rol que tienen las nuevas tecnologías para el ejercicio de la libertad de expresión y el particular impacto en los derechos de las poblaciones vulnerables, por lo que las medidas restrictivas no pueden ser incompatibles con el marco del DIDH.

- Resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 20/8, de 5 de julio de 2012, y 26/13, de 26 de junio de 2014, sobre la promoción, la protección y el disfrute de

los derechos humanos en Internet, en las que reafirmó que “los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión, que es aplicable sin consideración de fronteras y por cualquier procedimiento que se elija, de conformidad con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (párr. 1)

- Resolución de la Asamblea General 68/167, de 18 de diciembre de 2013, en la que resaltó que “los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, incluido el derecho a la privacidad”, la vigilancia y la interceptación ilícitas o arbitrarias de las comunicaciones, así como la recopilación ilícita o arbitraria de datos personales, al constituir actos de intrusión grave, violan los derechos a la privacidad y a la libertad de expresión y pueden ser contrarios a /los preceptos de una sociedad democrática” (Res. 68/197, párr. 1-3)
- Resolución 69/166, de 18 de diciembre de 2014, sobre el derecho a la privacidad en la era digital, en la que “reconoce la naturaleza global y abierta de Internet y el rápido avance de las tecnologías de la información y las comunicaciones como fuerza impulsora de la aceleración de los progresos hacia el desarrollo en sus distintas formas (párr. 2)
- Resolución 70/184, de 22 de diciembre de 2015, sobre las tecnologías de la información y las comunicaciones para el desarrollo, en la que “reconoce la necesidad de aprovechar el potencial de las tecnologías de la información y las comunicaciones como vector clave del desarrollo sostenible y de superar la brecha digital, y destaca que en la consecución de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo<sup>10</sup> deberá tenerse debidamente en cuenta el desarrollo de la capacidad para el uso productivo de esas tecnologías” (párr. 11)
- Resolución 70/125, de 16 de diciembre de 2015, que recoge el documento final de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el examen general de la aplicación de los resultados de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la

Información. Entre las conclusiones de la Cumbre menciona que “que las tecnologías de la información y las comunicaciones han demostrado su potencial para fortalecer el ejercicio de los derechos humanos, facilitando el acceso a la información, la libertad de expresión y la libertad de reunión y asociación.” (párr. 42) y que el derecho a la libertad de expresión “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 expresión.” (párr. 45)

Como se puede apreciar, los órganos de Naciones Unidas se han pronunciado acerca de la naturaleza de la libertad de expresión cuando es ejercida en internet, asimismo, ha ido evolucionando el reconocimiento expreso para el ejercicio de los derechos humanos en este medio y que a pesar de no estar expresamente mencionado dentro de los medios del artículo 19, se considera a internet un medio a través del cual se puede ejercer legítimamente este derecho. También se ha resaltado la necesidad de evitar el bloqueo al acceso a este derecho respecto a poblaciones especialmente vulnerables y que este medio puede permitir alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible al 2030.

El Consejo de Derechos Humanos, producto del análisis anterior en las resoluciones mencionadas, emitió la Resolución A/HRC/32/L.20 el 27 de junio de 2016, en la que se abordó específicamente la “promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. Mediante esta Resolución el Consejo afirmó que “los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión, que es aplicable sin consideración de fronteras y por cualquier procedimiento que se elija, de conformidad con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (ONU, párr. 1). Ello es muy importante debido a que es la primera vez que el órgano de Naciones Unidas hizo suya esta afirmación, extendiendo las obligaciones internacionales de los Estados parte de la ONU respecto de los derechos humanos a cuando estos sea ejercidos en internet.

Asimismo, caracterizó a internet como mundial y abierta, por lo que permitirá que el desarrollo humano se acelere permitiendo alcanzar los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible; entendió también que es necesaria la cooperación internacional entre los Estados para un desarrollo global conjunto. Asimismo, puso énfasis en la alfabetización digital y acceso a internet con enfoque de derechos humanos, toda vez que de esta forma se podría generar que más personas accedan a la educación a través de los medios digitales, particularmente para las poblaciones particularmente vulnerables como el empoderamiento de las mujeres y niñas y el acceso para personas con discapacidad.

Para lograr ello, considera que los Estados deben garantizar la seguridad en internet para asegurar el ejercicio de derechos como la libertad de expresión, la libertad de asociación, la privacidad y otros derechos humanos en Internet, para cumplir con sus compromisos internacionales en la materia. Por ello, rechazó todo tipo de violencia, detenciones e intimidación contra personas en ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales, para lo que considera que los Estados deben adoptar medidas efectivas para prevenir y sancionar. En cuanto al bloqueo u obstaculización para acceder a internet exhortó a los Estados para que se abstengan de tomar estas medidas, por el contrario, instó a que se lleven a cabo procesos de acceso universal a internet, lo que también implica el deber de luchas contra el discurso no protegido como la incitación al odio, violencia, discriminación en internet.

Como puede apreciarse a nivel de Naciones Unidas, estos informes han marcado la tutela de la libertad de expresión cuando es ejercida en internet resaltando los principales problemas que se presentan y que evolucionan a medida que lo hace la tecnología.

b. En el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos

Al respecto, Alicia Sigüenza Flórez (2016) que pertenece al *Legal Counsel* de Google Spain, desarrolló sobre la protección de este derecho aplicable a Europa:

La libertad de expresión también se reconoce en la Declaración Universal de Derechos Humanos cuyos principios, pese a haber sido adoptada hace más de sesenta años, siguen hoy más vigentes que nunca. Prueba de ello es que en los últimos tiempos se ha venido reconociendo la existencia de un derecho a la libertad de expresión en internet, a la “libertad de conexión”. De este modo, la libertad de expresión no sólo cabría aplicarla a los medios de comunicación tradicionales sino también a Internet y, en general, a cualquier tipo de plataforma de comunicación que contribuya al desarrollo y al diálogo. Esta visión es compartida por la Organización de Naciones Unidas, que en 2012 reconoció de forma expresa la existencia de un derecho a la libertad de expresión en internet. Asimismo, el Consejo de la Unión Europea ha declarado en sus Directrices sobre los Derechos Humanos a la Libertad de expresión *online* y *offline*, de 12 de mayo de 2014, que cualquier restricción a estos derechos “debe demostrarse como necesaria y como el medio menos restrictivo de acuerdo con el supuesto objetivo (principio de necesidad y proporcionalidad)”. De esta forma, se reconoce que Internet encierra un importante potencial para el desarrollo en tanto suministra un volumen sin precedentes de recursos para la información y el conocimiento y abre nuevas oportunidades de expresión y participación.

La existencia de un derecho a la libertad de expresión a través de internet también ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, en la sentencia dictada en el caso *Satakunnan Markkinapörsse y Satamedia*, en la que se reconoce que este derecho no se limita a los medios tradicionales, tales como los periódicos o la radio, y se refiere expresamente a Internet como un medio posible de comunicación. (Sigüenza, A. 2016 pág. 58-59)

Cabe mencionar que el derecho a la libertad de expresión se encuentra reconocido en el Convenio Europeo de la siguiente forma:

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.

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 reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. (artículo 10, párr. 1-2)

Como se puede observar, tiene una fórmula abierta para la protección de este derecho cuando sea ejercido en medios diferentes a los mencionados, asimismo, permite procesos previos de autorización para la difusión de contenido, lo que no ocurre en nuestro sistema como se verá en el siguiente apartado. Los estados europeos decidieron dar un énfasis mayor a la finalidad democrática que debe perseguir la medida que restrinja el derecho, afirmando su carácter limitado.

En base a este artículo el Tribunal Europeo de Derechos, a través del desarrollo de su jurisprudencia ha elaborado una marcada línea jurisprudencial sobre el ejercicio de la libertad de expresión a través de los medios tradicionales mencionados, pero también ha empezado a analizar las obligaciones internacionales de los Estados parte respecto al impacto de las nuevas tecnologías en el ejercicio o restricción de los derechos garantizados bajo el marco de tutela que tiene. Destacaremos los siguientes casos relevancia para este trabajo de investigación.

En 2011, en el caso del Comité Editorial Pravoye Delo y Shtekel vs. Ukraine, el Tribunal Europeo por primera vez reconoció que de acuerdo a las obligaciones internacionales de los Estados parte del Convenio Europeo contenidas en su artículo 10, tenían el deber de crear marcos regulatorios para asegurar “la efectiva protección del derecho a la libertad de expresión en internet de periodistas”. (párr. 64).

En el Caso Cenzig y otros contra Turquía (2015): en este caso el TEDH tuvo que analizar si se violó el derecho a la libertad de expresión de dos abogados y profesores turcos especialistas en derechos humanos y libertad de expresión porque el gobierno de Turquía les había bloqueado el acceso a YouTube y a nivel interno no se le había dado un remedio adecuado. El bloqueo se había dado en mayo de 2008 a través de una orden judicial por detectar que 10 de los vídeos del canal insultaban la memoria de Atatürk, el primer presidente de Turquía, por lo que este contenido violaba la ley turca habilitando el bloqueo. Los demandantes alegaron violación a sus derechos y que se debía permitir que este contenido siguiera en línea pues contribuía con la diversidad de ideas y pluralismo en la sociedad; las autoridades judiciales confirmaron la legalidad del bloqueo. El Tribunal Europeo encontró violación al Convenio europeo toda vez que consideró que la medida había sido desproporcionada y que no tenía una justificación dentro de una sociedad democrática, toda vez que la sola existencia de una ley no garantiza que la restricción sea legítima, ya que esta ley deberá respetar también los parámetros del Convenio.

Para llegar a esa conclusión, el Tribunal afirmó sobre

Internet se ha convertido en uno de los principales medios a través de los que los individuos ejercitan su derecho a la libertad de recibir y difundir ideas e información, ofreciendo las herramientas esenciales para la participación en actividades y debates sobre temas de interés político y general (...) En ese sentido, sobre la importancia de los sitios de internet en el ejercicio de la libertad de expresión “especialmente su accesibilidad y capacidad para almacenar y permitir la difusión de una gran cantidad de información, internet juega un importante rol para el acceso público a las noticias y facilitando la

difusión de la información en general. Los usuarios difunden sus opiniones y expresiones a través de las plataformas de internet de una forma sin precedentes, facilitando el ejercicio de la libertad de expresión. (...) (traducción libre) (párr. 49-51)

Caso de Kabilis vs. Rusia: este es uno de los más recientes del TEDH sobre el tema, este caso se originó por la alegada violación al derecho de la libertad de expresión y de reunión, sin remedio adecuado a nivel interno, del señor Grigoriy Nikolayevich Kabilis debido a que en setiembre de 2015 este convocó un piquete frente al edificio de gobierno para protestar por la detención de miembros del Gobierno Komi que habían sido arrestados por ser sospechosos de pertenecer a un grupo criminal, el demandante convocó a esta manifestación a través de un post en su blog, en el que expresaba su desacuerdo con la medida adoptada por el gobierno, las autoridades le negaron el permiso para protestar, ante ello publicó en una red social rusa, VKontakte, convocando a discutir públicamente sobre estos hechos. Un día después de este post el administrador de la red bloqueó su cuenta por orden del Procurador general de la Federación Rusa que supervisa los servicios de comunicación, tecnologías de la información y medios, el Estado alegó que el lugar en el que querían protestar no estaba permitido por la ley y posteriormente bloquearon su blog post que invitaba a la protesta social. El TEDH determinó que se habían violado los derechos alegados.

El Tribunal reiteró que la libertad de expresión es fundamento esencial de las sociedades democráticas y condición básica para el desarrollo pleno de las personas (párr. 79). En cuanto a la importancia de internet el TEDH reiteró lo mencionado en el caso anterior, asimismo que toda restricción a este derecho debe ser “necesaria para asegurar una necesidad social”, según el artículo 10.2 del Convenio, si bien los Estados pueden tener un margen de apreciación para decidir lo que ocurre dentro de su jurisdicción el Tribunal debe verificar que la restricción sea compatible con la libertad de expresión. (párr. 82).

Por ello, cuando analizó si la orden de bloqueo del Procurador general respecto a un llamado a participar en un evento público de protesta, a través de una plataforma virtual, afectaba severamente el derecho a la libertad de expresión y no satisfacía la

alegada protección del orden público, toda vez que estos post no contenían ninguna incitación a la violencia, por tanto, no excedían el contenido del derecho.

Como se ha podido apreciar, en el marco del Sistema Europeo, su Tribunal ya ha podido analizar las obligaciones internacionales sobre los derechos fundamentales y la libertad de expresión cuando son ejercidos en internet, lo que será de mucha utilidad cuando el SIDH tenga la oportunidad procesal de pronunciarse sobre el estándar interamericano en esta materia. Sin duda el contenido y límites del derecho es el mismo que ha sido reconocido en los tratados internacionales, pero han tenido que adecuar su tutela tomando en cuenta el medio en el que se ejerce, toda vez que de lo contrario el análisis en base a las obligaciones internacionales quedaría limitado.

Finalmente, en el caso mencionado líneas arriba por Sigüenza caso Satakunnan Markkinapörssi y Satamediac de 2008, que fue resuelto en el marco del Tribunal de Justicia de la UE, se analizó la aplicación del Derecho comunitario para analizar el tratamiento de datos personales respecto a la recolección de estos datos por parte de la empresa Markkinapörssi que además publicaba extractos en un periódico regional, los datos tenían que ver con 1.200.000 personas físicas respecto a determinados temas fiscales en Finlandia; ante una serie de denuncias individuales un órgano estatal encargado de proteger los datos personales le ordena a otro que se dejara de recolectar y tratar estos datos, al tener dudas sobre el uso que se daba a los datos, por ello, un órgano jurisdiccional finlandés le planteó al Tribunal de Justicia el caso y preguntas relacionadas al tratamiento de datos personales y su tratamiento posterior, cuando sean difundidos a través de medios telefónicos.

Ante ello, la Gran Sala del Tribunal de Justicia considera que la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el tratamiento de los datos personales también recoge el uso que se le estaba dando por parte de las empresas y que estas se deben limitar a las finalidades relacionadas al carácter público de esta información, sin afectar otros derechos.

c. En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

En cuanto a la base para la tutela de la libertad de expresión, esta se encuentra en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la que se hizo referencia en el marco teórico. Es en base a este reconocimiento interamericano que los órganos del SIDH han podido construir el estándar para la protección de la libertad de expresión y que es precisamente lo que también está presente en la construcción del marco de garantía cuando este derecho es ejercido en internet. Recordemos que el referido artículo 13 reconoce el derecho de todas las personas “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”.

Como se señalaba anteriormente, esta cláusula no es taxativa respecto a los medios a través de los que se puede ejercer este derecho, así es como la Relatoría Especial lo ha interpretado, siguiendo además lo desarrollado por Naciones Unidas, para entender que las obligaciones internacionales para garantizar este derecho también se extienden en la esfera de internet. Como se señaló desde un inicio no existe hasta el momento ningún caso resuelto o sometido a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH en el que se alegue el incumplimiento de las obligaciones internacionales cuando los derechos humanos sean ejercidos en internet, a diferencia de lo que ha ocurrido en el SEDH; sin embargo, la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la CIDH desde el año 2013 ha empezado a construir el marco de tutela de este derecho ejercido en internet a través de diversos informes que a continuación se detallarán, para conocer el estándar interamericano en esta materia.

➤ **Informe temático “Libertad de Expresión e Internet”** (2013) en este documento la Relatoría Especial analiza el impacto que empezaba a tener internet en la Región, particularmente resaltando los casos en los que se empleaba el bloqueo o filtrado de información por parte de los Estados a fin de restringir el acceso a personas contrarias a la posición oficial del Estado para impedirles manifestar sus opiniones o difundir información. La Relatoría instó a los Estados a suprimir estas prácticas

contrarias a sus obligaciones internacionales en materia de libertad de expresión, toda vez que la regla en SIDH es que la censura es la excepción. Asimismo, analizó que se aplicaban regímenes de responsabilidades ulteriores para sancionar el ejercicio de la libertad de expresiones en internet, sin que se respetara el test tripartito, incumpliendo además el deber de motivación de los órganos judiciales.

La Relatoría resaltó que los principios orientadores de internet de acceso, pluralismo, no discriminación y privacidad deben ser garantizados por los Estados del SIDH a fin de asegurar que internet se convierta en un entorno seguro para el ejercicio de la libertad de expresión no solo de los individuos sino también de periodistas, que utilizan este medio para reportar situaciones que a veces no tienen cobertura en los medios tradicionales, debido a que estos requieren empresas de comunicación para difundir este mensaje, por ello internet ofrece el espacio sin precedente para el ejercicio pleno de la libertad de expresión, ya que brinda la oportunidad de no solo ser espectadores, sino creadores de contenido.

Enfatizó la necesidad de preservar el principio de neutralidad de internet, que significa que la información no sea orientada a determinado sector por la interferencia de las autoridades o empresas, para garantizar que todas las personas accedan a la misma información y puedan formar sus opiniones respecto a ella. En ese sentido, considera que los intermediarios de la comunicación tienen un deber con la información que se difunde a través de sus plataformas, toda vez que esta puede afectar los derechos de otras personas, por lo que pidió que los Estados construyan mecanismos que establezcan la posible responsabilidad de estas empresas cuando no tomen medidas respecto a estas situaciones.

Finalmente, en cuanto a la ciberseguridad, la privacidad y la vigilancia, la Relatoría especial recordó que una característica esencial de internet es el anonimato, por lo que las medidas regulatorias de los Estados que pretenda interferir para conocer y registrar la identidad de todos los usuarios, sin alguna justificación que sea acorde a las del 13.2 sería inconvencional y debería suprimirse. Asimismo, que los datos personales se encuentran garantizados por el artículo 11 de la CADH, en tanto pertenecen a la vida privada de cada individuo y los Estados deben abstenerse de recolectarlos sin el debido consentimiento informado. Llamó la atención también sobre

los mecanismos que se utilizan para realizar una vigilancia enfocada a grupos de especial para el Estado como periodistas activistas, defensores de derechos humanos, personas con posiciones críticas, debido a que estos sistemas violarían también las obligaciones internacionales de los Estados.

Cabe mencionar que este informe también se manifestó sobre la gobernanza de internet al entenderlo como “un medio de comunicación social especial y único, por medio del cual es posible el ejercicio abierto, plural y democrático del derecho a la libertad de expresión, su gobernanza es un asunto de particular relevancia.” (párr. 177), considerando que el modelo de las múltiples partes interesadas referido previamente podría ser el adecuado al permitir que las políticas de internet se construyan con todos los actores.

➤ **Informe temático “Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente” (2016):**

Tres años después la RELE emite este informe en el que analiza la experiencia de diversos países de la Región para poder reafirmar lo dicho en 2013 y aportar otros elementos de análisis relevantes para la Región. En primer lugar, reafirmó la necesidad de proteger los principios rectores mencionados en el primer informe, toda vez que resulta necesario garantizar una internet libre, abierta e incluyente pero complementándolos, de acuerdo al análisis que realizó en ese periodo, por lo que considera que estos serán: libertad y apertura, acceso, gobernanza multisectorial, igualdad y no discriminación.

Asimismo, resaltó que la naturaleza de este medio ha sido así desde su origen, lo que no significa que este medio no deba tener la participación de los Estados y su regulación, pero que en efecto se requiere la participación de todas las partes involucradas en el ecosistema de internet, a fin de lograr que la regulación no desnaturalice este medio; sobre este punto en particular la RELE hace un llamado especial a los Estados, toda vez que la sobre regulación puede tener efectos contrarios a la libertad de expresión.

Asimismo, se refirió al estándar de protección del Sistema Europeo y de Naciones Unidas para garantizar la libertad de expresión en este medio, considerando que estos se enfrentan a realidades diferentes a las de la región americana, por lo que se debe

tener cuidado al intentar aplicar directamente su regulación porque podría afectar las obligaciones internacionales de los Estados del SIDH. Uno de los ejemplos resaltantes sobre ello es lo ocurrido con el derecho al olvido, teniendo en cuenta el derecho a la protección de datos personales, debido a que en 2013 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió sobre el caso de Mario Costeja vs la Autoridad Española para la protección de datos personales; en este caso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que las personas tienen el derecho a que su información se elimine de los motores de búsqueda cuando sea irrelevante o desactualizada, por lo que le ordenó a Google España que eliminara el contenido que desagradaba al señor Costeja por referirse a un proceso de embargo que atravesó años atrás.

El peligro que resalta la Relatoría es que diversos países en la Región, entre ellos Perú, acogieron esta resolución y la aplicaron en sus legislaciones, sin tener claro, por ejemplo, el significado de “irrelevante” y “desactualizada” dentro del SIDH, por lo que se reportaron casos en los que se utilizaba ello como mecanismo de censura de contenido que no era agradable para el gobierno. En el caso peruano esta situación se dio en 2016 a través de la Resolución Directoral No. 045-2015-JUS/DGPDP, en la que la Dirección aplicó directamente el caso de Mario Costeja, sin tomar en cuenta el estándar interamericano y sin desarrollar qué se entiende por irrelevante y desactualizada para nuestro país.

Resaltó también en este informe que es necesario que los Estados tengan sistemas de transparencia y acceso a la información pública, a fin de que se pueda asegurar que cualquier persona sometida a la jurisdicción de los Estados pueda acceder a esta información y pedir rendición de cuentas a las autoridades. Se reportó que los Estados suelen tener procesos administrativos engorrosos que vuelven lento el proceso de acceso a la información pública, lo que a su vez impacta en la posibilidad de conocer esta información y opinar al respecto, en ejercicio de su derecho. Por lo que internet también puede ser el medio actual para que toda esta información sea puesta al alcance de las personas de forma sencilla y rápida, salvo las excepciones que establezca proporcionalmente la ley. Finalmente, recordó que los datos personales se encuentran protegidos por el derecho a la vida privada y que estos incluyen los datos sensibles como la huella digital, el tipo de sangre, información

genética, entre otras, por lo que los Estados deben asegurar que exista un correcto tratamiento y procesamiento de estos datos asegurando la privacidad, pero también la seguridad de estos medios de tratamiento y difusión.

➤ **Informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” (2019):** Recientemente, la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la CIDH ha emitido este informe, que en la sección “E” desarrolla “los Estados y las empresas en el ámbito de las tecnologías de información y comunicación”

En este informe, la REDESCA utiliza los pronunciamientos de la RELE para enfatizar el rol de los intermediarios de la información resaltando “Internet y diversos medios electrónicos o digitales de comunicación constituyen una plataforma para el ejercicio de derechos humanos, incluyendo derechos civiles y políticos, como también derechos económicos, sociales, culturales y ambientales” (párr. 267) resaltando que la RELE ha enfatizado que “los intermediarios o plataformas en línea deben adoptar mecanismos transparentes, accesibles y eficaces de denuncia para los casos de violencia en línea contra las mujeres, que tomen en cuenta las necesidades de las periodistas” (párr. 268)

Las afirmaciones anteriores se justifican en que, si bien las empresas no han firmado los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, sí tienen un deber con las personas que son usuarias de sus servicios, por ello es que se impulsa a nivel global la perspectiva de empresas y Derechos Humanos desde la que se entiende que estas no solo deben recibir los beneficios económicos sino que sus actividades tienen un impacto en la sociedad y por tanto pueden tomar acciones para impactar además positivamente en los derechos de las personas. En el caso de las empresas relacionadas a las TIC, su deber principalmente es de acuerdo a su rol como intermediarios de la información, debido a que toda plataforma aloja contenido y debe tener normas propias para que, en caso de que se afecten los derechos de las personas, se puedan tomar medidas adecuadas.

Ello no significa que todo lo que ocurra en sus plataformas será exclusivamente de su competencia, pero sí aquellas situaciones que se pueden prevenir o remediar en este medio, por ello es que las normas de autorregulación- las normas comunitarias de Facebook o Instagram, por poner algún ejemplo- permiten que si un contenido, perfil o usuario es denunciado, se puedan tomar medidas de acuerdo a la situación, estas medidas suelen ir desde el filtrado de contenido para dejar de verlo, el bloqueo de temporal hasta el bloqueo de IP permanente. Por ello, la Relatoría Especial para los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales se une al llamado de la RELE para que los Estados desarrollen sistemas de denuncia por parte de estas empresas ante situaciones que afecten gravemente los derechos de las personas, para que reciban también la tutela judicial de los Estados, quienes sí están obligados a garantizar los derechos en todos los medios.

Asimismo, hace un llamado para que no interfieran con la naturaleza abierta, libre y accesible de internet, teniendo en cuenta que también a través de este medio se pueden ejercer derechos como la educación y el trabajo, entre otros. Por ello, deben ser accesibles no solo en el sentido de contar con las estructuras necesarias, sino en cuanto al idioma y tener formatos accesibles “proveer acceso efectivo por diferentes sectores de la población, particularmente aquellos en situación más vulnerable como pueden ser condiciones de discapacidad, analfabetismo, género, ubicación geográfica, pertenencia a etnias o grupos minoritarios, o edad” (párr. 271). Todo ello permitirá que puedan ejercer su libertad de expresión y reducir la brecha digital.

Finalmente, la REDESCA considera que es necesario que las empresas sean consideradas en los procesos de desarrollo de las políticas que regule internet, debido a que podrán aportar mucho al proceso y permitiría que se impulse no solo el crecimiento económico, sino el desarrollo si se impulsa desde la perspectiva de los derechos humanos, lo que funcionaría para prevenir una serie de violaciones a los derechos fundamentales. Esta regulación, considera la REDESCA, debe tener además un enfoque de desarrollo sostenible, para que los tres actores- Estado, sociedad civil y empresas- puedan conseguir no solo la emisión de políticas públicas

y normas, sino que estas tengan un real efecto en contextos tan cambiantes como este producto de la tecnología.

Finalmente cabe mencionar que este informe, responde también a una necesidad en el Estado Peruano, toda vez que, en diciembre de 2018 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos anunció que el siguiente año se publicaría el Plan Nacional sobre empresas y Derechos Humanos, que podría contemplar también una sección sobre las TIC como en este informe de la REDESCA, y hasta el momento no se ha publicado.

#### 4.2 En el Derecho Constitucional Comparado

##### Libertad de expresión en redes sociales- Colombia

En esta sección, se analizará la más reciente sentencia de la Corte Constitucional de Colombia a través de la que determina el parámetro de tutela y análisis que puede guiar la labor judicial cuando se generen conflictos entre la libertad de expresión en redes sociales y otros derechos fundamentales, se considera que esta sentencia, por el método empleado para su generación y su contenido, resulta relevante para el análisis de este derecho en la región y nuestro país.

En ese sentido, La Corte Constitucional, a través de la Tutela 155/19 del cuatro de abril de 2018, ha determinado cuáles son los parámetros para la protección de la libertad de expresión cuando es ejercida a través de redes sociales. Los hechos del caso en mención se originan cuando Sigifredo Fonseca González, Subgerente de Servicios de Apoyo Diagnóstico de la E.S.E. Hospital Universitario de Santander, interpuso acción de tutela en contra de Jael Johana Castro León, toda vez que el 05 de febrero de 2018:

“compartió en su cuenta de Facebook una publicación en la que aparece la foto y el nombre del accionante, junto con el de otros directivos del Hospital Universitario de Santander, la cual tiene el siguiente encabezado: “EL CARTEL DE LA CORRUPCIÓN EN EL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER (HUS) // POR LA DIGNIDAD DE LA SALUD RENUNCIEN YA...”. Así mismo, después de exponer las fotos y los nombres de los mencionados funcionarios,

la publicación señala: “VERGÜENZA NACIONAL // TU Y YO SOMOS VICTIMAS DE LA CORRUPCIÓN PASALO A 10 CONTACTOS Y DEMOS A CONOCER A ESTOS CORRUPTOS // BASTA YA DE PERSECUCIÓN ACOSO LABORAL DESPILFARRO DEL DINERO DE LA SALUD”. (párr. 1.2)

Ante esta publicación el accionando presentó la acción de tutela el 08 de febrero de 2018 solicitando que se protejan sus derechos al buen nombre, a la intimidad y a la honra, pidiendo que la Corte ordene a la señora Castro que elimine la referida publicación y que postee una disculpa por esa publicación en su perfil. En primera instancia se acogió la solicitud del accionante y se ordenó lo que solicitaba, considerando que las acusaciones realizadas debían tener respaldo en información que se pudiera verificar, toda vez que se le acusaba de actos que podría generar la imputación de sanciones penales por el delito de corrupción, a pesar de que ella no fuera la creadora del contenido, sí lo había compartido.

La señora Castro impugnó la referida decisión y el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bucaramanga compartió el criterio de la primera y confirmó la sentencia.

El primer análisis que se considera relevante resaltar es que la Corte Constitucional en su análisis sobre su competencia para conocer el caso señala reconoce las normas comunitarias de Facebook como un mecanismo de denuncia del contenido en esta plataforma, validando el mecanismo de autorregulación para poder controlar el contenido en esta red social; sin embargo, como lo ocurrido no se enmarca en ninguno de los supuestos para denunciar el contenido en Facebook (de acuerdo a la propia plataforma estos son (i) lenguaje que incita al odio; (ii) violencia y contenido gráfico; (iii) desnudos y actividad sexual de adultos; (iv) servicios sexuales; y (v) contenido cruel e insensible) la Corte considera que ello genera que en este caso se genere una situación de indefensión que la faculta para conocer este caso.

Es interesante este primer análisis de la Corte, porque pareciera señalar que en caso de que las normas comunitarias de Facebook contemplaran un supuesto que pudiera generar que el contenido cuya constitucionalidad se cuestiona se eliminara se

debería acudir primero a este mecanismo de autorregulación antes que a la vía constitucional, sin duda, esta postura podría reflejar que la Corte quiere tomar en cuenta la naturaleza de internet y los medios de autorregulación generados en este medio y compatibilizarlos con la justicia constitucional.

Por otro lado, toma en cuenta la inmediatez que puede generar este medio respecto a la difusión del contenido por lo que considera que “es imperiosa una intervención judicial actual e inmediata que impida que la posible vulneración a los derechos se siga prologando en el tiempo de manera indefinida como consecuencia de la publicación realizada por la accionada en Facebook.” (párr. 2.41).

Ante ello, la Corte delimita el problema jurídico del caso de la siguiente forma: “¿Se vulneran los derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad de un servidor público cuando un particular comparte en sus redes sociales una publicación en la que se hacen afirmaciones en su contra y se insinúa la comisión de un delito en el ejercicio de sus funciones junto a otros funcionarios, teniendo en cuenta que los hechos que dan lugar a la publicación han sido denunciados ante las autoridades competentes y son de conocimiento público pero el accionante no ha sido condenado ni acusado de cometer tal delito?” Como se puede apreciar, el caso se relaciona a los derechos de un funcionario público que pueden ser afectados en el ejercicio de la libertad de expresión en internet, situación similar a la que ha ocurrido en nuestro país como se verá en el último apartado de esta investigación.

En cuanto al análisis de la libertad de expresión, la Corte reafirma una serie de características comunes para el ejercicio de este derecho, como las mencionadas en el marco normativo de esta investigación; toda vez que es un derecho amparado por el artículo 20 de la Constitución vigente, que es el pilar del Estado Social de Derecho, que su finalidad es incentivar la participación ciudadana y contribuir al debate democrático, recuerda las diferencias con la libertad de información, en tanto esta última se sujeta al principio de veracidad e imparcialidad y reafirma que la libertad de expresión no es ilimitada y que los funcionarios públicos tienen una esfera de protección reducida de sus derechos al estar sujetos al escrutinio público.

En cuanto al ejercicio de la libertad de expresión en internet, la Corte Constitucional considera que “se hace necesario revisar cuáles son las nuevas dinámicas en términos de interacción social digital, y analizar sus implicaciones para el ejercicio de la libertad de expresión.”, ello justifica la relevancia de esta decisión y que haya sido adoptada a través de un proceso en el que se llamó a audiencia pública en febrero de 2019, en la que se reunieron no solo a expertos de la academia, sino que participaron también representantes de diversas redes sociales como Facebook y Twitter y el sector técnico, ello refleja también que la Corte Constitucional considera que el modelo de múltiples partes interesadas para la gobernanza de internet tiene resulta útil para analizar estas controversias.

Respecto a la necesidad de tutelar los derechos fundamentales cuando son ejercidos en internet, la Corte Constitucional considera que:

se hace necesaria en escenarios virtuales por la multiplicidad y las características de las plataformas que se encuentran alojadas en internet. La jurisprudencia constitucional, no ha sido ajena al debate y reconoce que las garantías de carácter fundamental son objeto de protección, aún en los casos en que la afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicamente tutelados se lleve a cabo en la red. (párr. 5.5.7)

Si bien la Corte reafirma la necesidad de tutelar este derecho, lo cierto es que también reconoce que los parámetros que ha establecido no pueden ser “definitivos y estáticos, ya que están en constante construcción” (párr. 5.5.10) ello debido a la propia naturaleza de internet y a que las tecnologías emergentes están en constante evolución, por lo que fijar reglas estáticas las volvería inútiles si surgieran unas nuevas que necesiten que esta tutela cambie. Estas afirmaciones de la Corte son importantes, ya que resaltan la necesidad de considerar la naturaleza cambiante del medio, producto de las nuevas tecnologías, que debe ser considerada cuando se quiera tutelar el ejercicio de la libertad de expresión en estos medios; de lo contrario se dejaría en indefensión al titular del derecho con medidas que podrían resultar obsoletas.

La Corte también emitió una serie de “parámetros constitucionales que permiten (...) que sirven para demarcar el contexto en el que se da el acto de comunicación y, de esta manera, determinar el equilibrio entre los derechos y cuál es la manera adecuada de garantizarlos, de tal forma que no se impongan condiciones irrazonables para el ejercicio de la libertad de expresión. Los aspectos que deben ser tenidos en cuenta parten de considerar, al menos, cinco dimensiones del acto comunicativo, a saber: (i) quién comunica; (ii) de qué o de quién se comunica; (iii) a quién se comunica; (iv) cómo se comunica; y (v) por qué medio se comunica. (párr. 6). Estos parámetros deberán guiar la labor de la autoridad judicial para solucionar los conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos, por lo que serán detallados a continuación:

(i) En el análisis de quien comunica la Corte distingue entre el discurso de un particular o de un funcionario público, señalando sobre estos últimos que tienen limitaciones mayores para el ejercicio de su libertad de expresión a cuando lo hace un particular. Ello debido a que el impacto que pueden tener las declaraciones del funcionario es mucho mayor en la sociedad, el colectivo imaginario, es así que estos funcionarios tienen el deber de evaluar este impacto antes de expresarse respecto a aspectos que tengan relevancia pública.

(ii) En cuanto a de qué o de quién se comunica, la Corte dijo que los discursos excluidos de la tutela constitucional son: (a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio (párr. 6.2.1)

También resaltó como discursos especialmente protegidos: (i) el discurso sobre funcionarios o personajes públicos; (ii) discursos que son parte del ejercicio de otro derecho fundamental, en el que la libertad de expresión sea un medio, como la objeción de conciencia, el discurso religioso, el discurso académico, investigativo, lo

que se expresa en las manifestaciones públicas pacíficas, el discurso de identidad cultural y social, entre otros.

(iii) Respecto a quién se comunica, la Corte Constitucional señala que es importante determinar a quién va dirigida el mensaje, por ello si es se expresa a una audiencia indeterminada o si en cambio se dirige a una audiencia particular, tendrá diferente impacto para el análisis judicial; por ejemplo, sus características podrían ser en función a la edad, al sexo, a la nacionalidad, etc. Así también, en este apartado se deberá medir la cantidad de personas a las que se dirige el mensaje, toda vez que si es una cantidad superior, el impacto del mensaje transmitido también lo será.

(iv) En cuanto a cómo se comunica, la Corte considera que la fórmula del artículo 20 de la Constitución colombiana protege todo medio a través del que se ejerza el derecho, ya que contiene una cláusula abierta, llegando a considerar que incluso el silencio es una forma de expresarse. Así también, señala que se debe evaluar el grado de “comunicabilidad” del mensaje, entendiendo por este “la capacidad que tiene el mensaje para comunicar de manera sencilla y ágil lo que se desea expresar”.

(v) Finalmente, respecto a los elementos que son relevantes para el análisis del ejercicio en internet, se debe analizar el medio a través del que se comunica la Corte Constitucional considera que:

“la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio seleccionado por quien se expresa, y la protección constitucional se extiende a dicho proceso de transmisión y difusión, así como al medio utilizado, ya que la libertad constitucional que se estudia protege tanto el contenido de la expresión como su forma” (párr. 6.5)

Por ello se reconocen como medios para el ejercicio de este derecho medios tradicionales como periódicos, pinturas, fotografías, radio, etc; y también reconoce las páginas de internet y redes sociales, por lo que se debe atender a cada una de las características del medio a fin de tutelar cabalmente el derecho ejercido en este medio, este análisis también debe ser realizado por el juez, a fin de medir el verdadero impacto que puede tener el ejercicio de la libertad de expresión en el derecho de otros.

Para poder medir este impacto en los derechos de los terceros la Corte Constitucional considera que se debe evaluar “la buscabilidad y la encontrabilidad del mensaje” en redes sociales. Siendo la primera, la facilidad con que se puede encontrar el mensaje bajo análisis por medio de los motores de búsqueda, en cambio considera que la bucabilidad se refiere a la facilidad con que, dentro de la página web, se puede encontrar el mensaje; midiendo los niveles de impacto, en función a estas características, en bajo y alto.

En suma, para la más reciente jurisprudencia colombiana, estos 5 elementos servirán para guiar la labor de la autoridad judicial que tenga que determinar el impacto del ejercicio de la libertad de expresión a través de medios como internet en otros derechos fundamentales. La Corte cuando aplicó estos criterios para los hechos que suscitaron la tutela determinó que no se habían violado los derechos del funcionario público, toda vez que (i) el mensaje no contenía información, que puede ser sometida al test de veracidad, sino que había sido producto de compartir los sentimientos de injusticia respecto a la labor que se hacía en el Hospital Universitario, por lo que a través de ese post la señora Castro expresó sus opiniones, quedando exenta del test de veracidad, (ii) estas opiniones fueron respecto a la actividad pública del funcionario público, por lo que resultaban de interés para la sociedad y se aplica la regla de una esfera reducida de protección de sus derechos fundamentales, para contribuir con el debate democrático.

#### Bloqueo en Twitter- Costa Rica, México y Estados Unidos

A continuación, se analizarán tres fallos en los que el análisis del caso estuvo enfocado en el impacto del bloqueo en una red social, como lo es Twitter, en el derecho a la libertad de expresión; ello servirá para el análisis que se hará en el siguiente capítulo. Al respecto, en el año 2012, en la sentencia recaída en el Expediente 12-013057-0007-CO, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica conoció un caso en el que la cuenta de la Presidencia de la República (@presidenciacr) había bloqueado a un usuario en Twitter, por lo que la Corte consideró que se había vulnerado la libertad de expresión, al tratarse de una cuenta

oficial del Estado a través de la que se compartía información de interés público y los usuarios podían opinar sobre esta.

Más recientemente, en marzo del año pasado, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, a través de la sentencia recaída en el expediente 1005/2018, determinó que los funcionarios públicos no podían bloquear a usuarios en sus cuentas de Twitter, a pesar de que inicialmente pudieran ser privadas, pero teniendo en cuenta el contenido se volvían públicas. Esto a propósito del bloqueo en Twitter de un periodista de México por parte del Fiscal General del Estado de Veracruz, Jorge Winckler. La Suprema Corte consideró que el contenido difundido a través de esta plataforma tenía relevancia pública y era de interés general, asimismo que la cuenta era utilizada para compartir información sobre su labor pública como Fiscal General, por lo que el propio Fiscal cambió el carácter privado que originalmente tenía esta cuenta a una pública.

La Corte enfatizó que lo anterior no significaba que en todos los casos se deba llegar a esta conclusión y que siempre deba prevalecer la libertad de expresión respecto de la intimidad, en redes sociales en este caso; sin embargo, como el Fiscal no pudo demostrar que en efecto la información compartida no tenía relevancia pública, no podía bloquear al periodista, que se expresaba respecto a sus funciones públicas sin insultar u ofender, dentro del marco garantizado de la libertad de expresión.

En igual sentido, se ha pronunciado el Tribunal Federal de apelaciones de Nueva York respecto al bloqueo por parte del Presidente de los Estados Unidos Donald Trump a través de su cuenta de Twitter @realDonaldTrump, que tiene 61, 900 000 seguidores, a los críticos de su gobierno y decisiones, por lo que este tribunal le ha ordenado, sumándose a otras decisiones anteriores en este sentido, al Presidente de los Estados Unidos a desbloquear a estas personas al considerar que "la Primera Enmienda no permite a un funcionario público, que utiliza una cuenta en redes sociales para todo tipo de fines oficiales, excluir a personas de un diálogo online que de otra manera sería abierto porque estas personas expresen visiones con la que no está de acuerdo el funcionario".

## **CAPÍTULO V ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**

Luego del desarrollo de los capítulos anteriores, analizaremos la tutela que ha recibido el derecho a la libertad de expresión en internet en nuestro país; como se señalaba desde el principio durante la investigación se halló que no existe un pronunciamiento constitucional en la materia que haya contribuido a dotar de contenido el derecho a la libertad de expresión cuando sea manifestada en internet. Lo anterior no significa que el Tribunal Constitucional peruano no haya tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, toda vez que en agosto del año pasado resolvió el primer caso en la materia, cuya sentencia recae en el Expediente N ° 00442-2017-PA/TC. Sin embargo, parece insuficiente lo dicho en la referida sentencia, toda vez que no desarrolló las bases del constitucionalismo en la era digital, ni una serie de puntos que hubieran resultado claves para la justicia constitucional peruana en el contexto actual.

El caso en mención se refiere al proceso de amparo iniciado por Erick Iriarte contra Pedro Cateriano alegando la vulneración de sus “derechos fundamentales al acceso de información pública, y a las libertades de información y expresión” al haber sido bloqueado de la cuenta de Twitter del entonces Presidente del Consejo de Ministros (en adelante, “PCM”) de nuestro país. Según la narración de hechos de la Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Erick Iriarte, en su cuenta de Twitter@coyotegris seguía la cuenta del aquél entonces Primer

Ministro Pedro Cateriano, ello con la finalidad de seguir los temas de relevancia nacional, mediante esa red social realizó una serie de comentarios en su perfil, relacionadas a la función pública que Pedro Cateriano desempeñaba. El 7 de mayo de 2015 al intentar visualizar el perfil de Pedro Cateriano (@PCaterianoB) no pudo ya que le apareció el mensaje *You are blocked from following @PCaterianoB's and viewing @PCaterianoB's Tweets* (@PCaterianoB te ha bloqueado por lo que no puedes ver sus Tuits ni seguirlo”) (traducción libre). Ante ello Iriarte consideró que su derecho a expresar sus opiniones sobre la información que publicara el entonces primer ministro había sido restringido sin justificación alguna, por lo que se le impedía acceder a la información que públicamente otras personas podrían conocer a través de esa red social, lo que motivó la demanda de amparo.

El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima declaró improcedente la demanda, toda vez que consideró que a pesar del bloqueo aún podía acceder a la información que compartía Pedro Cateriano en la referida red social y que no estaba impedido de expresar lo que opinaba respecto a aquél funcionario público. Asimismo, afirmó que, al tratarse de su cuenta personal y no de la PCM, tenía libertad de decidir a qué persona bloquear o no de su cuenta. Finalmente afirmó que, si bien mediante las redes sociales se genera un alto grado de interacción, el acceso a estas no debe ser considerado ilimitado, por lo que la persona titular del perfil puede decidir la forma de “regular” quiénes pueden acceder e interactuar, por lo que no se debería interpretar como un impedimento para acceder a medios de comunicación social, como es una red social así.

Ante ello, el demandante apela y la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada, por dos motivos: el primero de ellos de índole procesal, en tanto se configuró la causal de improcedencia por sustracción de la materia que se encuentra regulada en el artículo 5.5. del Código Procesal Constitucional Peruano al señalar que: “no proceden los procesos constitucionales cuando (...) a la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable”. En segundo lugar,

fundamenta que, en plataformas como Twitter, cada titular de la cuenta puede decidir con quién interactuar.

Finalmente, el 24 de agosto de 2016 Erick Iriarte presentó un recurso de agravio constitucional respecto a la respuesta de la Sala al no tutelar sus derechos. El Tribunal Constitucional analizó la respuesta sobre sustracción de la materia de la segunda instancia a partir del 28 de julio de 2016, fecha en la que Pedro Cateriano dejó de ser Primer Ministro. Ante ello, señaló que “discrepa de tal apreciación y considera que el caso sí merece un pronunciamiento de fondo. El demandante aun no puede acceder a la cuenta personal de Twitter @PCaterianoB; además, la demanda plantea una cuestión de innegable trascendencia constitucional y actualidad.”

En base a ello, la sentencia del Tribunal determina que:

1) sobre el derecho al acceso a la información pública, que al no ser bloqueado de la cuenta oficial de la PCM @pcmperu sino de la personal de Pedro Cateriano, quien asumió la Presidencia del Consejo de Ministros desde el 02 de abril de 2015 hasta el 28 de julio de 2016. Es así que en el fundamento 13 considera que “El uso que un funcionario público le dé a su cuenta personal de Twitter no altera su naturaleza privada, es decir, el hecho de que mediante aquella se transmita información que pueda ser de interés público no convierte dicha cuenta en una oficial o institucional.” (f. 16)

Bajo esa línea argumentativa, considera que imponer a quién seguir o no, a quién bloquear o no en su cuenta personal, pertenece a la esfera de la libertad personal; por lo que, el bloqueo en twitter a Erick Iriarte en la cuenta personal de Cateriano “no es una actuación constitucionalmente reprochable.” (f. 18); lo que la autora considera peligroso, ya que deja un espacio muy amplio para que cualquier actuación contraria a los Derechos Fundamentales asegurados en el Estado y que ocurran en internet se tolere, ya que pareciera adoptar una postura ciberlibertaria, dejando a la discrecionalidad de las empresas y usuarios lo ocurrido allí.

2) Respecto al impacto que tiene internet y sus plataformas para el ejercicio de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional únicamente mencionó que:

La Constitución no permite forzar a nadie —incluyendo a quien ha cumplido en algún momento de su vida funciones públicas de la más alta responsabilidad, como es el caso del demandado en este caso— a interactuar en las redes sociales con quien no quiere. Twitter es, esencialmente, una red social. Que, eventualmente, incluya contenido oficial de agencias estatales no altera dicha esencia —y, por tanto, el carácter voluntario de las interacciones que se den en ella. (f. 19-20)

Por tanto, pareciera interpretar que la libertad personal es ilimitada, ya que afirma que nadie puede ser forzado a interactuar, cuando el desarrollo constitucional nos indica que los derechos fundamentales tienen límites y, más aún cuando como en este caso se trata de un funcionario público, como lo era en ese momento Pedro Cateriano, y la propia jurisprudencia del TC ha afirmado que estos tienen una esfera más limitada para el ejercicio de sus derechos porque están expuestos al escrutinio público, tal como incluso lo reconoció en párrafos anteriores, pero concluye señalando que no existe violación a este derecho.

Asimismo, de la lectura de los dos fundamentos antes citados pareciera que las redes sociales no fueran consideradas por el Tribunal Constitucional como un medio en el que se ejerzan derechos fundamentales, por lo que a la postura “ciberlibertaria” que pareciera plantear también se le debería añadir que no comparte los pronunciamientos de Naciones Unidas, el Sistema Europeo y el Interamericano en cuanto al espacio sin precedentes que es internet para el ejercicio de derechos fundamentales. Por supuesto que no se está afirmando que sea un espacio sin reglas y por ello, precisamente, era indispensable un pronunciamiento claro sobre la materia por parte del TC.

3) Respecto a la libertad de expresión, el Tribunal recordó una serie de reglas señaladas en su jurisprudencia para el ejercicio de la libertad de expresión en general,

como que las opiniones no están sometidas al test de veracidad, debido a que no se exige la veracidad para expresar las opiniones, por lo que se puede estar de acuerdo o en desacuerdo con ellas, ya que tiene un carácter subjetivo pues permite emitir y difundir juicios de valor sobre diversos hechos que conozca la persona; es así que este derecho comprende incluso opiniones “absurdas, prejuiciosas o mal sustentadas” (f. 27)

Este derecho y el de la libertad de información se encuentra reconocido en el artículo 2 inciso 4 de la Constitución peruana vigente y, como se mencionó *supra*, suele pensarse que se trata de un mismo derecho, pero el Tribunal recuerda la diferencia, lo que resulta pertinente para el análisis de este caso, en tanto ambos son alegados como vulnerados.

Es criterio del Pleno del Tribunal Constitucional que: “el ser bloqueado de la cuenta personal de Twitter del expresidente del Consejo de Ministros demandado no implica que el recurrente esté impedido de difundir o compartir libremente, a través de su propia cuenta en esta misma red social, toda la información que quiera.” (f. 30). Debido a ello, considera que la libertad de información no ha sido vulnerada.

En cuanto a la libertad de expresión, sentenció que este bloqueo “tampoco significa que no pueda manifestar libremente todas las opiniones sobre asuntos públicos o privados que estime pertinentes —incluyendo juicios de valor respecto al desempeño no solo del expresidente del Consejo de Ministros Cateriano Bellido sino también de este Tribunal Constitucional.” (f. 31); por lo que tampoco existiría una vulneración a este derecho. Y concluye la sentencia reafirmando que ambas libertades constituyen los cimientos de una sociedad democrática. Por los argumentos antes mencionados declara infundada la demanda de amparo.

Es esta la opinión del Pleno actual de nuestro Tribunal Constitucional, que fue presentada en diversos medios de comunicación con titulares como: “TC: Funcionarios públicos tienen derecho a bloquear de su cuenta personal de Twitter a usuarios” (Legis.pe <https://legis.pe/tc-puede-funcionario-publico-bloquear-cuenta-personal-twitter-usuario/> ), “TC: TC: Funcionarios públicos pueden decidir libremente a quien

bloquear en twitter” (<https://gestion.pe/peru/tc-funcionarios-publicos-pueden-decidir-libremente-a-quien-bloquear-en-twitter-noticia/>) o “TC: Funcionarios públicos pueden bloquear en sus redes sociales a cualquier ciudadano” (<https://laley.pe/art/8500/tc-funcionarios-publicos-pueden-bloquear-en-sus-redes-sociales-a-cualquier-ciudadano>)

Sin embargo, en base a todo lo analizado previamente sobre el derecho a la libertad de expresión en internet, se sostiene que el Tribunal Constitucional no evaluó este caso de acuerdo al contexto virtual en el que ocurrió, toda vez que pareciera un análisis de un hecho ocurrido *offline* y que el medio en el que ocurrió, la particular naturaleza y los retos que presenta internet para el Derecho Constitucional Peruano no debiera ser tomado en cuenta. Lo mencionado anteriormente, toda vez que el TC no considera que este medio sea más que una red social, pareciendo apuntar a la falta de relevancia del medio para el análisis del ejercicio del derecho.

Si bien se podría hacer un análisis extenso sobre la naturaleza del proceso de amparo y el incumplimiento de los plazos que establece el Código Procesal Constitucional Peruano y las reglas procesales aplicables en este caso para resolver este tipo de controversias, al no tratarse del tema específico de la investigación, solo se hará un breve análisis sobre los puntos relevantes en este caso. Es así que, según el artículo 51 del referido Código señala que la demanda de amparo se debe resolver en el Poder Judicial en un plazo máximo de 7 días. En cuanto al plazo para resolver el Recurso de Agravio Constitucional, el artículo 20 señala que deberá ser resuelto por el Tribunal Constitucional en 30 días. Para el análisis de los plazos en este caso específico, se hará referencia a los plazos de este proceso constitucional señalados según Iriarte, E. (2016) en su página web.

La demanda de amparo fue interpuesta el 22 de mayo de 2015, siendo declarada improcedente por considerarse que la vía correcta era el Hábeas Data, ante ello, el demandante apeló el 12 de junio de 2015 e incumpliendo el plazo del artículo 20, la demanda fue resuelta el 24 de agosto de 2016, cuando Pedro Cateriano ya no era Primer Ministro, por lo que el excesivo paso del tiempo en el Poder Judicial configuró la causal de improcedencia que fue señalada por la segunda instancia. Cabe mencionar también que en este caso la Primera Sala Civil de la Corte Superior de

Justicia de Lima pudo haber aplicado lo dispuesto en el segundo párrafo del primer artículo del Código Procesal Constitucional “Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda(...)”. Consideramos que esta hubiera sido una respuesta más adecuada por parte del órgano colegiado, debido a que también pudo haber aprovechado la oportunidad para llenar de contenido los derechos alegados cuando son ejercidos en internet, lo que, como se ha demostrado, reviste de relevancia constitucional.

A pesar de que la Sala confirma la resolución en apelación y precisamente por la relevancia de la materia que contiene este caso, que fue reconocida por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia analizada, el demandante presentó el Recurso de Agravio Constitucional el 24 de agosto de 2016 y este fue resuelto el 15 de agosto de este año, casi tres años después de presentado, por el Tribunal Constitucional en el sentido antes mencionado.

Si bien el Pleno del Tribunal no señaló que debía ser improcedente la demanda por la causal del 5.5 del Código, lo que hubiera redundado aún más en el excesivo paso del tiempo en la tutela constitucional de estos derechos fundamentales por parte de las autoridades jurisdiccionales, y manifiesta que es importante pronunciarse sobre el fondo, el desarrollo de este resultó insuficiente. Ello debido a que, este caso, desde nuestra perspectiva, debió ser la oportunidad para pronunciarse por primera vez sobre el contenido de estos derechos cuando sean ejercidos en internet, sobre el rol del Derecho Constitucional para afrontar los retos de las nuevas tecnologías, para analizar el impacto de internet en el Derecho Constitucional y sin duda, analizar el bloqueo en Twitter analizando la naturaleza del medio en el que se ejerce y cómo ello impacta en los derechos fundamentales alegados.

Por ello, desde nuestro punto de vista resultó insuficiente la argumentación del Tribunal sobre tres puntos en particular: 1) no analiza ni desarrolla la base constitucional para el ejercicio de los derechos fundamentales en internet en Perú, que

es una situación que ocurre actualmente y, como se ha apreciado en los capítulos anteriores, ha generado pronunciamientos por parte de diversos órganos para adoptar alguna de las posturas sobre el contenido de la Constitución digital. Este análisis parece indispensable para resolver el caso presentado ante su jurisdicción y además serviría para otorgar un marco que garantice el ejercicio constitucional de los derechos en internet;

2) Omite el análisis realizado por otras Cortes Constitucionales para determinar cuando estamos ante una cuenta personal y una pública y dicha consecuencia traería consigo aplicar la regla sobre la restricción de la esfera de la privacidad de funcionarios públicos para contribuir con el debate democrático en internet;

3) al considerar que se trata de su cuenta personal por la creación y uso anterior al cargo señala que el funcionario público puede elegir bloquear a cualquier persona y que ello no sería “constitucionalmente reprochable”, sin considerar que este hecho puede impactar en la libertad de expresión al precisamente ser la causa del bloqueo las opiniones sobre la gestión como funcionario público que puedan emitir los seguidores de las actividades oficiales en internet.

Particularmente, para el análisis de este caso, resultaba fundamental este pronunciamiento para delimitar la libertad de expresión en internet, su contenido, límites tradicionales ante el desarrollo tecnológico. Sin duda, el Tribunal Constitucional es un órgano jurídico y político, por lo que también debe considerar el impacto de sus decisiones en el contexto en que fueran emitidas, especialmente en una materia que aún no tiene una respuesta única en el mundo, pero la omisión del Tribunal en lugar de contribuir con el Estado, la democracia podría tener el efecto contrario y son precisamente los órganos constitucionales quienes han tenido en sus manos el desarrollo jurisprudencial que ha revolucionado el Derecho y ha podido dar respuesta a las situaciones que ocurren y afectan día a día a las personas.

Los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos servirían para poder tomar una postura sobre la cuestión planteada y, precisamente el demandante ante la decisión del Tribunal Constitucional, siendo el órgano que agota

la vía nacional, ha presentado su petición ante la CIDH para que el Sistema Interamericano pueda analizar si existiría responsabilidad internacional por los hechos narrados. Si la CIDH analizara el caso en una etapa de fondo podría considerar, de acuerdo al estándar interamericano, que las sentencias de jurisdicción nacional no tomaron en cuenta que los derechos de los funcionarios públicos, al estar sometidos al escrutinio público por las labores que realizan, “poseen una esfera de vida privada más delimitada en virtud precisamente de la función que ejercen” como sería en este caso la libertad de poder restringir el acceso a su perfil, debido a que esta información y la posibilidad de interactuar con ella por parte de los demás usuarios es parte del derecho a la libertad de expresión ya que está relacionada con la finalidad democrática de este derecho antes mencionada. Lo anterior no significa tolerar expresiones que exceden el contenido del derecho, pero en este caso en particular los órganos jurisdiccionales no hicieron el análisis del contenido, sino señalaron que el debate se debía quedar en la esfera de las redes sociales.

Asimismo, que los órganos del Estado coincidieron en que como se trataba de un perfil “personal” el entonces funcionario tenía amplia libertad para decidir quién leía o no sus tuits, partiendo de la premisa de que es un perfil personal sin analizar las características que diferenciarían de uno público, labor que se ha hecho en Costa Rica, México y Estados Unidos y que correspondería a la obligación internacional que emana del artículo 8 de la CADH en tanto motivación de la sentencia y 25 de la CADH.

Estos fallos en la región americana sobre el bloqueo en Twitter parecieran compartir la postura de que está prohibido el bloqueo en redes sociales por parte de cuentas oficiales del Estado y de funcionarios públicos en ejercicio, a fin de garantizar el debate democrático. Sin duda alguna, esto genera muchos debates en torno a si la intimidad de los funcionarios siempre debe ceder ante la libertad de expresión y si internet se pueda considerar un “foro público” como se ha entendido respecto a la primera enmienda; pero este debate es necesario en una sociedad plural y democrática, por lo que el fallo del Tribunal Constitucional adoptando una posición respecto a este derecho cuando es ejercido en internet y, respecto a la situación específicamente planteada por este primer caso que requería un análisis de fondo,

toda vez que el propio TC consideró que tenía relevancia para el Derecho Constitucional peruano.

Finalmente, en sus análisis no incluyen la naturaleza de internet ni el rol que cumplen estos medios para el debate en la sociedad democrática y que ello precisamente resulta vital para el desarrollo del estándar de protección del ejercicio de derechos humanos, como la libertad de expresión, en internet debido a que, por ejemplo, en Perú este es el primer caso en el que el órgano constitucional pudo delimitar su contenido y límites y no lo hizo, pudiendo ser esto un incumplimiento de sus obligaciones internacionales. Por ello, se cumpliría la regla del artículo 45 del Reglamento de la CIDH para considerar someter este caso, luego de las etapas procesales que correspondan, a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, por el importante impacto que tendría en la región a fin de construir el marco que permita respetar y garantizar este derecho en internet.

## CONCLUSIONES

➤ Internet es un espacio que permite el ejercicio de derechos sin precedentes, por lo que requiere que los Estados se planteen la forma en que van a responder a los desafíos que genera este medio respecto a sus regulaciones que recogen a los medios tradicionales principalmente. A pesar de que originalmente Internet surgió como un espacio sin participación de los Estados, por lo que se guía por protocolos y normas desarrolladas por el sector técnico que se encargó de esta primera etapa, actualmente los Estados buscan la forma en que deberían intervenir en lo que sucede en este medio. Existen por ello tres posturas en el mundo para definir la participación principalmente de los Estados. La ciberlibertaria, la ciberpaternalista y la que funciona a través de un sistema de participación de las múltiples partes interesadas.

➤ Es importante que el Derecho Constitucional otorgue tutela de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución ante los desarrollos de la tecnología y cuya posible vulneración podría ocurrir al no tener claro el estándar de protección y límites. En cuanto a las posturas planteadas para la respuesta del Derecho Constitucional peruano, se concluye que si bien una Constitución actualizada respecto a los cambios que existen en la sociedad sería deseable no es indispensable para la tutela de los derechos fundamentales, toda vez que se pueden interpretar las reglas y principios del Estado Constitucional de Derecho al contexto generado por el desarrollo de la

tecnología. En ese sentido, se puede interpretar que los derechos que expresamente no han sido reconocidos en la Constitución se pueden encontrar en las fórmulas de *numerus apertus* que tiene la Constitución, como ocurre en el artículo 3 de la Constitución peruana; de igual forma se puede aplicar para aquéllos medios, como internet, que en el momento en que la Constitución fue emitida no existían o no representaban lo que el día de hoy.

➤ No existe en la legislación nacional una norma específica sobre el ejercicio de derechos fundamentales en internet y tampoco la jurisprudencia del Tribunal Constitucional resulta útil para conocer el contenido y límites de este derecho en Perú.

➤ En la jurisprudencia del TC peruano no encontramos una respuesta adecuada para estos retos, toda vez que en la sentencia referida de agosto del año pasado no analizó el impacto de internet en los derechos fundamentales ni sentó una postura sobre el ejercicio de la libertad de expresión e internet ni sus límites, toda vez que se limitó a señalar que lo que ocurría en una red social escapaba del Derecho, pues en ese medio regía la libertad personal.

➤ El Tribunal Constitucional debió tomar los pronunciamientos citados en este trabajo, que han sido emitidos por los diversos órganos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Constitucional Comparado que han contribuido con la construcción del estándar de protección de este derecho.

➤ Para la resolución del caso de bloqueo en Twitter el Tribunal Constitucional se debió sentar la postura peruana respecto al impacto del medio en los derechos fundamentales, como lo hizo la Corte Constitucional de Colombia, y señalar las características de los perfiles de redes sociales que los harían públicos, trasladando lo señalado por la jurisprudencia en cuanto a funcionarios públicos y su reducido espacio para el ejercicio de derechos fundamentales cuando las opiniones tengan relevancia pública.

➤ La falta de un marco normativo y jurisprudencial que garantice el ejercicio de la libertad de expresión es indispensable en la actualidad, a fin de

delimitar el contenido y conocer los límites de este derecho, toda vez que lo que ocurre en internet impacta también en los derechos fundamentales de los individuos, por lo que no se puede señalar que este espacio queda exento del Derecho Constitucional por prevalecer la libertad personal ilimitadamente, pues ello contraviene también la naturaleza limitada de los derechos fundamentales.

## RECOMENDACIONES

1. Que se garantice el ejercicio de los derechos fundamentales cuando sean ejercidos en internet, a través del marco constitucional que existe en el país producto del desarrollo jurisprudencial del TC y de los órganos del DIDH y derecho comparado, cuando sean aplicables. Al momento de tutelar este derecho, se debe tomar en cuenta la naturaleza abierta, libre e igualitaria de internet, a fin de poder regular un marco que pueda regular efectivamente el ejercicio de este derecho.

2. Que el Tribunal Constitucional en cuanto tenga una oportunidad establezca las características, contenido y límites para el ejercicio de la libertad de expresión en internet, a fin de cumplir su carácter de garante de la Constitución, rol al que no debe rehuir cuando se traten de medios producto del desarrollo tecnológico; siguiendo lo recogido en este trabajo de investigación.

3. Que en ese momento, el Tribunal determine que se puede interpretar la Constitución, particularmente el artículo 2.4 y 3, para garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en internet, a partir de sus cláusulas abiertas. Sin duda, sería deseable que exista un proceso de reforma constitucional en el que se actualicen algunos derechos y medios para su ejercicio, a fin de tener un texto que sea producto del debate democrático en el parlamento. No obstante, la no modificación no es impedimento para la garantía de estos derechos, de en el marco antes planteado.

4. En cuanto al bloqueo en redes sociales como Twitter, que estas se consideren un medio en el que se ejercen derechos fundamentales, por lo que no puede quedar excluido el Derecho Constitucional para tutelar a los titulares de estos cuando sus derechos sean vulnerados en este medio. En el caso de funcionarios públicos, que se aplique la regla desarrollada por la jurisprudencia en tanto que sus derechos tienen una esfera restringida de tutela, al estar sometidos al escrutinio público y que sus declaraciones son de interés público, por lo que esta regla también se traslada a espacios como internet.

5. Toda vez que nos encontramos dentro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, resulta relevante lo desarrollado por las relatorías especiales de la CIDH en esta materia para guiar este proceso.

6. Que en este proceso llame también a audiencia pública y presentación de *amicus curiae*, según las normas procesales vigentes, a los diversos sectores que intervienen en la gobernanza de internet, de acuerdo al modelo de múltiples partes interesadas que es el más adecuado, a consideración de la investigadora.

## FUENTES DE LA INFORMACIÓN

### Referencias bibliográficas

- Bellie, P., Berman, P., Frischmann, B. y Post, D. (2011) *Cyberlaw. Problems of Policy and Jurisprudence in the Information Age*, Thomson Reuters, Estados Unidos.
- Cortés, C. (2014) *Vigilancia de la red: ¿qué significa monitorear y detectar contenidos en Internet?* En Bertoni, E. (C.) (2014) *Internet y derechos humanos. Aportes para la discusión en América Latina*. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Universidad de Palermo, Argentina.
- Botero, C. (2011) *Libertad de Expresión y Radiodifusión. Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*. Quito: UNESCO. Recuperada de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002156/215627s.pdf>
- Castillo, L. (2010) *El contenido constitucional de los derechos fundamentales*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional ISSN 1138-4824 N° 14, Madrid.
- Coronado, Laura (2015) Tesis doctoral *La libertad de expresión en el ciberespacio*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Recuperada de: <https://eprints.ucm.es/33067/1/T36374.pdf>
- Díaz, F. (2009) *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances Científicos y Tecnológicos. Genética e internet ante la Constitución*. Valencia: tirant lo Blanch.

- Eguiguren, Francisco (2010) *La libertad de pensamiento y expresión en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Lima: IUS ET VERITAS N° 27. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12143>
- Faúndez, Héctor (2004) *La libertad de expresión*. México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperada de: <https://es.scribd.com/doc/308722836/Los-Limites-de-La-Libertad-de-Expresion-Hector-Faundez-Ledesma>
- García, P. (2016) *El Derecho de Internet*. En Pérez, F (2016) *El derecho de Internet*. Barcelona, España: Atelier.
- García, S. y Gonza, A. (2007) *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México D.F., México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal
- Gargarella, R. (2009) *Constitucionalismo y libertad de expresión. Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos aires: Abeledo Perrot.
- Huerta, L. (2002). *Libertad de expresión y acceso a la información pública*. Kurbalija, J. (2016) *Introducción a la Gobernanza de Internet*. Suiza: DiploFoundation. Recuperada de: [https://www.diplomacy.edu/sites/default/files/IG2016\\_7th\\_ed\\_ESP.pdf](https://www.diplomacy.edu/sites/default/files/IG2016_7th_ed_ESP.pdf)
- Martín, D. (2018) *extreme speech y libertad de expresión. Análisis de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema estadounidense*. Madrid, España: DYKINSON.
- Mendoza, M. (2007) *Conflicto entre libertad de expresión e información y derecho al honor en el modelo español. En Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*. Lima: Palestra.
- Olmos, A. (2016) *La Gobernanza de Internet*. En Pérez, F (2016) *El derecho de Internet*. Barcelona, España: Atelier.
- Ordoñez, M., Ávila R. y Gómez, G. (Ed.) (2011) *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*. Quito: UNESCO. Recuperada de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002156/215627s.pdf>

➤ Pérez, O. (2010) *Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho N° 21, Madrid, España:

➤ Reeds, C. (2012) *Making Laws for Cyberspace*. Reino Unido: ed. Oxford University press.

➤ Sigüenza, A. (2016) *La libertad de expresión en Internet*. En Pérez, F (2016) *El derecho de Internet*. Barcelona, España: Atelier.

➤ Van, B. (2009) *Internet Architecture and Innovation*. MIT Press, Massachusetts, Estados Unidos.

#### Tesis y trabajos de investigación de Grado

➤ Coronado, L. (2015) *La libertad de expresión en el ciberespacio* (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España. Recuperada de: <https://eprints.ucm.es/33067/1/T36374.pdf>

➤ Mora, Y. (2015) *Libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Trabajo final de Grado) Lleida: Universidad de Lérida. Recuperada de: <https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/49206/ymorab.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

➤ Orozco, M. (2015) *El papel del TEDH como delimitador de la libertad de expresión en Europa* (Trabajo de fin de Grado). Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España. Recuperada de: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/23155/TFG\\_Markel\\_Orozco\\_Elorrieta\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/23155/TFG_Markel_Orozco_Elorrieta_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

➤ Ramírez, D. (2019) *Derecho a la Libertad de Expresión en una nueva Constitución desde la perspectiva del Derecho Internacional de Derechos Humanos* (Tesis de Pregrado) Universidad de Chile, Santiago, Chile. Recuperada de: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159518>

➤ Rojas, M. (2015) *Las nuevas formas de materialización de la libertad de expresión y la vulneración del derecho a la intimidad de la persona*

(Tesis de Doctorado). Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú.  
Recuperada de: <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/5733>

➤ Teruel, G. (2010) *La libertad de expresión en internet y sus garantías constitucionales en el control de contenidos de páginas web* (Tesis de Maestría.). Magister Iuris Constitutionalis Universitatis Hispalensis, Madrid, España. Recuperada de:

<https://inpurisnaturalibus.files.wordpress.com/2010/12/trabajo-fin-de-master-germc3a1n-teruel.pdf>

➤ Valenzuela, José (2016) *La restricción y límites de la libertad de expresión en las redes sociales en el Ecuador, durante el período 2008 al 2015, dentro del marco de los Derechos Humanos* (Trabajo de investigación de Grado) Quito: Pontificia Universidad Católica de Ecuador. Recuperada de:

<http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/12503>

➤ Villegas, D. (2017) *La libertad de expresión y sus límites en internet: retos para el Derecho Constitucional: Especial atención a la protección del menor y la libertad de información* (Trabajo de fin de Grado) Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España. Recuperada de:

<https://repositorio.comillas.edu/jspui/bitstream/11531/10252/1/TFG%20Derecho%20Daniel%20Villegas.pdf>

#### Jurisprudencia internacional y nacional

➤ Corte Constitucional de Colombia (2019) Tutela 155/19.

➤ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.

➤ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Kimel Vs. Argentina.

➤ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela.

➤ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Caso Lagos del Campo Vs. Perú.

➤ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso Palamara Iribarne Vs. Chile.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso Ríos y otros Vs. Venezuela.
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015). Caso López Lone y otros Vs. Honduras.
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina.
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica.
  - Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). Caso Mémoli Vs. Argentina.
  - Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2012). Expediente 12-013057-0007-CO.
  - Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2019). Expediente 1005/2018.
  - Tribunal Constitucional Peruano (2007). EXP. N.º 10034-2005-PA/TC.
  - Tribunal Constitucional Peruano (2002). EXP. N.O 0905-2001-AA/TC.
  - Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008). Caso Satakunnan Markkinapörsse y Satamediac.
  - Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1976). Caso Handyside vs Reino Unido.
  - Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2015) Caso Cenzig y otros contra Turquía.
  - Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2011) Caso del Comité Editorial Pravoye Delo y Shtekel vs. Ukraine.
  - Tribunal Federal de apelaciones de Nueva York (2019) Knight First Amendment Institute at Columbia University et al vs Trump. No. 18-1691.
- Documentos nacionales e internacionales
- CIDH. Declaración conjunta sobre libertad de expresión en internet de la Relatora especial para la libertad de expresión de la CIDH, el

Relator especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, el Representante para la libertad de los medios de comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, y la Relatora especial sobre libertad de expresión y acceso a la información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

➤ CIDH. *Informe Anual 2008. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión)*. OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 5 rev. 1. 25 de febrero de 2009.

➤ CIDH. *Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión)*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009.

➤ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2013) *Informe libertad de expresión e internet*. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13. Recuperado de: [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014\\_04\\_08\\_internet\\_web.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf)

➤ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2016) Informe temático *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17. Recuperado de: [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET\\_2016\\_E\\_SP.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_E_SP.pdf)

➤ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2018) Informe anual 2018.

➤ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2019) Informe temático *Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales*. Recuperado de: [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/Guia\\_Desinformacion\\_VF.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/Guia_Desinformacion_VF.pdf)

- CIDH. Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (2019) *Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1985). *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85.
- Defensoría del Pueblo (2000). *Informe Defensorial N° 48 situación de la libertad de expresión en el Perú*. Lima, Perú.
- Informe del Grupo de Trabajo sobre el Gobierno de Internet. Cumbre de la Sociedad de la Información de 2005 en Túnez. Recuperado de: <https://www.wgig.org/docs/WGIGReport-Spanish.pdf>
- ONU. Consejo de Derechos Humanos (2016) *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*. Disponible en: [http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d\\_res\\_dec/A\\_HRC\\_32\\_L20.pdf](http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_32_L20.pdf)
- ONU. (2011) *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10048.pdf>
- ONU. Comité de Derechos Humanos (2011). Observación General No. 34. Artículo 19. Libertad de opinión y libertad de expresión.
- ONU. Consejo de Derechos Humanos. (2012) *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*. Disponible en: [http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d\\_res\\_dec/A\\_HRC\\_20\\_L13.pdf](http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.pdf)
- ONU. *Sobre el derecho a la privacidad en la era digital*. A/RES/68/167. Recuperada de: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/68/167>

Fuentes virtuales:

- Iriarte, E. (2016) Sentencia caso Iriarte vs Cateriano. Funcionarios no pudieran bloquear ciudadanos en twitter mientras dura su cargo. Recuperado de: <http://iriartelaw.com/IriarteCateriano22092016>